



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 139.937/2015-AsJConst/SAJ/PGR

Ação direta de inconstitucionalidade 5.240/SP

Relator: Ministro **Luiz Fux**
Requerente: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil
(ADEPOL-Brasil)
Interessados: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça
do Estado de São Paulo

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 3/2015 DA PRESIDÊNCIA E DA CORREGEDORIA-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. APRESENTAÇÃO DE PESSOA PRESA EM FLAGRANTE DELITO EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PRELIMINARES. LEGITIMIDADE ATIVA DA ADEPOL. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ATO NORMATIVO QUE REGULAMENTA TRATADO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS EM VIGOR NO BRASIL. MÉRITO. AUSÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PROCESSUAL. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA DIVISÃO FUNCIONAL DE PODER. INEXISTÊNCIA DE OFENSA. COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS PARA DISPOR SOBRE COMPETÊNCIA E FUNCIONAMENTO DE SEUS ÓRGÃOS.

1. A Associação de Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/Brasil) tem legitimidade para contestar, em ação direta de inconstitucionalidade, ato normativo que determine apresentação de pessoa presa em flagrante delito, até 24 horas após a prisão, para participar de audiência de custódia. Há pertinência temática, em face do reflexo na atividade de delegados de polícia. Precedente.

2. Não se deve conheceração direta de inconstitucionalidade contra ato normativo de caráter secundário, que regulamenta direito consignado em tratado internacional de direitos humanos incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. Possível ofensa à Constituição da República ocorreria apenas de maneira indireta ou reflexa. Precedentes.
3. Não usurpa competência privativa da União para legislar sobre direito processual e não ofende o princípio da legalidade norma editada por tribunal de justiça, a fim de regulamentar direito fundamental consolidado em tratado internacional de direitos humanos em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o processo legislativo definido pela Constituição da República.
4. É constitucional a regulamentação da audiência de custódia pelos tribunais, pois é matéria predominantemente relativa à autonomia do Judiciário para dispor sobre competência e funcionamento de seus órgãos (art. 96, I, *a*, da CR).
5. Parecer pelo não conhecimento da ação e, no mérito, por improcedência do pedido.

I RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade dirigida contra o Provimento Conjunto 3, de 22 de janeiro de 2015, da Presidência e da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), que determina apresentação de pessoa presa em flagrante delito, até 24 horas após a prisão, para participar de audiência de custódia.

Este é o teor da norma (*sic*):

Art. 1º-Determinar, em cumprimento ao disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), a apresentação de pessoa

detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia.

Art. 2º-A implantação da audiência de custódia no Estado de São Paulo será gradativa e obedecerá ao cronograma de afetação dos distritos policiais aos juízo competentes.

Parágrafo único. A Corregedoria Geral da Justiça disciplinará por provimento a implantação da audiência de custódia no Estado de São Paulo e o cronograma de afetação dos distritos policiais aos juízos competentes.

Art. 3º-A autoridade policial providenciará a apresentação da pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar da audiência de custódia.

§ 1º-O auto de prisão em flagrante será encaminhado na forma do artigo 306, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, juntamente com a pessoa detida.

§ 2º-Fica dispensada a apresentação do preso, na forma do parágrafo 1º, quando circunstâncias pessoais, descritas pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante, assim justificarem.

Art. 4º-Incumbem à unidade vinculada ao juiz competente preparar o auto de prisão em flagrante para a audiência de custódia, realizando os atos de praxe previstos nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, e juntar a folha de antecedentes da pessoa presa.

Art. 5º-O autuado, antes da audiência de custódia, terá contato prévio e por tempo razoável com seu advogado ou com Defensor Público.

Art. 6º-Na audiência de custódia, o juiz competente informará o autuado da sua possibilidade de não responder perguntas que lhe forem feitas, e o entrevistará sobre sua qualificação, condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local da residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão.

§ 1º-Não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento.

§ 2º-Depois da entrevista do autuado, o juiz ouvirá o Ministério Público que poderá se manifestar pelo relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, pela concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

§ 3º-A seguir, o juiz dará a palavra ao advogado ou ao Defensor Público para manifestação, e decidirá, na audiência, fundamentadamente, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, podendo, quando comprovada uma das hipóteses do artigo 318 do mesmo Diploma, substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

§ 4º-A audiência será gravada em mídia adequada, lavrando-se termo ou ata sucintos e que conterá o inteiro teor da decisão proferida pelo juiz, salvo se ele determinar a integral redução por escrito de todos os atos praticados.

§ 5º-A gravação original será depositada na unidade judicial e uma cópia instruirá o auto de prisão em flagrante.

§ 6º-As partes, dentro de 48 ([...]) horas, contadas do término da audiência, poderão requerer a reprodução dos atos gravados, desde que instruem a petição com mídia capaz de suportá-la.

Art. 7º-O juiz competente, diante das informações colhidas na audiência de custódia, requisitará o exame clínico e de corpo de delito do autuado, quando concluir que a perícia é necessária para a adoção de medidas, tais como:

- I – apurar possível abuso cometido durante a prisão em flagrante, ou a lavratura do auto;
- II – determinar o encaminhamento assistencial, que repute devido.

Art. 8º-O mandado de prisão, se convertido o flagrante em preventiva, e o alvará de soltura, na hipótese de relaxamento da prisão em flagrante ou concessão da liberdade provisória, serão expedidos com observância das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, aplicando-se, ainda, e no que couber, o procedimento disciplinado no artigo 417 e seus parágrafos do mesmo Diploma.

Art. 9º-Será elaborado pela unidade vinculada ao juízo competente relatório mensal, que deverá conter:

- I – o número de audiências de custódia realizadas;
- II – o tipo penal imputado, nos autos de prisão em flagrante, à pessoa detida e que participou de audiência de custódia;
- III – o número e o tipo das decisões proferidas (relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, conversão da prisão preventiva em domici-

liar, nos termos do artigo 318 do mesmo Diploma) pelo juiz competente:

IV – o número e espécie de encaminhamentos assistenciais determinados pelo juiz competente.

Art. 10. Não será realizada a audiência de custódia durante o plantão judiciário ordinário (art. 1127, I, NSCGJ) e os finais de semana do plantão judiciário especial (art. 1127, II, NSCGJ).

Parágrafo único. A regra do *caput* aplica-se até a efetiva implantação de rotina para transferência, aos finais de semana e feriados, de presos das unidades da Secretaria de Estado da Segurança Pública para os estabelecimentos da Secretaria de Estado da Administração Penitenciária.

Art. 11. Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação.

Sustenta a petição inicial que, ao dispor sobre apresentação de pessoa presa em audiência de custódia nas 24 horas seguintes à prisão em flagrante, o ato normativo legislou sobre Direito Processual, tema de competência legislativa privativa da União, nos termos do art. 22, I, da Constituição da República. O Provimento Conjunto 3/2015 violaria também o princípio da legalidade, uma vez que possuiria natureza infralegal, e o princípio da divisão funcional de poder, pois delegados de polícia se subordinam ao Executivo, por força do art. 144, § 6º, da CR.

O relator requisitou informações dos órgãos interessados e determinou vista sucessiva à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria-Geral da República, nos termos do art. 12 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999 (peça 12 do processo eletrônico).

A Presidência e a Corregedoria-Geral da Justiça do TJSP suscitaram preliminar de ilegitimidade ativa da ADEPOL, por falta de pertinência temática. No mérito, defenderam improcedência do

pedido, pois o provimento conjunto seria fruto da necessidade de regulamentar direito fundamental previsto no art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Ressaltaram que o ato normativo está em consonância com o Programa Segurança sem Violência, política nacional de segurança pública voltada à melhoria do sistema carcerário brasileiro (peça 17).

Solicitou ingresso no processo, na qualidade de *amicus curiae*, a Federação Nacional dos Policiais Federais (FENAPEF – peça 25).

O Advogado-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da ação direta, devido à natureza infralegal de seu objeto, e, no mérito, pela constitucionalidade do Provimento Conjunto 3/2015 (peça 30).

É o relatório.

II PRELIMINARES

II.1 LEGITIMIDADE ATIVA: PRESENÇA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA

A Constituição da República, com o objetivo de reforçar o controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos, promoveu mudança relevante na definição dos entes legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal. Entre 1965 e 1988, o Procurador-Geral da República possuía exclusividade para propor representação de inconstitucionalidade.

Com a promulgação da Constituição de 1988, criou-se rol de legitimados, a contemplar não apenas o Chefe do Ministério Público, mas também o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a da Câmara dos Deputados e outras entidades, como entidades de classe e confederações sindicais (art. 103 da CR).¹

Quanto às últimas, nem a Constituição da República nem a legislação infraconstitucional aprofundaram a definição e a abrangência dos respectivos conceitos, de forma que o STF se tem ocupado em estabelecer critérios para reconhecimento da legitimidade delas, desde a promulgação da Constituição.²

A legitimidade ativa *ad causam* de entidades de classe de âmbito nacional para provocar controle concentrado de constitucionalidade, segundo a jurisprudência do STF, depende de: (i) homogeneidade da categoria que represente;³ (ii) representativi-

1 “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 2004)

I – o Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI – o Procurador-Geral da República;

VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;

IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. [...]”.

2 MENDES, Gilmar. Comentário ao artigo 5º, *caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Gilmar; STRECK, Lenio L. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013, p. 1.413.

3 Supremo Tribunal Federal. Plenário. Questão de ordem na ação direta de inconstitucionalidade 108/DF. Relator: Ministro CELSO DE MELLO. 13/4/1992, unânime. *Diário da Justiça*, 5 jun. 1992; *Revista trimestral de juris-*

dade da categoria em sua totalidade;⁴ (iii) não hibridismo na composição;⁵ (iv) comprovação de caráter nacional pela presença de membros ou associados em, pelo menos, nove Estados da Federação;⁶ (v) vinculação temática entre objetivos institucionais da postulante e norma impugnada.⁷

O STF reconhece à Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/Brasil) legitimidade *ad causam* para instaurar processo de controle concentrado de constitucionalidade, como se vê do seguinte precedente:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 51 DA LEI 15.301, DE 10 DE AGOSTO DE 2004, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APLICAÇÃO IMEDIATA DE SUSPENSÃO PREVENTIVA A SERVIDOR DA POLÍCIA CIVIL, ASSIM QUE RECEBIDA DENÚNCIA PELA PRÁTICA DE DETERMINADOS CRIMES. VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (INCISOS LIV E LV DO ART. 5º DA CF). 1. A Associação dos Delegados de Polícia do Brasil tem legitimidade para a propositura da ação direta, pois constitui entidade de classe de âmbito nacional, congregadora de “todos os delegados de polícia de carreira do país, para defesa de suas prerrogativas, direitos e interesses” (inciso IX do art. 103 da Constituição Federal). Presença do requisito da pertinência temática entre as finalida-

prudência, vol. 141, p. 3.

4 STF Plenário. Medida cautelar na ADI 1.486/DF. Rel.: Min. MOREIRA ALVES. 19/9/1996, un. *DJ*, 13 dez. 1996.

5 STF Plenário. ADI 146/RS. Rel.: Min. MAURÍCIO CORRÊA. 6/5/1998, un. *DJ*, 19 dez. 2002; *RTJ*, v. 139, p. 391.

6 STF Plenário. ADI 108-QO/DF. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 13/4/1992, un. *DJ*, 5 jun. 1992; *RTJ*, v. 141, p. 3.

7 STF Plenário. ADI 1.873/MG. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. 2/9/1998, maioria. *DJ*, 19 set. 2003.

des da agremiação e o objeto da causa. [...] 5. Ação direta que se julga procedente.⁸

Não merece prosperar a alegação dos interessados de falta de pertinência temática entre as finalidades da associação e o objeto da ação. O art. 3º, I, do estatuto social da ADEPOL-Brasil indica como sua atribuição defender judicialmente “prerrogativas, direitos e interesses das autoridades policiais e da polícia judiciária brasileira” (peça 5). O Provimento Conjunto 3/2015, ao dispor sobre audiência de custódia, interfere na atuação de delegados de polícia, pois define encargos para esses policiais.

A requerente possui, portanto, legitimidade ativa para impugnar aquele ato normativo por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

II.2 ATO NORMATIVO SECUNDÁRIO

A ação direta de inconstitucionalidade não deve ser conhecida.

O Provimento Conjunto 3, de 22 de janeiro de 2015, da Presidência e da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), busca regulamentar o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), internalizada no Direito brasileiro por meio do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, e

8 STF Plenário. ADI 3.288/MG. Rel.: Min. AYRES BRITTO. 13/10/2010, un. *DJ eletrônico* 37, 23 fev. 2011.

dele extrair fundamento de validade. A norma convencional dispõe:

Artigo 7º – Direito à liberdade pessoal

[...]

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

Considerando a natureza supralegal dos tratados internacionais, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário 349.703/RS,⁹ o Provimento Conjunto 3/2015 consiste em norma de caráter secundário, contra a qual é incabível ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade. Possível ofensa à Constituição da República decorrente do provimento ocorreria apenas de maneira reflexa ou indireta.

Além disso, poder-se-ia cogitar de conflito entre o provimento e a medida imposta pelo art. 306 do Código de Processo Penal (CPP), de simples comunicação de prisão em flagrante ao juiz, ao Ministério Público e à família do preso ou a pessoa por ele indicada.¹⁰ Se fosse o caso (e não é, porquanto o provimento

9 STF. Plenário. RE 349.703/RS. Rel.: Min. CARLOS BRITTO. Redator para acórdão: Min. GILMAR MENDES. 3/12/2008, maioria. *DJe* 104, 4 jun. 2009.

10 “Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei 12.403, de 2011).

§ 1º Em até 24 ([...]) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não

regulamenta normas convencionais que se somam ao dever do art. 306), haveria contencioso de legalidade, não de constitucionalidade, o que igualmente obstaría o conhecimento da ação direta.

De todo modo, é firme a jurisprudência do STF quanto à inviabilidade de ação direta de inconstitucionalidade contra ato normativo secundário:

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Portaria nº 796/2000, do Ministro de Estado da Justiça. Ato de caráter regulamentar. Diversões e espetáculos públicos. Regulamentação do disposto no art. 74 da Lei federal nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Ato normativo não autônomo ou secundário. Inadmissibilidade da ação. Inexistência de ofensa constitucional direta. Eventual excesso que se resolve no campo da legalidade. Processo extinto, sem julgamento de mérito. Agravo improvido. Votos vencidos. Precedentes, em especial a ADI nº 392, que teve por objeto a Portaria nº 773, revogada pela Portaria nº 796. Não se admite ação direta de inconstitucionalidade que tenha por objeto ato normativo não autônomo ou secundário, que regulamenta disposições de lei.¹¹

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO N. 08/2004 EDITADA PELO CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ILEGALIDADE. NÃO-CABIMENTO DA AÇÃO DIRETA. Não é cabível

informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei 12.403, de 2011).

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. (Redação dada pela Lei 12.403, de 2011).”

11 STF. Plenário. Agravo regimental na ADI 2.398/DF. Rel.: Min. CEZAR PELUSO. 25/6/2007, maioria. *DJe* 92, 31 ago. 2007.

a ação direta quando o ato normativo atacado encontra fundamento em texto infraconstitucional.¹²

Ação direta de inconstitucionalidade: descabimento: caso de inconstitucionalidade reflexa. Portaria nº 001-GP1, de 16.1.2004, do Presidente do Tribunal de Justiça de Sergipe, que determina que o pagamento por via bancária dos emolumentos correspondentes aos serviços notariais e de registro – obtidos através do sistema informatizado daquele Tribunal – somente pode ser feito nas agências do Banco do Estado de Sergipe S/A – BANESE. Caso em que a portaria questionada, editada com o propósito de regulamentar o exercício de atividade fiscalizatória prevista em leis federais (L. 8.935/94; L. 10.169/2000) e estadual (L. est. 4.485/2001), retira destas normas seu fundamento de validade e não diretamente da Constituição. Tem-se inconstitucionalidade reflexa – a cuja verificação não se presta a ação direta – quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o desrespeito à Lei Fundamental por haver violado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculado pela Constituição.¹³

Em consequência, não há viabilidade para conhecimento da postulação. O processo deve ser extinto sem resolução de mérito.

III MÉRITO

O pedido não merece procedência.

Consoante ressaltou o tópico anterior, a instituição de audiência de custódia pelo Provimento Conjunto 3, de 22 de janeiro de 2015, da Presidência e da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), objetivou concre-

12 STF. Plenário. ADI 3.376/RJ. Rel.: Min. EROS GRAU. 16/6/2005, un. *DJ*, 23 jun. 2006, p. 3.

13 STF. Plenário. ADI 3.132/SE. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. 15/2/2006, maioria. *DJ*, 9/6/2006, p. 4.

tizar direito, previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo o qual “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”. Essa convenção internacional foi incorporada ao ordenamento brasileiro, por meio do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

Norma semelhante está presente no art. 9, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado por meio do Decreto 592, de 6 de julho de 1992.¹⁴

A ratificação de tratados internacionais pelo Chefe do Executivo depende de prévia autorização do Congresso Nacional (art. 49, I, da CR), formalizada por meio de decreto legislativo. Após a autorização legislativa, o Presidente da República ratifica o tratado perante o órgão depositário e publica decreto executivo de promulgação e internalização do instrumento.

14 “Art. 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”.

Quanto à posição hierárquico-normativa de tratados internacionais internalizados, a Constituição confere natureza de norma constitucional aos acordos sobre direitos humanos aprovados de acordo com as regras de aprovação de emenda constitucional (art. 5º, § 3º, da CR). No tocante aos demais tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, a despeito de divergência doutrinária, o Supremo Tribunal Federal consolidou interpretação do art. 5º, § 2º, da CR, de que possuem posição hierárquico-normativa específica no ordenamento jurídico, abaixo da Constituição e acima do corpo legislativo interno, isto é, possuem *status* supralegal:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁ-

RIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. Recurso extraordinário conhecido e não provido.¹⁵

Dessa forma, não cabe falar em usurpação da competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual, tampouco se vislumbra violação aos princípios da legalidade e da divisão funcional de poder. O Provimento Conjunto 3/2015 visa apenas a regulamentar tratados internacionais de direitos humanos devidamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, que passaram pela apreciação e aprovação do Congresso Nacional e da Presidência da República. A realização da audiência de custódia, portanto, é norma de nível legal vigente e (ao menos potencial-

15 STF. Plenário. RE 349.703/RS. Rel.: Min. CARLOS BRITTO. Redator para acórdão: Min. GILMAR MENDES. 3/12/2008, maioria. *DJe* 104, 4 jun. 2009.

mente) eficaz no Direito brasileiro. Não foi o provimento atacado que inovou no ordenamento jurídico.

Conforme assinalou a Advocacia-Geral da União, a Presidência e a Corregedoria-Geral da Justiça do TJSP atuaram de acordo com a autonomia conferida pela Constituição da República aos tribunais para dispor sobre competência e funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos (art. 96, I, *a*, da CR).

A regulamentação da audiência de custódia no Estado de São Paulo é fruto de parceria entre o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça paulista. O projeto objetiva permitir que a autoridade judicial não só analise de pronto a existência dos pressupostos de manutenção da prisão e de imposição de outras medidas cautelares, mas também permita o exame da existência de indícios de tortura ou abuso de poder na prisão dos cidadãos.¹⁶ Infelizmente, como se sabe, a despeito da maioria de policiais honestos e dedicados, ainda são numerosos e frequentes os episódios de tortura e abuso perpetrados por policiais contra cidadãos, sobretudo os de condição econômica vulnerável, como é notório e apontam entidades nacionais e internacionais de defesa de direitos fundamentais.

O CNJ discute resolução sobre a matéria há anos, a qual não teve ainda concluída sua discussão e deliberação.¹⁷ Sem embargo, o

16 Disponível em: < <http://zip.net/bbrC00> > ou < <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia> >. Acesso em: 17 jul. 2015.

17 A matéria é objeto do pedido de providências 0001731-

propósito do Conselho é expandir a realização de audiências de custódia para todo país. Segundo informações disponíveis nos sítios eletrônicos do Conselho e do STF, os Estados do Espírito Santo, Maranhão, Minas Gerais e São Paulo já adotaram a nova prática.¹⁸ Os Estados do Amapá, do Pará, Rio Grande do Norte, Alagoas e Sergipe sinalizaram interesse na implantação. Os demais Estados possuem grupos de trabalho em andamento, com exceção do de Mato Grosso do Sul, único que ainda não demonstrou interesse.¹⁹

A realização de audiência de custódia, com apresentação da pessoa presa a juiz até 24 horas após a prisão e participação do Ministério Público, da Defensoria Pública (quando necessário) e de advogado, é prática salutar no contexto do sistema criminal e da segurança pública brasileira e possibilita tratamento humanizado do preso, de acordo com a metanorma da dignidade do ser humano. Cumpre, ademais, compromisso internacional antigo do país, que até hoje não foi honrado pelas instituições do sistema de justiça.

41.2012.2.00.0000, que, como se percebe, tramita desde 2012. Instaurou-se por proposta da então Corregedora Nacional do CNJ, Ministra ELIANA CALMON.

18 Cf. “Projeto Audiência de Custódia chega a MG nesta sexta-feira”, disponível em < <http://www.cnj.jus.br/bc7j> > ou < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj//noticias/cnj/79902-projeto-audiencia-de-custodia-chega-a-mg-nesta-sexta-feira> >; acesso em 21 jul. 2015.

19 Disponível em: < <http://zip.net/bxrD1C> > ou < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/d4a5f17de0c5552182921d906f32b924.pdf> >. Acesso em: 17 jul. 2015.

Desse modo, o provimento conjunto está em consonância com o ordenamento constitucional, contribui para a promoção de direitos fundamentais como direito à liberdade, à ampla defesa²⁰ e ao devido processo legal, bem como para reduzir a endêmica superlotação carcerária do país, pois tende a ampliar situações nas quais cidadãos presos podem obter liberdade provisória, sem embargo de receber a imposição de alguma medida cautelar restritiva do art. 319, I a IX, do Código de Processo Penal.²¹

20 O direito à ampla defesa abrange direito a contraditório, muito embora seja comum referência a ambos de forma autônoma (direito à ampla defesa e ao contraditório), como se fossem independentes.

21 “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei 12.403, de 2011).

I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei 12.403, de 2011).

II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei 12.403, de 2011).

III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei 12.403, de 2011).

IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei 12.403, de 2011).

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei 12.403, de 2011).

VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei 12.403, de 2011).

VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei 12.403, de 2011).

VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei

O provimento poderia ter sido mais bem construído e mais adequado a atender à realidade dos órgãos do sistema de justiça se houvesse contato com contribuições de todos eles, notadamente o Ministério Público, a advocacia privada e a Defensoria Pública. Parece indubitável que não se podem adotar medidas estruturais relevantes e consistentes acerca do sistema criminal sem ouvir o titular constitucional privativo da persecução penal (CR, art. 129, I), como é o Ministério Público. De toda forma, o provimento não chega a afrontar a Constituição em suas disposições.

É desejável, por outro lado, que, enquanto o Congresso Nacional não disciplinar a matéria por lei ordinária, como é o ideal, ela seja normatizada de modo uniforme para todo o Judiciário brasileiro, por meio da resolução em apreciação no Conselho Nacional de Justiça há muitos anos. No que se refere a procedimentos comuns aos juízes em geral, é preferível essa resolução à adoção de provimentos e outras normas secundárias de cada um dos tribunais com competência criminal no país, de maneira a uniformizar tais procedimentos.

A 2^a, a 5^a e a 7^a Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, a propósito, aprovaram nota técnica conjunta favorável à aprovação do projeto de lei do Senado 554/2011, que insere no CPP a audiência de custódia como procedimento-padrão no caso de prisão em flagrante.²²

12.403, de 2011).

IX – monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei 12.403, de 2011)”.
22 Disponível em < <http://zip.net/btrFBx> > ou

< <http://noticias.pgr.mpf.br/noticias/noticias-do->

É, portanto, descabida a alegação de inconstitucionalidade do diploma normativo, motivo pelo qual deve o pedido da ação direta ser julgado improcedente.

IV CONCLUSÃO

Ante o exposto, a Procuradoria-Geral da República manifesta-se pelo não conhecimento da ação e, no mérito, por improcedência do pedido.

Brasília (DF), 21 de julho de 2015.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

RJMB/WS/CCC-Par.PGR/WS/2.041/2015

[site/copy_of_criminal/portal_factory/copy_of_pdfs/nota-tecnica-conjunta-audiencia-de-custodia-1.pdf](#) >; acesso em 21 jul. 2015.