



**EXMO. SR. MINISTRO EDSON FACHIN, RELATOR DA RECLAMAÇÃO
Nº29.303**

RECLAMAÇÃO Nº 29.303

RECLAMANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AMICUS CURIAE: INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS - ICP

PAUTA DO DIA 05 DE DEZEMBRO DE 2019

O **INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS – ICP**, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ nº 03.560.112/0001-95, com sede na cidade de Belo Horizonte – MG, na Avenida Raja Gabaglia, 1492, sala 204, bairro Luxemburgo, CEP 30350-540, vem, por seus advogados, apresentar **MEMORIAIS** para o julgamento pautado para o dia 05 de dezembro de 2019, requerendo, desde já o provimento da Reclamação pelos seguintes argumentos:

01 - A presente Reclamação visa a dar efetividade ao que restou decidido na Medida Cautelar da ADPF 347 quanto à realização de audiência de custódia no prazo máximo de 24 horas, uma vez que apenas em relação aos presos em flagrante delito é que vem sendo realizada a referida audiência.



02 - Por entender não cabível a Reclamação o eminente Ministro Relator lhe negou seguimento, aduzindo que a decisão alegada pela Reclamante como tendo sido violada se referiria apenas à prisão em flagrante.

03 - Diante da denegação do seguimento da Reclamação, a Reclamante interpôs recurso de Agravo Regimental, tendo sido inicialmente designado seu julgamento pelo Plenário Virtual e, após o voto do Ministro Edson Fachin, que negava provimento ao Agravo Regimental, no que foi acompanhado pela Ministra Carmen Lúcia, e depois do voto divergente do Ministro Gilmar Mendes, que dava provimento ao Agravo, por proposição do Ministro Edson Fachin o julgamento foi suspenso e afetado ao Plenário. Essa é a atual situação do recurso que será julgado no dia 05 de dezembro de 2019.

04 - Durante o trâmite do recurso, o Instituto de Ciências Penais (ICP) foi admitido como um dos *amici curiae*, juntamente com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM); Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), e o Instituto Anjos da Liberdade.

05 - Inicialmente, tem-se que o Agravo deva ser provido, uma vez que a decisão da Medida Cautelar na ADPF 347 não limitou a realização da audiência de custódia apenas à prisão em flagrante, e nem poderia fazê-lo, sob pena de afrontar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que estabelecem que todo preso deva ser apresentado imediatamente à autoridade judiciária, como implementação de um procedimento intensamente desejado para pôr fim às arbitrariedades que grassavam nos processos em andamento nas varas criminais país afora.

06 - As convenções internacionais de direitos humanos foram recebidas pelo ordenamento interno como normas supralegais e infraconstitucionais, formando com o texto constitucional o que Nereu José Giacomioilli denominou de Bloco de

Constitucionalidade¹. Nos termos do Recurso Extraordinário nº 466.343, relatado pelo Ministro Celso de Mello, o Bloco de Constitucionalidade é composto pelo “somatório daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados”. A Corte Interamericana de Direitos Humanos prescreve que um Estado que ratificou um tratado de direitos humanos deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas. Pois bem, a obrigação de apresentar o preso, qualquer preso e não apenas os presos em flagrante, à autoridade judiciária é parte integrante do próprio sistema constitucional brasileiro. Eventuais limitações violam o cânone interpretativo da máxima efetividade, vez que as normas convencionais não apontam o dever de apresentação sem demora somente nos casos de prisões em flagrante.

07 - No atual contexto histórico, principalmente após a democratização do Brasil e a promulgação de uma Constituição Democrática apelidada de “Constituição Cidadã”, o papel do Supremo Tribunal Federal ganhou ainda maior relevância. Cabe ao Supremo a guarda da Constituição, e conseqüentemente dar à legislação infraconstitucional as cores da constitucionalidade e da convencionalidade. Isso toma ares ainda mais necessários quando se trata do Processo Penal, já que o Supremo deve dar contornos democráticos da Constituição e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao Código nascido sob o regime ditatorial do Estado Novo e confessadamente inspirado no Código de Processo Penal de Manzini que serviu à Itália Fascista².

08 - Nesse cenário, é importante que as normas processuais penais sejam interpretadas de forma a buscar a construção de um modelo acusatório de processo penal, no qual as decisões sejam construídas em contraditório entre as partes³. E um modelo acusatório somente será possível em um processo desenvolvido em contraditório entre as partes⁴.

¹ GIACOMOLLI, Nereu. **O Devido Processo Penal**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

² Vide exposição de motivos do Código de Processo Penal, item II.

³ SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório: A participação dos sujeitos no centro do palco processual**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

⁴ FAZZALARI, Élio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. VIII Edizione. Milão: Cedam, 1996.

Nesse modelo, audiência é o espaço público para a participação das partes em simétrica paridade construir, em iguais condições, a decisão. Na prisão não é diferente, deve-se buscar a implementação do contraditório em todas as formas de prisão. As garantias processuais são um freio ao poder persecutório estatal e ao próprio monopólio da violência do Estado.

09 - Diante disso, a audiência de custódia possui dois importantes objetivos a serem buscados: verificar a legalidade da prisão e a possibilidade de sua substituição por medidas menos gravosas. Abusos e violações de direitos podem ocorrer em qualquer espécie de prisão, e a audiência de custódia visa justamente a verificar se a prisão se deu em conformidade com a lei. De outro lado, a discussão e o debate contraditório sobre a necessidade de manutenção da prisão fazem da audiência de custódia um importante mecanismo de se restringir o uso da prisão apenas aos casos que demandem tal medida extrema, revogando no primeiro momento a prisão desnecessária ou a substituindo por outras medidas menos gravosas.

10 - É importante destacar que a privação da liberdade retira do indivíduo algo que não pode ser restituído, que a restituição da liberdade é incapaz de devolver, toma-se do indivíduo seu tempo de vida⁵ e o tempo não volta, não se devolve, não se restitui. Desse modo, para se tomar o tempo de vida de alguém deve-se ter o máximo de cautela, devendo ser verificada a legalidade e a necessidade de tal medida de forma preventiva, em audiência de custódia.

11 - Em outros ordenamentos latino-americanos já se estabelece o controle de detenção para as prisões cautelares. No Chile, nos termos do art. 127 do Código de Processo Penal chileno, o juízo, diante de um pedido do Ministério Público determina a detenção do indivíduo e sua apresentação em juízo para que, em audiência, decida-se sobre a prisão. No Uruguai, por sua vez o pedido de prisão preventiva se dá em audiência (art. 230 do Código de Processo Penal uruguaio). No sistema europeu de proteção dos direitos

⁵ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

humanos, a garantia se mostra ainda mais ampla uma vez que a Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 5º, §3º) obriga que o cidadão preso seja apresentado imediatamente ao juiz. Vale destacar que a audiência de custódia faz parte do ordenamento jurídico de 27 (vinte e sete) dos 35 (trinta e cinco) países integrantes da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁶.

12 - Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, a população carcerária brasileira ultrapassou a marca de 800 mil presos, sendo que 41,5% deles, o que representa 332 mil presos, se encontram sem julgamento. A implementação de audiências de custódia poderia significar a redução desses números alarmantes, e a devolução da liberdade a inúmeras pessoas que tiveram a liberdade restrita e que a verificação, em audiência e sob o contraditório, da necessidade da prisão poderia determinar a fiscalização da necessidade das prisões e a possibilidade de serem substituídas. Conforme pesquisa realizada no ano de 2017 pelo Conselho Nacional de Justiça, as audiências de custódia representaram a liberdade para 44% dos presos⁷.

13 - Ademais, a presente Reclamação é uma grande oportunidade de se regulamentar a forma pela qual devem ser adotadas as audiências de custódia, uniformizando o procedimento em todo território nacional. Impedindo que ocorra, como vem ocorrendo em algumas Comarcas do Estado de Minas Gerais, que a audiência de custódia seja realizada pelo próprio magistrado que julgará o caso penal. Tal prática acaba por contaminar o julgamento, fazendo com que o convencimento do juiz se forme já na própria audiência de custódia, fomentando o primado da hipótese sobre os fatos, como ensina Franco Cordero⁸, ou seja, faz com que o julgador parta de uma premissa previamente concebida e, se essa premissa for falsa a conclusão também será falsa, transmutada em verdade construída⁹. Assim, cabe aos atores jurídicos atuantes na

⁶ Vide: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-07/audiencia-custodia-constam-leis-27-paises-oea>

⁷ <https://m.migalhas.com.br/quentes/294208/audiencias-de-custodia-mais-de-40-dos-casos-resultaram-em-liberdade>

⁸ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986, p. 51

⁹ COUTINHO. Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 43.



audiência de custódia fazerem valer as garantias daqueles que se encontram na situação mais vulnerável daquele ato, sendo imprescindível que apliquem não somente as normativas internas, como também os *standards* fixados pela Corte Interamericana, a fim de se evitar a responsabilidade do Estado brasileiro internacionalmente.

14 - Essa carência de base normativa na padronização da regulamentação das audiências de custódia acaba sendo um fator que enfraquece a sua implementação como garantia fundamental que, inclusive, a faz ser alvo de questionamentos, como nesta presente Reclamação. Por fim, se por um lado a audiência de custódia como garantia fundamental precisa percorrer um longo caminho para firmar suas bases de forma sólida no sistema de Justiça brasileiro, por outro lado, se mostra como uma realidade que exige atuação imediata pois se mostra como um instrumento valiosíssimo no combate à violência estrutural e institucionalizada.

15 - O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Estado onde o ICP é sediado, possui normatização sobre as audiências de custódia, vide Resolução nº 796/2015, Portaria Conjunta nº 01/PR/2015, Portaria Conjunta nº 02/PR/2016 (todas anexas), que regulamentam no âmbito jurisdicional do TJMG a realização de audiências de custódia apenas em casos de prisão em flagrante delito, sendo exatamente esse o ponto contra o qual se insurge a Reclamante e que deve ser corrigido por meio do provimento da Reclamação, sendo determinado pelo Supremo Tribunal Federal a realização de audiências de custódia em toda e qualquer forma de prisão, seja ela em flagrante, preventiva, temporária, para cumprimento de pena ou em razão de débito alimentar, vez que todo ato de poder está sujeito ao abuso e deve ser controlado e limitado pelo Direito.



16 - Por todos esses fundamentos é que o Instituto de Ciências Penais pugna pelo provimento do Agravo Regimental e pelo provimento da Reclamação em julgamento para que se determine a realização da audiência de custódia em todas as modalidades de prisão.

Brasília, 05 de dezembro de 2019.

GUSTAVO HENRIQUE DE SOUZA E SILVA
OAB/MG 84.247

JOSÉ DE ASSIS SANTIAGO NETO
OAB/MG 102.766

EDUARDO BRUNO AVELLAR MILHOMENS
OAB/MG 100.630

NÁDIA DE CASTRO ALVES
OAB/SP 241.940

LEONARDO MONTEIRO RODRIGUES
OAB/MG 131.481

LÁZARO SAMUEL GONÇALVES GUILHERME
OAB/MG 131.861

RENATO DILLY CAMPOS
OAB/MG 166.263