

## VOTO VOGAL

**O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES:** Cuida-se de reclamação ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em que se alega o desrespeito à autoridade da decisão proferida por esta Suprema Corte no exame da **ADPF 347-MC/DF**, ministro Marco Aurélio, cujo julgamento determinou a realização de audiência de custódia no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, contado do momento da prisão.

Alega a reclamante que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro violou o entendimento fixado no julgado em referência, pois, ao editar a **Resolução 29/2015**, limitou a realização de audiência de custódia aos casos de prisão em flagrante, quando, no entender da reclamante, o preso deve ser apresentado à autoridade judicial, no prazo de 24 horas, seja qual for a modalidade de sua prisão.

O ministro Edson Fachin, Relator do presente feito, por não vislumbrar a **estrita aderência** entre o ato reclamado e o paradigma invocado pela Defensoria Pública fluminense, negou seguimento à presente reclamação.

Contra essa decisão, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro interpôs este recurso de agravo regimental.

Como bem lembrado pelo Relator, na sessão de 12.02.2019, a Segunda Turma suspendeu o julgamento do agravo regimental e afetou o caso ao Plenário.

Em 12.12.2019, após a leitura do relatório e a realização das sustentações orais, o julgamento do agravo regimental pelo Plenário desta Corte foi suspenso.

No dia 10.12.2020, como o processo não entrou em pauta e ao entender estarem presentes os requisitos da plausibilidade jurídica do pedido e do risco da demora da decisão, o ministro Relator reconsiderou a decisão agravada e deferiu 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.

Iniciado o julgamento virtual do referendo à liminar deferida e dos pedidos de extensão, pedi destaque dos julgamentos na sessão de 05/02 /2021 a 12/02/2021.

O julgamento do mérito desta reclamação foi incluído para julgamento virtual do Tribunal Pleno de 24/02/2023 a 03/03/2023.

### **É a breve síntese do relatório.**

Apresentados os contornos do caso, passo a examinar este pleito formulado nesta reclamação.

**Preliminarmente**, entendo que não se sustenta a alegação de que a **Resolução 29/2015** do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro seria inconstitucional pois estaria legislando em matéria de competência privativa da União (**art. 22, I, da CF/88**) e, portanto, usurpando a competência do Poder Legislativo.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal, nos autos da **ADI 5.240/SP**, ministro Luiz Fux, debruçando-se sobre esse específico tema, ao examinar a **Resolução 03/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, entendeu ser constitucional tal diploma normativo na medida em que ele apenas regulamenta normas já vigentes no nosso ordenamento jurídico e estaria, portanto, dentro do poder de autogestão conferido aos Tribunais, nos termos do **art. 96, I, a, da Constituição Federal de 1988**.

Superada essa questão preliminar, no que toca às **hipóteses de cabimento da reclamação**, observo que estas decorrem do próprio texto constitucional, ao dispor em seu **art. 102, I, 1**, sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões e, também, quando ato administrativo ou judicial contrariar ou aplicar indevidamente, entendimento fixado em enunciado de súmula vinculante (**art. 103-A, §3º, da CF/88**).

Semelhante previsão também é encontrada em rol taxativo constante do art. 988 do CPC.

No caso, a presente reclamação foi ajuizada para impugnar a **Resolução 29/2015, do TJRJ**, que limitou a realização de audiência de custódia aos casos de prisão em flagrante, o que, segundo a reclamante, representaria uma violação à **ADPF 347-MC/DF**.

Ou seja: há a demonstração de ato administrativo ( **Resolução 29/2015 do TJRJ** ) que, supostamente, teria violado a autoridade de decisão proferida em caráter vinculante pelo Supremo Tribunal Federal ( **ADPF 347-MC/DF** ).

**Entendo, portanto, ser hipótese de conhecimento da reclamação.**

Passo, agora, ao **necessário exame da pertinência (ou aderência)** do ato reclamado com o paradigma de confronto invocado pela reclamante, cumprindo analisar os limites desse julgamento ( **ADPF 347 MC/DF** , ministro Marco Aurélio).

Não se questiona o relevante argumento levantado na decisão monocrática proferida nestes autos pelo Relator - e agora melhor enfrentado em seu duto voto - de que os debates do referido julgado paradigma ( **ADPF 347-MC/DF** ) foram pautados apenas na prisão em flagrante.

Nesse ponto, observo que, realmente, **não se extrai de nenhum dos votos proferidos pelos ilustres ministros que participaram do julgamento na ADPF 347 MC/DF a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia para as demais modalidades de prisão.**

**Como o ato reclamado apenas regulamentou o exercício desse direito subjetivo, qual seja, a realização da audiência de custódia do preso em flagrante delito, não houve desrespeito à autoridade da decisão proferida por esta Suprema Corte na ADPF 347-MC/DF, que, conforme já expus, não abordou o pleito ora formulado no sentido de ampliar a obrigatoriedade da realização de audiência de custódia para todas as modalidades de prisão.**

Assim, não haveria, rigorosamente, estrita **aderência temática** entre o paradigma invocado e o conteúdo do ato reclamado, tornando incabível o manejo da ação reclamatória.

Em casos fronteiriços, esse mesmo entendimento foi observado por esta Suprema Corte (**Rcl 42.523-MC/CE**, ministro Celso de Mello; **Rcl 30.510/TO**, ministro Gilmar Mendes; **Rcl 30.510/RS**, ministra Rosa Weber).

Assinalo, entretanto, que há neste Tribunal entendimento em sentido contrário, segundo o qual, no julgamento da **ADPF 347-MC/DF**, esta Suprema Corte não ficou adstrita às questões referentes à prisão em flagrante, como ocorreu na apreciação da **Rcl 34.835/RJ**, ministro Ricardo Lewandowski.

Assim, como acaba de lembrar o ministro Relator, esta é uma daquelas hipóteses em que a reclamação é utilizada para dar maior amplitude à decisão anteriormente proferida pela Suprema Corte, ou nos termos expostos pelo ministro Gilmar Mendes na **Rcl 4.374/PE**, de que foi Relator, a “*reclamação como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle abstrato*”.

Tal situação ganha maior relevo quando o contexto fático e normativo do tema é profundamente alterado, com as inovações trazidas pela **Resolução 213/2015**, do Conselho Nacional de Justiça, e, sobretudo, pela **Lei 13.964/2019**, que institui o denominado “*Pacote Anticrime*”.

Com efeito, a par dos respeitáveis questionamentos existentes sobre se os ministros desta Suprema Corte, no julgamento da ADPF 347-MC/DF, ficaram (ou não) adstritos às questões referentes à prisão em flagrante, é preciso reconhecer que a Resolução 213/2015 do CNJ ampliou a necessidade de realização da audiência de custódia do preso decorrente de cumprimento de mandado de prisão cautelar ou definitivo, valendo transcrever o art. 13 e seu parágrafo único:

*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.*

Nessa mesma linha, o legislador processual foi claro quando, alterando o teor dos **arts. 287 e 310, ambos do CPP**, na redação dada pela Lei 13.964 /2019, determinou o que se segue:

*"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 "*

*"Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:*

*[...]*

*§ 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."*

Assim, vê-se que, além da obrigatoriedade de audiência de custódia nos casos de prisão em flagrante, como decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADPF 347-MC/DF, o legislador processual também ampliou a obrigatoriedade da apresentação do preso nos casos de prisão (temporária ou preventiva).

Tal orientação, segundo penso, **coaduna-se com a própria natureza jurídica da audiência de custódia**, pois, além de ser um **dever estatal**,

reconhecido em seu ordenamento jurídico, trata-se de um **direito fundamental do preso**, notadamente dirigido ao respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88).

Ademais, além da proteção constitucional que já mencionei, os **fundamentos supralegais de validade da realização de audiência de custódia aos presos no Brasil** estão plasmados em documentos internacionais de direitos humanos que foram incorporados no sistema do direito positivo do Brasil através do devido processo legislativo e, portanto, são de observância obrigatória no Estado Democrático de Direito.

Podem ser citados, nesse sentido: o **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – PIDCP** e a **Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH**, mais precisamente em seus arts. 9º, item 3 e 7º, item 5, respectivamente.

Outra não é a posição da doutrina, valendo destacar Aury Lopes Jr. que, em sua obra “*Direito processual penal – 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019*”, após discorrer relevantes pontos acerca da audiência de custódia, conclui:

“(...) a audiência de custódia não se limita aos casos de prisão em flagrante, senão que terá aplicação em toda e qualquer prisão, detenção ou retenção (dicção do art. 7.5 da CADH), sendo portanto exigível na prisão temporária e também na prisão preventiva.

(…)

Enfim, não há por que temer a audiência de custódia; ela vem para humanizar o processo penal e representa uma importantíssima evolução, além de ser uma imposição da Convenção Americana de Direitos Humanos que ao Brasil não é dado o poder de desprezar.”

Por isso mesmo, compete ao Estado garantir o exercício desse direito subjetivo ao preso, com a realização da audiência de custódia após a sua prisão, possibilitando a apresentação do preso perante um magistrado que poderá, através do contato direto com o custodiado, verificar a legalidade e a necessidade dessa medida de constrição da liberdade.

A realização da audiência de custódia pelo magistrado competente possibilita o exercício da autodefesa pela própria presença do acusado no ato e possui, ainda, a importante função de coibir outras indesejáveis ocorrências, como os maus-tratos e a tortura.

Do mesmo modo, a realização da audiência de custódia sem demora excessiva torna um fator importante de reforço da credibilidade do trabalho policial contra possíveis falsas imputações defensivas, eis que a autoridade judiciária “não só tem a possibilidade, mas o dever de aferir visualmente e através de entrevista com o apresentado, se este foi submetido a maus-tratos, torturas ou sofreu constrangimento para assinar eventuais declarações” (*“Prisão preventiva e medidas cautelares alternativas: procedimentos e finalidades da audiência de custódia./ Sérgio Ricardo de Souza, Willian Silva./ Curitiba: Juruá, 2020”*).

**Ocorre, e aqui me permitam uma breve reflexão sobre a exequibilidade dessa decisão que ora nos deparamos, a mim me parece ser o prazo de 24 (vinte e quatro) horas muito exígua frente às atuais condições materiais existentes no Poder Judiciário, considerado todo o território brasileiro.**

Não por outro motivo, o ministro Luiz Fux, Relator da ADI 6.305, deferiu medida liminar, *ad referendum* do Plenário, para suspender a eficácia do art. 310, §4º do CPP, ao vislumbrar inconstitucionalidade material na liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas, ao aduzir, em síntese, o que se segue:

*“A ilegalidade da prisão como consequência jurídica para a não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas fere a razoabilidade, uma vez que desconsidera dificuldades práticas locais de várias regiões do país, bem como dificuldades logísticas decorrentes de operações policiais de considerável porte. A categoria aberta “motivação idônea”, que excepciona a ilegalidade da prisão, é demasiadamente abstrata e não fornece baliza interpretativa segura para aplicação do dispositivo;”*

De outro lado, percebo que, em recente debate sobre a prisão, o legislador optou por estabelecer um prazo de 90 dias para a revisão da decisão que decretar a prisão preventiva, oportunidade em que o órgão

judiciário emissor da medida irá analisar a real necessidade de sua manutenção.

Isso está expresso no **art. 316, parágrafo único, do CPP**, com a redação da Lei 13.964/2019:

*"Art. 316. (...)*

*Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal."*

Além disso, como sabemos, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a inobservância da reavaliação no prazo de 90 dias, previsto no artigo 316, parágrafo único, do CPP, com a redação dada pela Lei 13.964/2019, não resulta na revogação automática da prisão preventiva (**SL 1.395/SP**, ministro Presidente).

Assim, caberá ao juízo competente, analisando o caso concreto, reavaliar a legalidade e a atualidade dos fundamentos da prisão preventiva decretada.

Desse modo, penso que, **não obstante fixarmos a obrigatoriedade de audiência de custódia a todas as modalidades de prisão**, é preciso atentarmos quanto à rigidez do prazo de 24 horas para sua realização a ser contado do momento da prisão.

Isso porque entendo ser extremamente necessário conciliar o respeito ao direito fundamental do preso com a possibilidade efetiva de cumprimento desse dever pelo Estado, evitando eventuais alegações de nulidade por descumprimento de prazo.

Nesse sentido, cumpre destacar que **há precedentes de ambas as Turmas desta Suprema Corte no sentido de que a realização da audiência de custódia após o prazo de 24 horas contado do momento da prisão constitui mera irregularidade passível de correção**. Cito, neste sentido, os seguintes acórdãos:

1. A audiência de custódia deve ser realizada, de forma física ou virtual, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro horas), nos termos da decisão monocrática prolatada.

2. A não realização da audiência de custódia, entretanto, constitui irregularidade a ser suprida, mas disso não deriva, ipso fato, a alegada ilegalidade dos atos subsequentes e o relaxamento da prisão preventiva. Precedentes.

(Rcl 46.045 AgR, ministro Dias Toffoli, Primeira Turma)

III – A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas depois da prisão em flagrante constitui irregularidade passível de ser sanada, que nem mesmo conduz à imediata soltura do custodiado, notadamente quando decretada a prisão preventiva, como se deu na espécie. Precedentes.

(Rcl 49.566 AgR, ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma)

**Por isso mesmo, insta frisar, segundo penso, que a não realização da audiência de custódia não resulta, automaticamente, na ilegalidade da referida segregação, com a consequente soltura do custodiado.**

A propósito, observo que a Segunda Turma tem determinado a realização da audiência de custódia com o propósito de sanar ilegalidade decorrente da ausência desse instrumento processual, de modo que a revogação automática da prisão preventiva acaba afastada. Ilustram esse entendimento o HC 202.579 AgR, ministro Gilmar Mendes; o HC 202.700 AgR, ministro Gilmar Mendes; HC 198.399, ministro Gilmar Mendes; HC 220105 AgR, ministro André Mendonça. Cito, no mesmo sentido, o HC 219257 AgR, ministro Gilmar Mendes, de cuja ementa cito o seguinte fragmento:

[...] 7. A ausência de realização de audiência de custódia não implica a nulidade do decreto de prisão preventiva. Precedente.

Ainda, observo que há diversos precedentes deste Tribunal no sentido de que a superveniência da realização da audiência de instrução torna superada a alegação de ausência de audiência de custódia (HC 193.997, ministro Nunes Marques; HC 195.299, ministra Cármem Lúcia; Rcl 26.592, ministra Rosa Weber; Rcl 29.040, ministro Roberto Barroso, Rcl 45.582 MC, ministro Nunes Marques).

Como se sabe, é firme o entendimento desta Suprema Corte no sentido de que o reconhecimento de nulidade exige demonstração do prejuízo, não sendo suficiente a mera presunção, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal. Ilustram esse entendimento os seguintes acórdãos: HC 107.769, ministra Cármem Lúcia; HC 180.592 AgR, ministro Luiz Fux; HC 183.250 AgR, ministro Roberto Barroso; RHC 125.242 AgR, ministro Celso de Mello; RHC 138.670 ED, ministro Alexandre de Moraes; RHC 151.402 AgR, ministra Rosa Weber.

Assim, **sob todos os fundamentos aqui aludidos, entendo que o pleito reclamatório deve ser acolhido, porém, com as ressalvas que acabo de mencionar**, para dar concretude a um direito fundamental de todos os presos, independentemente de ser prisão, de serem apresentados, sem demora, ao magistrado para averiguar a legalidade e a necessidade dessa excepcional medida de constrição da liberdade.

### **Dispositivo**

**Em face do exposto, acompanho o Relator, com ressalvas que expus em meu voto, para, nos termos do pleito reclamatório formulado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, determinar que o Tribunal de Justiça fluminense realize as audiências de custódia, independentemente da modalidade de prisão**, superando a limitação imposta na Resolução TJRJ nº 29/2015, que somente permite a fruição de um direito subjetivo aos presos em flagrante.

Ademais, acompanho, **também com as ressalvas acima consignadas**, o Relator para, nos termos do seu voto, “determinar a todos os Tribunais do país, 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 preventivas, temporárias, preventivas para fins de extração, decorrentes de descumprimento de medidas cautelares diversas, de violação de monitoramento eletrônico e definitivas para fins de execução da pena, ratificando-se a medida cautelar e os pedidos de extensão deferidos em sede monocrática.”

É como voto.