

**EXCELENTEÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - RELATOR DA AÇÃO DIRETA
DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 5240**

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL**, com escritório de representação na Capital Federal localizado em SCS, Quadra 8, Edifício Venâncio 2000, bloco B-60, 2º andar, sala 240, CEP 70.333-900; a **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**, com escritório de representação na Capital Federal localizado em SHS, Quadra 6, Bloco E, sala 916, Asa Sul, CEP 70.316-000; a **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, com escritório de representação na Capital Federal localizado em SAFS, Quadra 2, Lote 2, Bloco B, Sala 108, Edifício Via Office, CEP 70.070-600; a **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, com escritório de representação na Capital Federal localizado em SCN, Quadra 1, Edifício Central Park, sala 1002, Asa Norte, CEP 70.711-903; e a **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE TOCANTINS**, com escritório de representação na Capital Federal localizado em SCN, Quadra 1, Edifício América Office Tower, Bloco F, salas 140 e 141, Norte, CEP 70.711-905, por intermédio dos respectivos Defensores Públicos que subscrevem a presente peça processual, vêm, com fundamento no §2º, artigo 7º, da Lei nº 9.868/99, requerer a habilitação na qualidade de **AMICI CURIAE** na **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240**, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL/BRASIL, pelos fundamentos expostos a seguir.

I. PRELIMINARMENTE:

O E. Ministro Relator determinou, em 03.08.2015, a inclusão do feito em pauta de julgamento, o que, em regra, afastaria a possibilidade de ingresso das peticionantes como *amici curiae* na presente ação.

Contudo, esta Corte já admitiu pedidos de ingressos de *amici curiae*, após a juntada das informações e, portanto, com os autos já instruídos, em razão da relevância da matéria e importante contribuição que a manifestação das entidades peticionantes pode trazer à causa. Neste sentido, destacam-se as seguintes decisões sobre a questão:

“No entanto, em virtude de a publicação da inclusão em pauta deste processo haver se dado em 24/9/2008 e a presente solicitação ter sido realizada apenas em 17/10/2008, admito a participação da Fazenda Nacional como amicus curiae tão-somente para (i) receber futuros memoriais e (ii) para a realização, caso queira, da sustentação oral na sessão de julgamento” (STF, Decisão Monocrática no RE 576110/AC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ: 04.03.2009).

“5. Cabe ressaltar que A Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal – ADPF, e a Associação Nacional dos Peritos Criminais – ACPF, apresentaram pedido de ingresso no feito na condição de amicus curiae em 3.9.2009, momento posterior à data em que declarei encerrado o prazo para manifestação de terceiros, 17.3.2009. Todavia, pelo grande número de processos em pauta aguardando julgamento o presente feito ainda não pode ser julgado, o que permite a acolhimento do pleito de intervenção como amicus curiae, mesmo após o transcurso de prazo para manifestação” (STF, Decisão Monocrática no RE 567110/AC, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ: 05.08.2010).

“Assim, em princípio, a manifestação dos amici curiae haveria de se fazer no prazo das informações. No entanto, especialmente diante da relevância do caso ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa, é possível cogitar de hipóteses de admissão de amicus curiae, ainda que fora desse prazo. Necessário é ressaltar, contudo, que essa possibilidade não é unânime na jurisprudência do STF” (STF,

Decisão Monocrática na ADI 3.998/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ: 31.03.2008).

“Se o dispositivo que previa prazo para o ingresso do amicus curiae no processo foi objeto de voto, não descubro fundamento normativo para induzir aplicabilidade do que se projetava como norma, que, vetada sem remédio, não chegou a integrar o ordenamento jurídico positivo, de modo a condicionar a possibilidade da intervenção. No silêncio da lei, mais razoável é reputá-la admissível, ainda ao depois do termo do prazo das informações, interpretação que, já acolhida neste Tribunal (ADI nº 1.104, rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 29.10.2003), encontra suporte analógico na disciplina da intervenção do assistente (art. 50, § único, do CPC). A consequência da intervenção tardia do amicus há de ser apenas a impossibilidade de praticar atos processuais cujo prazo já se tenha exaurido. Em outras palavras, o interveniente recebe o processo no estado em que o encontre” (ADI nº 3.474, rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 19.10.2005)” (STF, Decisão Monocrática na ADI 3.329/SC, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ: 17.05.2006).

Deve ser destacado que no caso em questão apenas 3 (três) entidades figuram como *amicus curiae*, e o ingresso das peticionantes, que atuarão em conjunto, não acarretará nenhum prejuízo à causa, uma vez que não se trata de ampliação multitudinária dos agentes intervenientes.

II. RESUMO DOS FATOS

Cuidam os autos de ação indireta de inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Delgados de Polícia do Brasil – ADEPOL/BRASIL, na qual se requer seja declarado inconstitucional o Provimento Conjunto nº 03/2015, expedido pela Presidência do Tribunal de Justiça e pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo.

Em síntese, o mencionado Provimento determina *“em cumprimento ao disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de São*

José da Costa Rica), a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia”.

A autora argumenta que o ato objeto desta ADI violou a Constituição da República, pois “*ofendeu a competência federal para legislar sobre direito processual e o princípio da legalidade, ao editar norma de conteúdo processual despida de estutura legal*” e “*vulnerou o princípio da separação de Poderes*”.

Para a autora, as normas relativas à audiência de custódia, ainda não inseridas no Código de Processo Penal, não poderiam ser instituídas pelos Estados, já que não possuiriam caráter administrativo, e sim processual, pois estabeleceriam “*regras de conduta para os juízes, promotores, defensores e delegados, quando diante de pessoas presas em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, são intimados para participar da audiência de custódia*”.

Portanto, estaria configurada a violação ao artigo 22, I, da Constituição da República e, assim, a inconstitucionalidade formal do ato.

Além disso, o Provimento teria estatura de norma infralegal e, por isso, afrontaria o princípio constitucional da legalidade (artigo 5º, II, da Constituição da República), já que a matéria objeto do ato impugnado somente poderia ser regulamentada através de lei.

Por fim, sustenta que o ato normativo em questão estabeleceria novas atribuições aos delegados de polícia e seus agentes, o que violaria o princípio da harmonia e independência dos Poderes, já que o Poder Judiciário não pode “*editar, mediante ato administrativo interno, direção aos servidores da Administração Pública Direta*”.

O Tribunal de Justiça de São Paulo prestou relevantes informações nos autos desta ADI através do Ofício nº 919/2015. O Advogado-Geral da União

apresentou a defesa da constitucionalidade do ato. A Federação Nacional dos Policiais Federais – FENAPEF e a Defensoria Pública da União peticionaram para ingressar nos autos como *amici curiae*.

III. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA

O Brasil, desde 1992, é signatário do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e em ambos os documentos internacionais há a determinação de que qualquer pessoa presa deve ser conduzida, sem demora, à presença da autoridade judicial¹. Contudo, somente 23 anos depois, em 2015, com o lançamento do “Projeto Audiência de Custódia” pelo Conselho Nacional de Justiça, tal norma, de cunho supralegal², começou a ser efetivamente aplicada no sistema de justiça brasileiro.

No sistema prisional brasileiro há 235.909 presos provisórios³ que, em média, aguardam mais de 100 dias para a audiência de instrução e julgamento, na qual terão o primeiro contato com o Juiz e, muitas vezes, com o Defensor Público⁴.

¹ Artigo 9º.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Artigo 7º.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

² A partir do julgamento do RE nº 466.343/SP, o STF firmou o entendimento de que os tratados sobre direitos humanos assinados pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal.

³ http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Ver também o Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, publicado em junho de 2014, pelo CNJ: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf.

⁴ Sumário Executivo de Pesquisas sobre Prisão Provisória, Rede Justiça Criminal, agosto/2013: “Em média, o intervalo de tempo entre a prisão e a primeira audiência de instrução e julgamento foi de 109,2 dias para homens e 135,7 dias para mulheres” *In:* https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/13-12-04_sumarioexecutivofinal.pdf; Maria Laura Canineu, O direito à ‘audiência de custódia’ de acordo com o direito internacional, publicado em <<http://www.hrw.org/pt/news/2014/02/03/o-direito-audiencia-de-custodia-de-acordo-com-o-direito-internacional>>: “Por exemplo, no estado de São Paulo (que abriga 37% da população carcerária total do Brasil), a maioria de detentos não comparece perante um juiz antes de pelo menos três meses após a detenção”.

Em discurso proferido pelo Ministro Presidente do STF, Ricardo Lewandowski, por ocasião do lançamento do Anuário da Justiça Brasil 2015: “(...) nós temos hoje cerca de 600 mil prisioneiros encarcerados, e, o que é pior, 40% deste número representa presos provisórios. Mais de 240 mil brasileiros encontram-se sob a custódia do governo, do Poder Executivo do Estado Brasileiro, de forma provisória, de forma cautelar, sem ter muitas vezes se defrontado com um juiz e sem ainda ter sido condenados definitivamente, numa afronta evidente ao princípio da não culpabilidade, dos principais valores exibidos na nossa *Carta Magna*”⁵.

O próprio Código de Processo Penal dispõe no artigo 400⁶ que a audiência de instrução e julgamento, quando o acusado será levado à presença do juiz, poderá ocorrer em até 60 (sessenta) dias. Tal prazo muitas vezes é excedido sem que haja qualquer consequência jurídica, pois a jurisprudência entende que se trata apenas de um parâmetro geral, e que, diante das peculiaridades do caso, pode haver flexibilização desse limite temporal⁷.

Nesse contexto, a implementação das audiências de custódia elimina esse enorme lapso temporal entre a prisão e o primeiro contato presencial entre o preso e uma autoridade judicial e, por isso, traz avanços significativos para: (i) a prevenção à prática da tortura policial; (ii) a redução do número de prisões

⁵ Discurso proferido em 14.04.2015, acessível em <<http://s.conjur.com.br/dl/discurso-ricardo-lewandowski-durante.pdf>>

⁶ Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

⁷ Neste sentido: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXCESSO DE PRAZO QUE NÃO É EXACERBADO, TAMPOUCO, INJUSTIFICADO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. (...) 2. Os prazos indicados para a consecução da instrução criminal servem apenas como parâmetro geral, porquanto variam conforme as peculiaridades de cada processo, razão pela qual a jurisprudência uníssona os tem mitigado à luz do princípio da razoabilidade, principalmente, diante de feitos complexos, com necessidade de expedição de carta precatória, como na espécie. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 3. Recurso desprovido. (RHC 33.045/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 26/09/2012)

ilegais; e (iii) o aumento na aplicação de medidas alternativas à prisão cautelar, nos termos da Lei nº 12.403/2011.

Embora a prática das audiências de custódia seja recente e ainda parcial⁸, já se podem colher resultados positivos, principalmente no que tange à redução do encarceramento provisório. O Estado do Espírito Santo, por exemplo, reduziu em 50% a entrada de presos provisórios no sistema prisional depois da implementação das audiências de custódia⁹. Já no Estado de São Paulo, 43,6% dos detidos são libertados pelo Juiz na audiência de custódia¹⁰.

Além disso, organismos internacionais alertam para a necessidade da apresentação imediata do preso à autoridade judicial, como forma de prevenir ou reprimir a tortura policial¹¹.

Neste contexto, vale lembrar ainda que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 554/2011, que objetiva alterar a redação do § 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal para prever expressamente a audiência de custódia na legislação infraconstitucional.

⁸ Segundo dados do CNJ, SP, ES e MA já estão realizando as audiências de custódia. Até o final de setembro 18 (dezembro) unidades da Federação já terão implantado audiências de custódia (<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79844-catorze-estados-vao-aderir-as-audiencias-de-custodia-ate-outubro>).

⁹ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79751-audiencias-de-custodia-no-es-reduzem-em-50-o-numero-de-presos-provisorios>

¹⁰ <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,audiencia-de-custodia-em-sp-mantem-mais-prisoes,1726719>.

¹¹ Maria Laura Canineu, diretora no Brasil do *Human Rights Watch*, destaca que: “*Essas audiências de custódia obrigatórias, além de possibilitarem a análise imediata da legalidade da prisão, permitiriam que presos em flagrante submetidos à tortura ou maus-tratos denunciassem tais abusos no início do processo e que quaisquer alegações de abuso fossem investigadas pela justiça antes que provas se perdessem com o tempo*” (<<https://www.hrw.org/node/252627>>).

Desta feita, é inegável a relevância da matéria, para fins do § 2º do artigo 7º da Lei nº 9.868/99, inclusive reconhecida pelo próprio E. Ministro Relator, Luiz Fux, na decisão proferida em 25.03.2015.

IV. SOBRE A LEGITIMIDADE DAS PETICIONANTES PARA ATUAR NA QUALIDADE DE *AMICI CURIAE*

A Defensoria Pública, nos termos do artigo 134, *caput*, da Constituição da República de 1988, “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal”.

A população carcerária brasileira, que inclui os presos provisórios, é, em sua grande maioria¹², notoriamente pobre e de baixa escolaridade, e, por isso, também é público-alvo do atendimento jurídico da Defensoria Pública.

O jurista e professor Daniel Sarmento, em parecer proferido nos autos do recurso extraordinário nº 855.810/RJ, destacou que “*dante da constatação de que o braço penal do Estado tem uma clientela bem definida, dirigindo o processo de criminalização para comportamentos típicos das camadas sociais subalternas e concentrando sua atuação repressiva sobre os socialmente marginalizados, não se pode ignorar que a Defensoria Pública é, por exceléncia, a instituição que viabiliza a defesa do status libertatis dos necessitados*”.

Vale lembrar que na XIV Conferência Judicial Ibero-Americana, realizada entre 4 e 6 de março de 2008, foram aprovadas as Cem Regras de Brasília,

¹² Não existem dados oficiais sobre a renda, mas o último Censo do DEPEN traz informações sobre a raça majoritariamente negra e parda e a baixíssima escolaridade dos presos, o que de alguma forma revela, ou apenas confirma, considerando o contexto social brasileiro, que a cadeia é formada por pessoas das classes sociais mais fragilizadas.

dentre as quais foi reconhecida a situação de vulnerabilidade das pessoas privadas de liberdade, o que reforça a atuação da Defensoria Pública nesta seara.

No mais, a Lei Complementar nº 80/94 prevê como uma das funções institucionais da Defensoria Pública “*atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais*”. E a prisão de qualquer pessoa que não indique o nome do seu advogado deverá ser comunicada em 24 horas à Defensoria Pública (artigo 306, § 1º, do Código de Processo Penal).

Também não se pode esquecer que o “Projeto Audiência de Custódia” promovido pelo CNJ tem contado com a participação das Defensorias Públicas Estaduais, tanto na implementação da referida prática como na participação de Defensores Públicos no mencionado ato¹³.

Assim, embora o ato impugnado provenha do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a reforçar a representatividade da Defensoria Pública do mesmo ente federativo, a decisão a ser proferida nesta ação direta de inconstitucionalidade refletirá nas ações do “Projeto Audiência de Custódia” feitas pelos demais Tribunais de Justiça, o que, por consequência também atingirá as demais Defensorias Públicas estaduais.

¹³ “Esse convênio significa um esforço de colaboração de várias entidades. Não apenas do CNJ, do TJMA, mas também do Ministério da Justiça, do governo do estado, da Defensoria Pública, do Ministério Público e da OAB. Com isso, não apenas resolvemos um aspecto de natureza prática, material, como também damos esperança para aqueles que estão presos’, afirmou o ministro Lewandowski” (<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79700-acordo-preve-audiencias-de-custodia-e-adequacao-do-sistema-prisional-do-ma>); 2. “Grupo de trabalho formado por magistrados realizou, na última quarta-feira (1/7), reunião sobre a implantação do Projeto Audiência de Custódia na Comarca de Fortaleza (...) serão convidados representantes do Ministério Público do Ceará, Defensoria Pública e Governo do Estado, entre outras entidades” (<http://cnj.jus.br/noticias/judiciario/79798-audiencia-de-custodia-sera-apresentada-a-governo-ao-mp-e-a-defensoria>); 3. “Em entrevista ao site do CNJ, o ministro Ricardo Lewandowski reforçou a necessidade de se mudar a ‘cultura do encarceramento’ e pediu o apoio dos governantes na execução do projeto. No Espírito Santo, o Tribunal de Justiça conta com o auxílio da Secretaria de Estado de Justiça (Sejus), da Defensoria Pública e do Ministério Público” (<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/79660-ong-internacional-elogia-trabalhos-do-audiencia-de-custodia-no-es>).

Por fim, vale destacar que as Defensorias Públicas ora peticionantes já agregaram inúmeras contribuições ao debate sobre as audiências de custódia no Brasil.

A Defensoria Pública de São Paulo, por exemplo, participou do curso de capacitação para audiências de custódia oferecido aos magistrados pela Escola Paulista da Magistratura, realizado de 04.02.2015 a 12.02.2015.

No caso da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, desde janeiro deste ano, a instituição demanda do Tribunal de Justiça local a implementação das audiências de custódia¹⁴. Também no Rio de Janeiro, a Defensoria Pública participou da audiência pública promovida pela Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania da Assembleia Legislativa, no dia 13.04.2015, para discutir a audiência de custódia como uma das soluções para reduzir o número de presos provisórios no Estado. Além desse diálogo interinstitucional, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro promoveu, em 29.05.2015, um encontro entre os membros da carreira, no qual um dos temas abordados foi a atuação do Defensor Público nas audiências de custódia.

A Defensoria Pública do Rio Grande do Sul também reuniu seus membros, em 08.05.2015, no Encontro de Capacitação Penal da Defensoria Pública do Estado para discutir as questões práticas e jurídicas da audiência de custódia. O

¹⁴ "O 2º Subdefensor Público-Geral, Rodrigo Pacheco, e a coordenadora de Programas Institucionais, defensora pública Daniela Vitagliano se reuniram, na quarta-feira, 28, em Brasília, com o juiz auxiliar da presidência do CNJ e coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), Luís Geraldo Sant'ana Lanfredi, e o representante do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), advogado Hugo Leonardo. Eles apresentaram o projeto "Audiência de Custódia" que será implementado em São Paulo em fevereiro. A ideia é fazer um projeto similar no Rio de Janeiro. De acordo com Rodrigo Pacheco, a Defensoria Pública buscará diálogo com a nova presidência do TJRJ e com o CNJ visando à implementação do projeto no Rio de Janeiro. Através dele, o preso em flagrante deve ser apresentado em até 24 horas ao juiz, defensor público e ao Ministério Público" (<http://www.rj.gov.br/web/dpge/exibeconteudo?article-id=2320726>).

evento contou com a presença de Defensores Públicos de outros Estados, bem como membros do Poder Judiciário e do Ministério Público¹⁵.

No processo de implementação da audiência de custódia no Estado de Tocantins¹⁶, a Defensoria Pública esteve presente como um dos órgãos envolvidos no projeto.

No Distrito Federal, a Defensoria Pública figurou como uma das debatedoras no Seminário de Justiça Criminal, promovido pelo Tribunal de Justiça local nos dias 20 a 22.05.2015.

Portanto, as peticionantes participam ativamente, em conjunto com as demais instituições, do processo de implementação das audiências de custódia, colaborando com conhecimento e experiência adquiridos na prática cotidiana.

Nesse contexto, as peticionantes entendem que possuem representatividade para figurar como *amici curiae* nesta ação direta de inconstitucionalidade e poderão colaborar com o debate.

V. CONSTITUCIONALIDADE DO ATO IMPUGNADO. DIREITO HUMANO DA PESSOA PRESA À CHAMADA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. APLICABILIDADE IMEDIATA. CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NÃO VIOLADOS.

Inicialmente, as peticionantes entendem que não há maiores dificuldades na compreensão do *status* normativo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos. O STF firmou o

¹⁵ <http://www.defensoria.rs.gov.br/conteudo/23534>

¹⁶ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/78898-tjto-criara-comissao-para-estudar-implantacao-de-audiencias-de-custodia-na-capital>

posicionamento, quando do julgamento do RE nº 466.343/SP, de que tais documentos internacionais, por tratarem de normas de direitos humanos, possuem o *status* de supralegalidade¹⁷, ressalvada a posição do Min. Celso de Mello que, de forma mais ampla, conferia a tais diplomas o mesmo nível das normas constitucionais¹⁸.

A questão que merece maior destaque diz respeito à aplicabilidade das normas descritas no artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Com efeito, considerando que tais tratados possuem *status* de normas supralegais, mostra-se plenamente aplicável, na hipótese, o artigo 5º, § 1º, da Constituição da República, que dispõe que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

Isso significa que, independentemente do Provimento Conjunto nº 03/2015 do TJSP/CGJSP ou da elogável ação do CNJ para a implementação da audiência de custódia como prática judiciária em todo Brasil, o preso possui (há muito tempo) o direito de ser apresentado perante a autoridade judicial competente, sem demora/em prazo razoável.

¹⁷ Vale destacar o voto do Ministro Gilmar Mendes no RE nº 466.343/SP: “parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade”.

¹⁸ Destaca-se que seguinte trecho do voto do Min. Celso de Mello no julgamento do RE nº 466.343/SP: “*Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 - RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos*”.

Portanto, o Provimento Conjunto nº 03/2015 do TJSP/CGJSP não inova no ordenamento jurídico brasileiro, pois apenas uniformiza, em todo o Poder Judiciário paulista, os procedimentos para a efetivação de direito preexistente.

A omissão do Poder Legislativo em prever a audiência de custódia no ordenamento interno brasileiro não tem o condão de suprimir este direito, eis que previsto em tratados de direitos humanos, e muito menos justifica a inadimplência do Brasil frente a tais normas internacionais¹⁹. Pelo contrário, é até mesmo lamentável que o sistema de justiça brasileiro tenha demorado tanto a dar efetividade prática a norma tão relevante.

Ensina a professora Flávia Piovesan que “os tratados de direitos humanos fixam parâmetros protetivos mínimos, constituindo um **piso mínimo de proteção** e não um teto protetivo máximo”²⁰. Lembra o Ministro Ricardo Lewandowski que os tratados de direitos humanos formam um “bloco de constitucionalidade” que amplia o núcleo mínimo de direitos²¹.

Aqui vale ressaltar que nem mesmo a previsão legal contida no artigo 306 do Código de Processo Penal supre a necessidade de comparecimento imediato da pessoa presa à autoridade judicial. Tal é o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que assim se pronunciou no caso Tibi v. Equador²²: “*El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente*”.

¹⁹ Vale lembrar que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, no artigo 27 determina que o Estado pactuante “não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

²⁰ Flávia Piovesan, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 2015, p. 177.

²¹ Ver Recurso Extraordinário nº 597.285/RS

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi Vs. Equador, Sentença de 07 de setembro de 2004.

Portanto, o juiz não está obrigado a realizar a audiência de custódia por força de Provimento do seu Tribunal, mas sim para cumprir os tratados de direitos humanos que a preveem. Como ressaltado pelo E. Ministro Celso de Mello, na ocasião do julgamento do RE nº 466.343/SP “*o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa alta missão, que foi confiada aos juízes e Tribunais, qualifica-se como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário*”.

Por outro lado, como alegado pela parte autora na petição inicial, nem o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos nem a Convenção Americana de Direitos Humanos estipulam prazo em horas ou dias para que o preso seja apresentado à autoridade judicial. Todavia, isso não significa que não haja prazo estipulado e que tais normas internacionais não sejam autoaplicáveis.

Atualmente, a doutrina tem alertado que, na seara das normas de direitos humanos, deve haver um diálogo entre fontes e tribunais no campo hermenêutico. Trata-se de um controle construtivo de convencionalidade que, segundo Daniel Sarmento, “*consiste em buscar ajustar a legislação interna à normativa internacional pela via hermenêutica, no afã de construir interpretações da primeira que se compatibilizem com parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos*”²³.

Esse diálogo não é novo no STF. No julgamento do *Habeas Corpus* nº 70.389-5, essa Corte Suprema considerou que o conceito de “tortura” previsto

²³ O texto publicado pelo professor Daniel Sarmento no site JOTA, em verdade, tece alguns parâmetros limitativos da hermenêutica cosmopolita. Mas o faz sem deixar de reconhecer a importâncias desse instrumento para o aperfeiçoamento do constitucionalismo: “*Os aportes internacionais são relevantes e podem contribuir para o aperfeiçoamento do nosso constitucionalismo, mas há sempre que se atentar para as particularidades do ordenamento constitucional brasileiro, para as especificidades da cultura e do quadro empírico do país, para os desígnios concretos do nosso povo. Adotadas essas cautelas, o constitucionalismo brasileiro tem muito a ganhar se adotar um olhar cosmopolita, abrindo-se cada vez mais ao diálogo enriquecedor com o Direito Internacional dos Direitos Humanos*” (<<http://jota.info/interpretacao-constitucional-cosmopolita>>).

no artigo 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente deveria ser interpretado conforme as definições dadas em diversos tratados internacionais de direitos humanos. Portanto, se é possível buscar a integração da norma de direito interno na normativa internacional, a via inversa também é viável. Neste caso, os conceitos “sem demora” e “tempo razoável”, utilizados nas normas internacionais que cuidam da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial, podem ganhar mais concretude (prazo em horas ou dias) ao serem conjugadas com as normas de direito interno, realizando-se uma interpretação cosmopolita das normas de direitos humanos²⁴.

A norma de direito interno que poderá servir como parâmetro integrativo dos conceitos “sem demora” e “tempo razoável” é aquela descrita no artigo 306 e seu § 1º do Código de Processo Penal. Percebe-se que o legislador, no *caput*, também utiliza conceito indeterminado sobre o tempo, qual seja, “imediatamente”²⁵, que axiologicamente muito se assemelha aos “sem demora” e “tempo razoável”, termos utilizados nos tratados internacionais. Em seguida, o legislador define como “imediatamente” o prazo de 24 horas.

Eis o teor do § 1º do referido artigo: “*em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública*”. Ora, se a pessoa, ao ser presa, possui o direito humano de ser apresentada perante

²⁴ “As normas constitucionais sobre direitos humanos devem ser objeto de uma interpretação ‘cosmopolita’, apta a dialogar com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e com o Direito Comparado. A invocação de fontes transnacionais na interpretação constitucional permite trocas de experiências, conceitos e teorias entre países e organizações internacionais, com a possibilidade de aprendizado recíproco. Nesse sentido, o princípio do cosmopolitismo pode ser compreendido a partir da imagem de um espelho, através do qual as instâncias envolvidas no diálogo tornam-se capazes de refletir sobre si mesmas, a partir da perspectiva do outro. A hermenêutica constitucional beneficia-se, assim, da ampliação de horizontes e da possibilidade de construção de perspectivas menos provincianas sobre as questões discutidas, facilitando a detecção de eventuais fragilidades e inconsistências dos pontos de vista hegemônicos na esfera nacional”. Petição da entidade Tortura Nunca Mais nos autos da ADI nº 5.032/13.

²⁵ Artigo 306, *caput*: “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”.

uma autoridade judicial, o mais razoável é que isso se faça dentro do prazo legal da comunicação do flagrante à mesma autoridade, qual seja, 24 horas.

Em resumo, as normas descritas no artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos são autoaplicáveis, e os conceitos de “sem demora” e “prazo razoável”, nelas previstos, devem, num controle de convencionalidade construtivo, ser definidos pela regra de direito interno que prevê o limite temporal de 24 horas para a comunicação da prisão à autoridade judicial.

Desta feita, por ser desnecessária qualquer intervenção do legislador para a concretização do direito da pessoa presa à audiência de custódia, não há que se falar em violação à cláusula constitucional da separação de Poderes nem ao princípio constitucional da reserva de lei. A norma que dispõe sobre a audiência de custódia, há muito tempo, integra o ordenamento jurídico e deve ser imediatamente aplicada.

O Provimento Conjunto nº 03/2015 do TJSP/CGJSP apenas **uniformiza** a rotina administrativa da audiência de custódia no Estado e não estabelece “*regras de conduta para os juízes, promotores, defensores ou delegados, quando diante de pessoas presas em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, são intimados para participar da audiência de custódia*”. Isso porque, tais “regras de conduta” já são impostas há muito tempo pelos tratados de direitos humanos.

Por fim, o Provimento Conjunto nº 03/2015 do TJSP/CGJSP, por seu caráter procedural (administrativo), não adentra na competência da União para legislar sobre processo penal. Com efeito, a audiência de custódia e o prazo limite para a sua realização já estão previstos em normas processuais anteriores à edição do referido Provimento, conforme exposto acima.

V. PEDIDO

Por todo o exposto, requer-se a admissão das peticionantes nos autos da ação direta de inconstitucionalidade nº 5.240, na qualidade de *amici curiae*, para todos os efeitos legais, inclusive para fins de sustentação oral, que desde já pede seja deferida.

Brasília, 30 de julho de 2015.

RICARDO BATISTA SOUSA
Defensor Público Geral - Distrito Federal

ALEXANDRE CASTRO
Defensor Público Geral - Rio de Janeiro

NELSON ARNEFEK
Defensor Público Geral - Rio Grande do Sul

RAFAEL FERNANDES
Defensor Público Geral - São Paulo

JOSÉ MARCOS MUNIZ
Defensor Público Geral - Tocantins

FERNANDO CALMON
Defensor Público - Distrito Federal

THAIS DOS SANTOS LIMA
Defensora Pública - Rio de Janeiro

RAFAEL RAFFAELI
Defensor Público - Rio Grande do Sul

RAFAEL Mazzatti
Defensor Público - São Paulo

JOSÉ MARCOS MUNIZ
Defensor Público - Tocantins