

20/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

| | |
|-----------------------|--|
| RELATOR | : MIN. LUIZ FUX |
| REQTE.(S) | : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL |
| ADV.(A/S) | : VLADIMIR SERGIO REALE |
| INTDO.(A/S) | : PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PROC.(A/S)(ES) | : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS |
| INTDO.(A/S) | : CORREGEDOR-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PROC.(A/S)(ES) | : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS |
| AM. CURIAE. | : FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS - FENAPEF |
| ADV.(A/S) | : CEZAR BRITTO E OUTRO(A/S) |
| AM. CURIAE. | : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO |
| PROC.(A/S)(ES) | : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL |
| AM. CURIAE. | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO |
| PROC.(A/S)(ES) | : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO |

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.**

1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “*toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz*”, posto ostentar o *status jurídico supralegal* que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”.

2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de *habeas corpus*, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é

ADI 5240 / SP

apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes.

3. O *habeas corpus ad subjiciendum*, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP).

4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de *habeas corpus* instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexisteência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o *status* do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional.

5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo *ad argumentandum* impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda.

6. *In casu*, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional.

7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação.

8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e *erga omnes*, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétreia de separação de poderes.

9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da

ADI 5240 / SP

categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de constitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes.

10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de constitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo.

11. Ação direta de constitucionalidade **PARCIALMENTE CONHECIDA** e, nessa parte, **JULGADA IMPROCEDENTE**, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto, do Relator, em conhecer em parte da ação e, na parte conhecida, em julgar improcedente o pedido, vencido o Ministro Marco Aurélio, que preliminarmente julgava extinta a ação e, no mérito, julgava procedente o pedido formulado.

Brasília, 20 de agosto de 2015.

Ministro **LUIZ FUX** – Relator

Documento assinado digitalmente

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 83

20/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

| | |
|-----------------------|--|
| RELATOR | : MIN. LUIZ FUX |
| REQTE.(S) | : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL |
| ADV.(A/S) | : VLADIMIR SERGIO REALE |
| INTDO.(A/S) | : PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PROC.(A/S)(ES) | : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS |
| INTDO.(A/S) | : CORREGEDOR-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PROC.(A/S)(ES) | : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS |
| AM. CURIAE. | : FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS - FENAPEF |
| ADV.(A/S) | : CEZAR BRITTO E OUTRO(A/S) |
| AM. CURIAE. | : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO |
| PROC.(A/S)(ES) | : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL |
| AM. CURIAE. | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO |
| PROC.(A/S)(ES) | : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO |

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL/BRASIL, arguindo a inconstitucionalidade da totalidade dos dispositivos do Provimento Conjunto 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que disciplinou as audiências de custódia no âmbito daquele tribunal, nos seguintes termos:

*"PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E
CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA*

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 83

ADI 5240 / SP

OS DESEMBARGADORES JOSÉ RENATO NALINI, PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, E HAMILTON ELLIOT AKEL, CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais;

CONSIDERANDO que o Poder Judiciário, em parceria com o Poder Executivo, vem adotando inúmeras providências na busca pelo equacionamento dos problemas sob os quais opera o sistema penitenciário do Estado;

CONSIDERANDO que os reflexos dessas providências não alcançam, de maneira a causar impacto determinante no funcionamento do sistema penitenciário, aqueles cuja permanência no cárcere se dá por força de prisão cautelar, e que representam parcela significativa do contingente dos estabelecimentos penais;

CONSIDERANDO, assim, a necessidade de implantar, em absoluta sinergia com recentes medidas do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça, uma ferramenta para controle judicial mais eficaz da necessidade de manutenção da custódia cautelar;

CONSIDERANDO que o Brasil, no ano de 1992, ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica) que, em seu artigo 7º, item 5, dispõe: 'toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais';

CONSIDERANDO o Projeto de Lei nº 554/2001 do Senado Federal que altera o artigo 306, parágrafo 1º do Código de Processo Penal, para incorporar, na nossa legislação ordinária, a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa, no prazo de 24 horas, ao juiz que, em audiência de custódia, decidirá por manter a prisão em flagrante, convertendo-a em prisão preventiva, relaxá-la ou substituí-la por uma medida cautelar;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido nos autos do processo nº 2014/00153634 – DICOGE 2.1;

RESOLVEM:

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

ADI 5240 / SP

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 juízos 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 Incumbe 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 Após a entrevista do autuado, o juiz ouvirá o Ministério Público que poderá se manifestar pelo relaxamento da prisão em

ADI 5240 / SP

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 suscintos 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 (quarenta e oito) horas, contadas do término da audiência, poderão requerer a reprodução dos atos gravados, desde que instruam 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

ADI 5240 / SP

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 domiciliar, 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. 1.127, I, NSCGJ) e os finais de semana do plantão judiciário especial (art. 1.127, 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. Registre-se. Publique-se por três dias alternados. Cumprase.

São Paulo, 22 de janeiro de 2015.

(aa) JOSÉ RENATO NALINI, Presidente do Tribunal de Justiça, HAMILTON ELLIOT AKEL, Corregedor Geral da Justiça (27, 29/01 e 02/02/15)"

Alega a autora que é entidade de classe de âmbito nacional, atuando na defesa das prerrogativas, interesses e direitos de Delegados de Polícia, civis e federais, em mais de nove Estados da Federação, de modo que teria legitimidade para ajuizar a presente ação direta de constitucionalidade, com base no artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal.

Também sustentou a pertinência temática da ação, uma vez que a norma impugnada instituiria deveres funcionais para os Delegados de Polícia de São Paulo, bem como o seu cabimento para a impugnação de

ADI 5240 / SP

ato normativo regulamentar, uma vez que, no seu entender, o provimento impugnado teria caráter inovador na ordem jurídica e não meramente regulamentar, sendo possível, assim, o seu controle de constitucionalidade pela via direta.

No mérito, arguiu que o regramento da audiência de custódia, por ter natureza jurídica de norma processual, dependeria da edição de lei federal, por força dos artigos 22, inciso I, e 5º, inciso II, da Constituição Federal, havendo, inclusive, projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado tratando do assunto (projetos de lei nº 7.871/2014 e 554/2011, respectivamente). Dessa forma, o provimento do TJSP estaria suprindo lacuna legal e extrapolando de forma inconstitucional o poder regulamentar daquele tribunal.

Prosegue a autora aduzindo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) tampouco poderia servir de fundamento para a edição do provimento atacado, visto que, segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil ingressariam no ordenamento jurídico nacional com *status supralegal*, de modo que, na sua ótica, não seria possível a sua regulamentação direta através da espécie normativa empregada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Por fim, apontou a inconstitucionalidade da norma impugnada à luz do princípio da proibição do excesso e a existência de dificuldades operacionais na execução das audiências de custódia, requerendo, liminarmente, a suspensão da eficácia do Provimento Conjunto 03/2015 e, no mérito, a declaração da sua inconstitucionalidade integral.

Em despacho proferido em 25/03/2015, determinei que a presente ação seguisse o rito do artigo 12 da Lei 9.868/1999 (documento 12).

ADI 5240 / SP

O TJSP prestou informações (documento 17), suscitando, preliminarmente, a ausência de pertinência temática, uma vez que a norma impugnada seria dirigida apenas aos Magistrados daquele tribunal e não aos Delegados de Polícia.

No mérito, defendeu a norma impugnada, sob o argumento de que não se trataria de regulamento autônomo, nem de norma processual penal, mas apenas de regulação de direitos fundamentais previstos pelos artigos 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana), e 5º, incisos LIV, LV e LVII (devido processo legal, contraditório, ampla defesa e presunção de inocência), da Constituição Federal, assim como pelo artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos do Homem¹. Da mesma forma, também haveria normas processuais penais atinentes à prisão cautelar que dariam suporte de validade ao provimento impugnado, nomeadamente aquelas previstas pelos artigos 306, § 1º, e 322, parágrafo único, do Código de Processo Penal². Destarte, o provimento em questão não teria alterado o conteúdo das normas que lhe servem de fundamento de validade, tão somente estipulando orientações aos Magistrados para o seu efetivo cumprimento.

Havendo, portanto, legislação processual suficiente, sustentou o Tribunal de Justiça de São Paulo ter agido apenas no âmbito correicional,

1 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.

2 § 1º 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.

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

ADI 5240 / SP

organizando serviços prestados pelos seus órgãos jurisdicionais, dentro da competência que lhe é atribuída pelo artigo 96, inciso I, alínea b, da Constituição Federal. Sendo assim, qualquer lei que fosse aprovada pelo Congresso Nacional disciplinando a audiência de custódia apenas reforçaria a eficácia desse instituto jurídico, na medida que o atual ordenamento jurídico nacional já admitiria a sua validade.

Destacou, ainda, o alinhamento do Provimento Conjunto 03/2015 com as diretrizes do “Programa Segurança sem Violência”, desenvolvido pelo Ministério da Justiça, com a participação de representantes da sociedade civil e de órgãos públicos como o CNJ, o CNMP, o Conselho Federal da OAB e o Conselho Nacional de Defensores Públicos Gerais (CONDEGE). Tal programa consistiria em política pública voltada ao desenvolvimento de ações integradas para a melhoria do sistema carcerário brasileiro, ensejando a celebração pelo Ministério da Justiça e pelo CNJ de diversos acordos de cooperação técnica para a implantação da audiência de custódia em todo o Brasil, notadamente com os Tribunais de Justiça dos Estados do Maranhão, Espírito Santo e Mato Grosso, que também já regulamentaram a audiência de custódia.

O Advogado-Geral da União se manifestou pelo não conhecimento da ação direta, por se voltar contra ato normativo meramente regulamentar (documento 30). No mérito, argumentou que o pedido não procede, por não se vislumbrar no ato normativo do TJSP violação aos artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal. Segundo o Advogado-Geral da União, o provimento hostilizado seria um ato de organização interna do TJSP para atendimento de direitos previstos no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos e no artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³,

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

ADI 5240 / SP

ambos ratificados pelo Brasil. Dessa forma, tendo os referidos tratados internacionais a natureza jurídica de norma supralegal, poderiam servir de fundamento de validade para a edição de provimento exclusivamente organizador dos órgãos jurisdicionais ou administrativos do TJSP, que agiu amparado pelo artigo 96, inciso I, da Constituição Federal. Concluiu negando a apontada ofensa ao princípio da separação dos poderes, ante a inexistência de usurpação da atividade legislativa federal para dispor sobre normas processuais ou do Presidente da República para sancioná-las, promulgá-las e publicá-las.

O Ministério Público Federal opinou pela extinção do processo, sem resolução do mérito, uma vez que a presente ADI teria como objeto ato normativo secundário (documento 47). No mérito, pronunciou-se pela improcedência do pedido, ressaltando que Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos trariam disposições de estatura supralegal vigentes na ordem jurídica brasileira, inclusive já apreciadas e aprovadas pelo Congresso Nacional e pelo Presidente da República, no seu processo de ratificação e internalização. Assim, tais normas supralegais teriam sido apenas regulamentadas pelo Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP, o qual não traria, por sua vez, qualquer inovação processual, nem violaria a separação dos poderes, somente regulando o funcionamento interno dos serviços judiciários, com arrimo no artigo 96, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal. Ajuntou que o provimento fustigado estaria em sintonia com os princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da ampla defesa e da liberdade, além de permitir um tratamento mais humanizado ao preso, a redução da população carcerária e o cumprimento pelo Brasil de compromisso assumido no plano internacional.

Pleitearam seu ingresso no feito, na condição de *amici curiae*, a Federação Nacional dos Policiais Federais – FENAPEF (documento 25), a

comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 13 de 83

ADI 5240 / SP

Defensoria Pública da União (documento 32) e a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo (documento 40), o que foi deferido por decisão datada de 03/08/2015.

É o relatório.

20/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, aqui como foi destacado, tem-se revelado extremamente eficiente a audiência de custódia, a respeito da qual, depois de uma longa conversa com nosso Decano, o Ministro Celso de Mello, entendi de sugerir que deva ser audiência de apresentação, porque audiência de custódia dá a ideia de que uma audiência é para custodiar e, ao contrário, não liberar eventualmente, diante das circunstâncias do caso concreto.

Essa audiência de custódia tem interferido diretamente na obstrução de prisões ilegais e, **a fortiori**, nesse abarrotamento do sistema prisional brasileiro. Por isso é que eu disse que havia uma certa imbricação entre esse tema e o tema do Ministro Gilmar Mendes, porque, na dúvida, numa apresentação imediata ao juiz, ele pode valorar a conduta do imputado.

Eu vou fazer a juntada do voto, e nele há apenas algumas passagens que entendo importantes em razão da natureza técnica. Evidentemente, não vamos aqui apenas nos limitar a evidenciar a eficiência da audiência de custódia. Há uma reclamação constitucional sobre uma invasão dos poderes da polícia ou, sob outro enfoque, de que o Tribunal teria legislado processualmente, violando a competência privativa da União.

20/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados e demais presentes. A ação direta de inconstitucionalidade que agora trago a julgamento veicula tema de enorme importância para a sociedade brasileira, ao discutir os limites constitucionais da persecução penal no país.

A realidade do sistema prisional brasileiro: alguns números ilustrativos

Segundo estudo divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça em julho de 2014¹, o Brasil tem a 4^a maior população carcerária do mundo (ou a 3^a maior, se computadas as prisões domiciliares), com um total de 563.526 detentos no sistema prisional, mais 147.937 pessoas em prisão domiciliar, totalizando 711.463 pessoas presas. Há, ainda, 373.991 mandados de prisão em aberto no Banco Nacional de Mandados de Prisão, número que, somado ao total de pessoas já presas, gera uma demanda de 1.085.454 vagas no sistema prisional. Ocorre, contudo, que o sistema carcerário brasileiro oferece apenas 357.219 vagas, havendo, portanto, um imenso déficit de 728.235 vagas e uma escandalosa taxa de ocupação de 200% das vagas existentes.

O levantamento realizado pelo CNJ apontou, outrossim, o percentual 32% de presos provisórios do total de pessoas presas, incluídas as pessoas em prisão domiciliar, ou 41% dos presos institucionalizados. Tais percentuais demonstram que a prisão cautelar, que deveria ser a exceção num Estado Democrático de Direito que efetivamente preza pelo princípio da presunção de inocência, vem se

1 Fonte:

http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf (acesso em 03/08/2015)

ADI 5240 / SP

tornando a regra. E veja-se que esse é o cenário de julho de 2014, nada indicando algum progresso nesse campo desde então.

O panorama do aparato estatal voltado à privação de liberdade individual se mostra ainda mais aflitivo quando somamos aos números indicados acima o quantitativo de menores infratores submetidos a medidas socioeducativas privativas de liberdade, estimado pelo CNJ em 17.502 internos, com taxas de ocupação que chegam aos alarmantes percentuais de 221% no Ceará, 178% em Pernambuco e 160% na Bahia. Esses dados dizem respeito ao período de julho de 2010 a outubro de 2011, novamente existindo indicativos de qualquer progresso também no sistema socioeducativo².

É necessário, no entanto, que a sociedade brasileira se conscientize de que o calamitoso quadro da segurança pública no país se deve, em grande parte, ao seu perverso sistema de privação de liberdade, que, embora concebido pelo legislador para reabilitar a pessoa em conflito com a lei e reintegrá-la ao convívio social (artigos 1º da LEP³ e 35, inciso IX, da Lei do SINASE⁴), na realidade apenas tortura e desumaniza o preso, gerando elevado grau de reincidência.

A reforma prisional vem se revelando cada vez mais imperiosa na maioria dos países do mundo. Nos Estados Unidos, país que tem a maior população carcerária do mundo, o Presidente **BARACK OBAMA** recentemente propôs uma reforma da justiça criminal, que ainda seria

2 Fonte: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciais/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf (acesso em 03/08/2015)

3 Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

4 Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:

(...)

IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

ADI 5240 / SP

"uma fonte de iniquidade que tem efeitos irradiantes em famílias e em comunidades e em última análise na nação"⁵.

O Brasil, que ocupa o 4º lugar nesse ranking (ou o 3º lugar se consideradas as prisões domiciliares), também tem ainda um longo caminho a percorrer no que concerne à humanização do sistema prisional e da justiça criminal em geral. Aí reside a importância de iniciativas inovadoras voltadas à redução da população carcerária, sobretudo das que se referem aos presos provisórios, como a que ora se discute.

A proposta das audiências de custódia, capitaneada pelo Conselho Nacional de Justiça e encampada por diversos tribunais do país, sem dúvida é das mais relevantes nessa seara, como provam os resultados hauridos até então pelas cortes pioneiras: redução de 50% das prisões cautelares no TJES⁶ e redução de 40% das prisões cautelares no TJSP⁷, no primeiro mês de realização das audiências de custódia, além da estimativa de economia de 75 milhões de reais por ano com gastos no sistema penitenciário do Estado do Paraná⁸ e de 27 milhões de reais por ano no Amazonas⁹.

Considerando-se certa, por conseguinte, a eficácia das audiências de custódia na redução da população de presos provisórios, resta saber se essa ação vem sendo executada de forma compatível com a Constituição Federal, o que é objeto da presente ação direta de constitucionalidade,

5 Fonte: <http://www.economist.com/blogs/democracyinamerica/2015/07/criminal-justice-reform> (acesso em 03/08/2015)

6 Fonte: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79751-audiencias-de-custodia-no-es-reduzem-em-50-o-numero-de-presos-provisorios> (acesso em 03/08/2015)

7 Fonte:

<http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=26026> (acesso em 03/08/2015)

8 Fonte: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80037-parana-podera-economizar-r-75-milhoes-ao-ano-com-audiencia-de-custodia>

9 Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=297308>

ADI 5240 / SP

que ora é trazida a julgamento por este egrégio Plenário.

Preliminar: legitimidade ativa e pertinência temática da ADEPOL

In casu, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil -ADEPOL/BRASIL, autora desta ação direta de constitucionalidade, é uma entidade de classe, de âmbito nacional, presente em mais de nove Estados, constituída para representar a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais) e tendo como finalidade a defesa das suas prerrogativas, interesses e direitos (documento 5). Daí decorre a sua legitimidade para deflagrar o processo objetivo de controle de constitucionalidade, com base no artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal, como já foi reconhecido em várias ocasiões por este Supremo Tribunal Federal:

"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 finalidades da agremiação e o objeto da causa. (...)"

(ADI 3.288, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJe de 24/02/2011)

"Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional nº 39, de 31 de janeiro de 2005, à Constituição do

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 19 de 83

ADI 5240 / SP

Estado de Santa Catarina. 3. Criação do Instituto Geral de Perícia e inserção do órgão no rol daqueles encarregados da segurança pública. 4. Legitimidade ativa da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-BRASIL). Precedentes. (...)"

(ADI 3.469, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 28/02/2011)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO DAS ADI'S 4.009 E 4.001. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DA REQUERENTE --- ADEPOL. LEI COMPLEMENTAR N. 254, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2003, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI CONFERIDA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 374, DE 30 DE JANEIRO DE 2007, AMBAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ESTRUTURA ADMINISTRATIVA E REMUNERAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DO SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA ESTADUAL. ARTIGO 106, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO CATARINENSE. LEIS COMPLEMENTARES NS. 55 E 99, DE 29 DE MAIO DE 1.992 E 29 DE NOVEMBRO DE 1.993, RESPECTIVAMENTE. VINCULAÇÃO OU EQUIPARAÇÃO DE ESPÉCIES REMUNERATÓRIAS DOS POLICIAIS CIVIS E MILITARES À REMUNERAÇÃO DOS DELEGADOS. ISONOMIA, PARIDADE E EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS. JURISPRUDÊNCIA DO STF: VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, INCISO XIII; 61, § 1º, INCISO II, ALÍNEA "A", E 63, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PROIBIÇÃO DE VINCULAÇÃO E EQUIPARAÇÃO ENTRE REMUNERAÇÕES DE SERVIDORES PÚBLICOS. PEDIDO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A legitimidade ad causam da requerente foi reconhecida por esta Corte em oportunidade anterior --- entidade de classe de âmbito nacional, com homogeneidade em sua representação, que congrega Delegados de Carreira das Polícias Federal, Estaduais e do Distrito Federal. (...)"

(ADI 4.009, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, DJe de 29/05/2009)

ADI 5240 / SP

No que toca à pertinência temática, tenho que está igualmente presente na hipótese dos autos. Apesar de o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ter afirmado, nas suas informações, que as disposições do Provimento Conjunto 03/2015 se dirigiriam apenas aos magistrados vinculados àquela corte, não se pode desconsiderar que os novos procedimentos e rotinas administrativas instituídos pelo ato impugnado terão reflexo nas atividades dos demais atores do cenário processual penal, inclusive das Autoridades Policiais e seus agentes subordinados. É evidente que a realização da audiência de custódia não depende apenas da participação do Juiz, envolvendo também a atuação do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos advogados e, tendo em vista se tratar de ato que se realizará logo em seguida à lavratura do auto de prisão em flagrante, também da Autoridade Policial, que precisará estabelecer seus próprios procedimentos administrativos internos para realizar a apresentação tempestiva do preso (o qual estará sob sua guarda) na audiência de custódia. Aliás, o Provimento Conjunto 03/2015 é claro ao reconhecer essa necessidade de participação da Autoridade Policial, ao trazer as seguintes disposições em seu artigo 3º, transcritas abaixo:

"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."

Fica claro, portanto, que o ato normativo impugnado traz em seu bojo disposições que, não obstante voltadas à atividade jurisdicional dos Magistrados do TJSP, poderão reverberar indiretamente na atividade policial dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo. Dessa forma, o

ADI 5240 / SP

pedido formulado neste feito guarda total pertinência temática com as atribuições da associação autora, as quais dizem respeito à defesa das prerrogativas, interesses e direitos dessa categoria.

Preliminar: inadequação da via processual (natureza secundária do ato normativo impugnado)

Quanto à preliminar de inadequação da ação direta de constitucionalidade para a impugnação de ato normativo secundário, é preciso saber, em primeiro lugar, se o Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP se limita a pormenorizar regras para o fiel cumprimento de normas legais já existentes ou se inova na ordem jurídica. No primeiro caso, haveria somente crise de legalidade, uma vez que a *interpositio legislatoris* levaria a um controle do regulamento em face da lei, que seria o seu fundamento de validade, e desta perante a Constituição. Não caberia, portanto, controle de constitucionalidade do regulamento pela via direta. Já no segundo caso, o controle concentrado de constitucionalidade revelar-se-ia possível, acaso o suporte de validade da norma fosse a própria Carta Política. Nesse sentido, cito o escólio doutrinário do Ministro **LUÍS ROBERTO BARROSO** (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 6^a Edição - 2012, 4^a Tiragem - 2014, p. 208 e 204-205):

"Os atos administrativos normativos – como decretos regulamentares, instruções normativas, resoluções, atos declaratórios – não podem validamente inovar na ordem jurídica, estando subordinados à lei. Desse modo, não se estabelece confronto direto entre eles e a Constituição. Havendo contrariedade, ocorrerá uma de duas hipóteses: (i) ou o ato administrativo está em desconformidade com a lei que lhe cabia regulamentar, o que caracterizaria ilegalidade e não constitucionalidade; (ii) ou é a própria lei que está em desconformidade com a Constituição, situação em que ela é que deverá

ADI 5240 / SP

ser objeto de impugnação.

(...)

Não assim, porém, os atos normativos que, ostentando embora o nome ou a roupagem formal de ato secundário, na verdade pretendem inovar autonomamente na ordem jurídica, atuando com força de lei. Neste caso, poderão ser objeto de controle abstrato, notadamente para aferir violação ao princípio da reserva legal. Situam-se nessa rubrica os regimentos internos e atos normativos elaborados pelos Tribunais, inclusive os de Contas.”

Como bem assentado pela parte final do texto supracitado, regimentos internos e atos normativos dos tribunais, sempre que tratarem da competência e do funcionamento dos seus órgãos jurisdicionais, qualquer que seja a sua denominação, encontram seu fundamento de validade diretamente no artigo 96, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal, que tem a seguinte redação:

“Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;”

Isso significa que pode a norma expedida por tribunal inovar validamente no sistema jurídico, com força de lei, se tratar exclusivamente do funcionamento e da competência dos seus órgãos jurisdicionais e administrativos. Não basta, porém, a constitucionalidade formal da norma; será necessária, ainda, a adequação do seu conteúdo às disposições materiais da Constituição Federal. Daí decorre a possibilidade de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade mesmo nesses casos de exercício formalmente regular do poder de autogestão dos tribunais, para aferição de possível vício material de inconstitucionalidade.

ADI 5240 / SP

Cumpre observar, por outro lado, que o próprio dispositivo constitucional mencionado anteriormente exige a observância das normas de processo – que são implementadas por legislação federal, *ex vi* do artigo 22, inciso I, da CRFB - e das garantias processuais das partes – estas previstas pela própria Constituição Federal -, matérias que estão fora, conseqüentemente, da atribuição dos tribunais para sua autogestão. Da mesma forma, sempre que a própria Constituição Federal exigir lei em sentido estrito, não poderá o tribunal disciplinar a matéria em espécie normativa diversa, sob pena de usurpação de competência legislativa em matéria adstrita à reserva legal. Em ambos os casos, haverá vício de inconstitucionalidade formal, já que o ato normativo do tribunal não pode albergar tais disposições. Essa é a orientação que vem sendo seguida pelo Supremo Tribunal Federal, como se depreende dos arestos colacionados a seguir (grifei):

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 16 DA LEI 8.185, DE 14.05.91. ARTS. 144, PAR. ÚNICO E 150, CAPUT, DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. COMPETÊNCIA PENAL ORIGINÁRIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. ATO DE JULGAMENTO REALIZADO EM SESSÃO SECRETA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. ARTS. 5º, LX E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O impugnado art. 16 da Lei 8.185/91 encontra-se tacitamente revogado desde a edição da Lei 8.658, de 26.05.93, que estendeu a aplicação das regras previstas nos arts. 1º a 12 da Lei 8.038/90 - dirigidas, originariamente, ao STF e ao STJ - às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais. 2. Com o advento da Constituição Federal de 1988, delimitou-se, de forma mais criteriosa, o campo de regulamentação das leis e o dos regimentos internos dos tribunais, cabendo a estes últimos o respeito à reserva de lei federal para a edição de regras de natureza processual (CF, art. 22, I), bem como às

ADI 5240 / SP

garantias processuais das partes, "dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos" (CF, art. 96, I, a). 3. São normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a causa finalis da jurisdição. 4. Ante a regra fundamental insculpida no art. 5º, LX, da Carta Magna, a publicidade se tornou pressuposto de validade não apenas do ato de julgamento do Tribunal, mas da própria decisão que é tomada por esse órgão jurisdicional. Presente, portanto, vício formal consubstanciado na invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual. Precedente: HC 74761, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 12.09.97. 5. Ação direta parcialmente conhecida para declarar a inconstitucionalidade formal dos arts. 144, par. único e 150, caput do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios."

(ADI 2.970, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJ de 12/05/2006)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PORTARIA N° 219/2006, EDITADA PELO E. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO - ATO IMPREGNADO DE DENSIDADE NORMATIVA - CONCEITO DE ATO NORMATIVO (RTJ 143/510 - RTJ 195/812-816) - VIABILIDADE DA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE - PORTARIA QUE DEFINE OS DÉBITOS DE PEQUENO VALOR DECORRENTES DE EXECUÇÃO DE SENTENÇAS TRABALHISTAS ORIUNDAS DE AÇÕES CONTRA ENTES PÚBLICOS - USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA NORMATIVA OUTORGADA AO PODER LEGISLATIVO ESTADUAL - DESRESPEITO À CLÁUSULA DA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI (CF, ART. 100, § 3º) - O SIGNIFICADO E AS FUNÇÕES DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - DOUTRINA -

ADI 5240 / SP

***PRECEDENTES - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO -
CONFIGURAÇÃO DO “PERICULUM IN MORA” - MEDIDA
CAUTELAR DEFERIDA.”***

(ADI 4.015 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe de 06/12/2014)

É preciso discernir, destarte, (1) se o provimento atacado se limita a regulamentar legislação infraconstitucional, sem extrapolar seus limites nem contrariá-la, (2) se inova em matéria que é própria da autogestão dos tribunais ou, ainda, (3) se inova invadindo seara resguardada pela Constituição para a lei em sentido estrito. Como explanado acima, só o segundo e o terceiro cenários conduzirão à adequação da ação direta de inconstitucionalidade, sendo que no segundo o crivo de constitucionalidade será de caráiz material, enquanto no terceiro será meramente formal.

**O rito procedural do *habeas corpus* segundo a Constituição Federal,
a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Código de Processo
Penal**

De plano, anoto que o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao dispor que “*toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz*”, sustou os efeitos de toda a legislação ordinária conflitante com esse preceito convencional. Isso se deve ao caráter supralegal que os tratados sobre direitos humanos possuem no ordenamento jurídico brasileiro, como ficou assentado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 349.703, relator para acórdão o Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJe de 05/06/2009:

***“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.***

ADI 5240 / SP

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 Civis 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 FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N° 911/69. EQUIPARAÇÃO 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."

ADI 5240 / SP

Esse caráter supralegal do tratado devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira – porém não submetido ao processo legislativo estipulado pelo artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal - foi reafirmado pela edição da Súmula Vinculante 25, segundo a qual “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Tal verbete sumular consolidou o entendimento deste tribunal de que o artigo 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos teria ingressado no sistema jurídico nacional com *status supralegal*, inferior à Constituição Federal, mas superior à legislação interna, a qual não mais produziria qualquer efeito naquilo que conflitasse com a sua disposição de vedar a prisão civil do depositário infiel.

Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação. Esse é o escólio de KONRAD HESSE, em comentários ao artigo 25 da Constituição Federal alemã¹⁰ (*Elementos de direito constitucional na República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 94):

“A essas regras, o artigo 25 da Lei Fundamental dá primazia sobre as leis e, com isso, também sobre as normas jurídicas de hierarquia inferior, de modo que elas prevalecem sobre cada norma jurídica estatal que fica atrás delas ou as contradiz, não, ao contrário, sobre a própria Constituição, na qual assenta aquela validade intra-estatal como direito federal e que não conhece direito federal que está,

10 Artigo 25

[Preeminência do direito internacional]

As regras gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal.

ADI 5240 / SP

em hierarquia, sobre ela. As regras gerais de Direito Internacional Público tornaram-se, com isso, em virtude do Direito Constitucional, obrigatórias diretamente para o poder legislativo, executivo e judiciário. Na medida em que elas, como regras de Direito Internacional Público, fundamentam direitos e deveres para o particular, criam elas também direitos e deveres diretamente para os habitantes do território federal. Nessa proporção, o artigo 25 da Lei Fundamental garante a concordância entre a ordem jurídica de Direito Internacional Público e intra-estatal, uma garantia na qual se manifesta claramente a ‘amabilidade para o Direito Internacional Público’ da Lei Fundamental.”

Destarte, também o item 5 do artigo 7º da referida convenção deve ser tido por norma supralegal, sendo imperioso passar em revista a legislação ordinária à luz do seu conteúdo normativo.

Para tanto, cumpre observar, primeiramente, que a garantia trazida pelo artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos não é uma inovação; muito pelo contrário, suas origens remontam à Magna Carta, documento basilar de garantia dos direitos do homem, que no dia 15 de junho deste ano de 2015 completou 800 anos. Embora alguns autores apontem semelhanças do *habeas corpus* com outros institutos do direito romano ou germânico anterior, a gênese do remédio heroico, tal como hoje o conhecemos, encontra-se na Magna Carta, cujos artigos 39 e 40 assim dispunham:

“(39) Nenhum homem livre será apreendido ou preso, ou despojado dos seus direitos ou bens, ou banido ou exilado, ou privado de seu status de qualquer forma, tampouco usaremos força contra ele, nem ordenaremos que outros o façam, exceto por meio de um julgamento legítimo por parte de seus pares ou em virtude da lei do país.

(40) Para ninguém venderemos, negaremos ou atrasaremos um direito ou a justiça.”

ADI 5240 / SP

As normas colacionadas acima representaram verdadeira revolução na tutela da liberdade individual, na medida em que atribuíram aos tribunais ingleses pela primeira vez o poder de efetuar o controle de legalidade das prisões (ISHIDA, Valter Kenji. *Prática jurídica de habeas corpus*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3-4). A fim de realizar adequadamente tal controle, os juízes ingleses passaram a proferir o *writ* (ordem) de *habeas corpus ad subjiciendum*, que consistia na ordem de apresentação do preso ao Juiz, para que este, então, decidisse sobre a legalidade da prisão, à vista do homem e do caso. Sobre o significado do *habeas corpus*, nas suas origens mais remotas, colho os seguintes ensinamentos:

"Habeas corpus eram as palavras iniciais da fórmula no mandado inicial que o Tribunal concedia, endereçado a quantos tivessem em seu poder, ou guarda, o corpo do detido. A ordem era do teor seguinte: 'Toma (literalmente: tome, no subjuntivo, habeas, de habeo, habere, ter, exibir, tomar, trazer, etc.) o corpo deste detido e vem submeter ao tribunal o homem e o caso'. Por onde se vê que era preciso produzir e apresentar à Corte o homem e o negócio, para que pudesse a justiça, convenientemente instruída, estatuir, com justiça, sobre a questão, e velar pelo indivíduo."

(PONTES DE MIRANDA. *História e prática do habeas corpus, tomo I.* Campinas: Bookseller, 1999, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, p. 56)

*"O habeas corpus é, no Direito inglês do qual se origina, uma ordem de apresentação pessoal de alguém, um mandado de condução. O juiz quer a presença física de alguma pessoa. Por isso expede uma ordem escrita (*writ*) para que seja apresentado o corpo da pessoa (*habeas corpus*), isto é, seja feito de corpo presente. Essa apresentação pode ter vários fins e, daí, os diversos tipos de *habeas corpus* (...). Mas a expressão *habeas corpus*, sem mais nada, *habeas corpus* por antonomásia, designa o *habeas corpus ad subjiciendum*, ordem ao carcereiro ou detentor de uma pessoa de apresentá-la, e de indicar o dia e a causa da prisão, a fim de que ela faça (*ad faciendum*), de que se submeta a (*ad subjiciendum*) e receba (*ad recipiendum*) o que for*

ADI 5240 / SP

julgado correto, pelo juiz. Esse foi chamado, por William Blackstone, o mais célebre mandado (writ) do Direito inglês e ‘baluarte permanente de nossas liberdades (The stable balwark of our liberties).’ (TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal, volume 2.* São Paulo: Saraiva, 9^a Edição, 1995, p. 390-391)

“A expressão habeas corpus significa exiba o corpo, apresente a pessoa que está sofrendo ilegalidade na sua liberdade de locomoção. Habeas, de habeo, habes, habui, habitum, habere, que significa ter, possuir, apresentar, e corpus (corpus, oris), que se traduz por corpo ou pessoa. A expressão é ‘writ of habeas corpus’: ordem para apresentar a pessoa que está sofrendo o constrangimento. O instituto tem sua origem no Direito inglês. E foi em 15-6-1215, quando o rei João Sem Terra, ou Lackland, pressionado pelos barões e pelo clero, promulgou a ‘Magna Charta Libertatum vel concordia inter regem Johannem et barones’, que surgiu o gérmen do habeas corpus.”

(TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, volume 4.* São Paulo: Saraiva, 35^a Edição, 2013, p. 635-636).

A essência do *habeas corpus*, portanto, está justamente no contato direto do Juiz com o preso, para que o julgador possa, assim, saber do próprio detido a razão pela qual foi preso e em que condições se encontra encarcerado.

Não é por acaso, portanto, que o Código de Processo Penal brasileiro consagra regra de pouco uso na prática forense, mas ainda assim fundamental, no seu artigo 656, segundo o qual “*recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar*”. De todos os dispositivos processuais que regulamentam o *habeas corpus*, talvez este seja o único que em hipótese alguma poderia faltar, eis que dá o nome ao instituto e encerra o seu elemento mais essencial. Nesse sentido, colaciono a lição de AURY LOPES JÚNIOR (*Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 12^a Edição, 2015, p. 1.130, grifos meus):

ADI 5240 / SP

"Quando o habeas corpus é de competência dos juízes de primeiro grau, o procedimento está previsto no art. 656.

A apresentação imediata do preso ao juiz é uma medida salutar, além de, como lembra PONTES DE MIRANDA, relacionar-se com o próprio nome da ação, que iniciava pela fórmula 'trazer o corpo'. Deveria ser uma regra para o writ que tramita em primeiro grau."

É clara, por conseguinte, a imbricação da audiência de custódia com o remédio constitucional do *habeas corpus*, uma vez que ambos são instrumentos voltados para a imediatidate no processo penal, especificamente no seu momento mais crítico, em que a liberdade do indivíduo é cerceada. Destarte, há que se prescrutar no que a vetusta disciplina legal do *habeas corpus* precisa ser reinterpretada após a internalização na ordem jurídica brasileira da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nessa toada, uma primeira constatação parece inarredável: se é direito subjetivo do preso ser apresentado ao Juiz sem demora, também é evidente que nessa ocasião o preso poderá pedir a sua liberdade, como lhe assiste o artigo 5º, inciso XXXIV, alínea *a*, da Constituição Federal (direito de petição). Esse pedido de liberdade nada mais é do que um pedido de *habeas corpus*, nos termos do artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, *verbis*: "*conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*". Se, contudo, o próprio preso não fizer esse pedido, seu defensor, por dever de ofício, deverá pedir a sua liberdade. Se nem o defensor pedir a liberdade do detido, ainda poderá o Ministério Público pedi-la. Em último caso, mesmo que ninguém peça a liberdade do preso, ainda deverá o Juiz, constatando ilegalidade, soltá-lo de ofício, ou seja: conceder *habeas corpus ex officio*.

Em outras palavras, o direito convencional a uma audiência de custódia deflagra o procedimento legal de *habeas corpus* perante a Autoridade Judicial. Tem-se aqui terreno fértil para o reconhecimento da

ADI 5240 / SP

dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no que têm destaque os chamados de “*direitos a organização e procedimento*”, os quais, segundo pontua **ROBERT ALEXY**, “*são direitos essenciais a uma proteção jurídica efetiva*” (*Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 488). Essa perspectiva contemporânea da dogmática juspublicista teve seus fundamentos expostos no magistério do professor **DANIEL SARMENTO** (“Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria” in *Arquivos de direitos humanos*. Volume 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 65):

“(...)*na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado convertendo-se em norte da sua atuação.*”

É nesse sentido, outrossim, a lição de **J. J. GOMES CANOTILHO** ao sustentar uma “*proteção jurídica temporalmente adequada*” aos direitos fundamentais, os quais passam a exigir um suporte procedural (processual) idôneo a garantir-lhes a eficácia material (“Constituição e déficit procedural” in *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 79). Dessa premissa é possível desdobrar outras conclusões quanto a esse processo de *habeas corpus* que se instaura em Juízo, o que passo a detalhar.

Pois bem, como destacado acima, apresentado o preso ao Juiz, poderá ele mesmo, seu defensor ou o Ministério Público pedir a concessão da ordem. Residualmente, deverá o Juiz apreciar a legalidade do ato de prisão, de ofício¹¹. Em qualquer situação, a cognição judicial

11 Art. 654. O **habeas corpus** poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor

ADI 5240 / SP

terá enfoque, basicamente, na qualificação do preso e nas circunstâncias em que foi detido¹², como preceitua o artigo 654 do Código de Processo Penal.

Antes de decidir sobre a legalidade da prisão, porém, o Juiz deverá conceder ao preso a possibilidade de autodefesa através do interrogatório, que tem previsão expressa no *caput* artigo 660 do CPP, ao referir que “*efetuadas as diligências, e interrogado o paciente, o juiz decidirá*”¹³.

Constatada a ilegalidade pelo Juiz, a ordem deve ser concedida de imediato, como se depreende da dicção do parágrafo segundo do artigo 660: “*se os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou o tribunal ordenará que cesse imediatamente o constrangimento*”. Sendo assim, o prazo de 24 horas mencionado no *caput* do artigo 660 deve ser compreendido como o interregno integral para a conclusão do procedimento de que ora se trata. Isso porque a lei deve ser interpretada de forma sistemática, de modo que as suas normas tenham harmonia e concordância prática. Ora, se o Juiz constata a ilegalidade, deve decidir imediatamente, não fazendo o menor sentido que aguarde mais 24 horas para proferir a sua decisão, em detrimento da liberdade do

ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

(...)

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de **habeas corpus**, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

12 Art. 654. (...)

§ 1º A petição de **habeas corpus** conterá:

- a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;
- b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;
- c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

13 Art. 660. Efetuadas as diligências, e interrogado o paciente, o juiz decidirá, fundamentadamente, dentro de 24 (vinte e quatro) horas.

ADI 5240 / SP

preso. Assim, a compreensão correta do *caput* do artigo 660 e do seu parágrafo segundo deve ser a de que efetuada a prisão, no prazo de 24 horas devem ser realizadas as diligências necessárias (lavratura do auto de prisão em flagrante e condução do preso à presença da Autoridade Judicial), interrogado o detido e proferida decisão, esta imediatamente após o interrogatório.

Logicamente, esse prazo de 24 horas para a conclusão do procedimento em tela poderá ser alargado, desde que haja motivação idônea. Assim, por exemplo, em Municípios que não sejam sede de comarca ou cujo acesso seja excepcionalmente difícil, poderá não ser possível a apresentação do preso em 24 horas. Também no caso de o mesmo auto de prisão em flagrante envolver vários presos ou várias testemunhas, poderá não ser viável a sua finalização dentro de tal prazo. Outra situação que poderá gerar a impossibilidade de apresentação do preso em 24 horas se configurará quando ele precisar de atendimento médico urgente, com eventual internação.

Além disso, deve ficar consignado que entre o interrogatório e a decisão do Juiz, evidentemente, terão a oportunidade de se manifestar o Ministério Público e a defesa, por força da garantia do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal).

Quanto ao conteúdo da decisão judicial, as hipóteses legais que poderão configurar a ilegalidade da prisão também já estão previstas pelo artigo 648 do CPP¹⁴, em rol que não é exaustivo. Algumas situações

14 Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

- I - quando não houver justa causa;
- II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;
- III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;
- IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;
- V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;
- VI - quando o processo for manifestamente nulo;
- VII - quando extinta a punibilidade.

ADI 5240 / SP

previstas nesse dispositivo legal merecem especial destaque, na medida em que guardam perfeita correspondência com as disposições do artigo 310 do CPP¹⁵, que regulam do conteúdo da decisão judicial que aprecia a legalidade do auto de prisão em flagrante – o qual será necessariamente apresentado junto com o preso, no mesmo prazo de 24 horas (artigo 306, § 1º, do CPP¹⁶), sendo imperiosa a sua apreciação nesse mesmo momento.

Primeiramente, o inciso VI do artigo 648 do CPP se refere à constatação pelo Juiz de nulidade manifesta. Aqui se percebe a correlação com o inciso I do artigo 310 do CPP, que determina ao Juiz o relaxamento da prisão em flagrante ilegal.

Prosseguindo, o inciso I do artigo 648 se reporta à ausência de justa causa para a coação, o que deve ser compreendido, em visão sistemática, como a falta de prova da materialidade ou de indícios de autoria, o que impede a prisão preventiva (artigo 312, *caput*, do CPP¹⁷, *in fine*), ensejando a concessão da liberdade provisória (artigo 310, inciso III, do CPP).

15 Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

16 § 1º 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.

17 Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

ADI 5240 / SP

Já o inciso V do artigo 648 do CPP menciona que a coação será ilegal quando a lei autorizar a fiança. Aqui se faz necessário breve escorço histórico sobre a política criminal brasileira em matéria de prisões provisórias.

Na sua redação originária, o Código de Processo Penal contemplava sistema processual em que a regra era a prisão e a exceção a liberdade. Preso o acusado em flagrante, assim permaneceria durante toda a instrução processual, exceto quando fosse admitida liberdade provisória, necessariamente mediante fiança. Esse é o motivo pelo qual o artigo 648, inciso V, do CPP remete à fiança, aliás, de forma atécnica, visto que a fiança era apenas a garantia que se exigia como condição para a liberdade provisória, esta sim o objeto da decisão judicial.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, sedimentou-se o entendimento de que o princípio da presunção de inocência não toleraria a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvados os casos em que se fizesse presente a marca da cautelaridade, representada pelo *fumus comissi delicti* e pelo *periculum in libertatis*.

Hoje não mais se exige, portanto, a fiança como condição *sine qua non* para a liberdade provisória; ausente a cautelaridade, deverá ser concedida a liberdade provisória, com ou sem fiança (ou outra medida cautelar). Essa regra se haure da simples leitura do inciso LXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal - “*ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*” - que tem aplicabilidade imediata, por imposição do parágrafo primeiro do mesmo dispositivo constitucional¹⁸.

Consequentemente, a regra do artigo 648, inciso V, do CPP deve ser interpretada no sentido de que será ilegal a coação quando a alguém não

18 § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

ADI 5240 / SP

for franqueada a liberdade provisória, nos casos em que a lei a autoriza, com ou sem a exigência de fiança ou a imposição alguma outra medida cautelar, novamente se exigindo do Juiz a adoção da medida indicada pelo artigo 310, inciso III, do CPP.

Finalmente, preenchendo o ato de prisão as formalidades legais e não permitindo a lei a concessão de liberdade provisória, pois presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*, não haverá coação ilegal, devendo o Juiz denegar a ordem de *habeas corpus* e converter a prisão em flagrante em preventiva (artigo 310, inciso II, do CPP).

Em suma, o procedimento ora analisado pode ser assim summarizado:

- a) efetuada a prisão em flagrante e lavrado o respectivo auto pela Autoridade Policial, deverá o preso ser apresentado ao Juiz;
- b) o Juiz interrogará o preso quanto à sua qualificação e circunstâncias da prisão;
- c) Ministério Público e defesa poderão formular pedidos e apresentar as respectivas razões;
- d) imediatamente, o Juiz decidirá sobre a legalidade da prisão;
- e) todo esse procedimento, da prisão à decisão do Juiz, deverá ser concluído em 24 horas, salvo impedimento devidamente justificado.

Sendo esse, portanto, o procedimento legal do *habeas corpus* perante o Juiz de primeiro grau, que é deflagrado, como já mencionado, pela apresentação imediata do preso, insta apreciar o Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP, a fim de aferir a sua compatibilidade com as normas processuais supracitadas.

A disciplina normativa do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP

O artigo 1º do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP dispõe que:

"RESOLVEM:

Art. 1º Determinar, em cumprimento ao disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de

ADI 5240 / SP

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."

Esse dispositivo enuncia, em primeiro lugar, o caráter meramente regulamentar do Provimento, reportando-se ao artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos do Homem como fundamento de validade e objeto de regulamentação. Note-se, contudo, que a mera enunciação do caráter regulamentar do Provimento não basta, sendo necessário verificar se as suas diversas disposições efetivamente se limitam a dar fiel cumprimento à norma convencional indicada (ou outra norma legal) ou se efetivamente inovam na ordem jurídica, como sustenta a autora.

Já a segunda parte do artigo 1º trata da "apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia", o que é repetido pelo artigo 3º, que será examinado mais adiante.

Segue o artigo 2º do Provimento combatido, com a seguinte redação:

"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 juízos 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."

A norma em questão traz disposição claramente administrativa, determinando como e quando a implantação da audiência de custódia será realizada no âmbito do TJSP. Limita-se o tribunal, assim, a organizar o funcionamento dos seus órgãos judiciais, sem tratar de qualquer questão relativa ao processo ou procedimento da audiência de custódia.

ADI 5240 / SP

Prosseguindo, temos o artigo 3º do Provimento Conjunto 03/2015, com o seguinte conteúdo:

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.

Não há, aqui, qualquer inovação na ordem jurídica. A apresentação da pessoa detida é determinada diretamente pelo artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e, ainda, pelos artigos 656 e 657 do CPP¹⁹, assinalando-se que estas normas processuais tiveram a sua eficácia paralisada naquilo que contrariam a norma convencional – especificamente as expressões “*se julgar necessário*” e “*em dia e hora que designar*”. Assim, a apresentação do preso vem fundada na ordem legal e convencional, que a todos vincula, inclusive à Autoridade Policial.

De fato, no campo das liberdades não viceja o arbítrio, nem floresce a iniquidade. Logo, embora conste do texto legal a expressão “*se julgar*

19 Art. 656. Recebida a petição de **habeas corpus**, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.

Parágrafo único. Em caso de desobediência, será expedido mandado de prisão contra o detentor, que será processado na forma da lei, e o juiz providenciará para que o paciente seja tirado da prisão e apresentado em juízo.

Art. 657. Se o paciente estiver preso, nenhum motivo escusará a sua apresentação, salvo:

I - grave enfermidade do paciente;

II - não estar ele sob a guarda da pessoa a quem se atribui a detenção;

III - se o comparecimento não tiver sido determinado pelo juiz ou pelo tribunal.

ADI 5240 / SP

necessário", a interpretação do dispositivo que maior conformidade tem com a Constituição Federal é aquela que lhe atribui a acepção de dever do magistrado (poder-dever) e não de mera faculdade. Em síntese, a apresentação à Autoridade Judicial pode ser entrevista como direito subjetivo do preso e constar da política judicial dos órgãos do Poder Judiciário.

Por oportuno, à guisa de exemplo, é verificável uma ampla gama de dispositivos legais trazidos pela legislação penal, material e adjetiva, contendo expressões que apenas aparentemente conferem faculdades ao Juiz ou ao Ministério Público, mas, na verdade, representam direitos subjetivos do acusado. O Código Penal traz expressões dessa espécie, por exemplo, nos artigos 44, § 3º, 68, parágrafo único, 77, 83, 121, § 1º, e 155, § 2º²⁰; o Código de Processo Penal, nos artigos 282, § 5º, e 310, parágrafo

20 § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

(...)

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

(...)

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

(...)

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

(...)

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

(...)

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

ADI 5240 / SP

único²¹; a Lei 9.099/95, nos artigos 76 e 89²².

Pelas razões expostas, conclui-se pela legalidade da apresentação do preso à Autoridade Judicial, não restando tal ato eivado de qualquer vício.

Deveras, o prazo de 24 horas para apresentação do preso decorre de duas normas processuais, quais sejam, as inscritas nos artigos 306, § 1º, e 660, *caput*, do CPP²³. Como já acentuado anteriormente, a integralidade do procedimento de *habeas corpus* deflagrado pela apresentação do preso em Juízo deve decorrer no prazo de 24 horas, o que pressupõe que a Autoridade Policial efetue todas as diligências necessárias à lavratura do

21 § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

(...)

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

22 Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

(...)

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

23 Art. 306. (...)

§ 1º 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.

Art. 660. Efetuadas as diligências, e interrogado o paciente, o juiz decidirá, fundamentadamente, dentro de 24 (vinte e quatro) horas.

ADI 5240 / SP

auto de prisão em flagrante e à condução do preso à presença da Autoridade Judicial nesse prazo. Nesse mesmo prazo, ainda, deverá a Autoridade Policial apresentar em Juízo o auto de prisão em flagrante, de modo que, coincidindo os prazos de apresentação do preso e do auto de prisão em flagrante (depreende-se da leitura sistemática da lei processual) a apresentação será simultânea, em 24 horas.

Por fim, só poderá ser postergada a apresentação do preso para além do prazo de 24 horas mediante fundamentação idônea, a qual poderá se basear na justificativa apresentada pela Autoridade Policial, afinal, *ad impossibilia nemo tenetur*. A recusa absoluta da Autoridade Policial em apresentar o preso, porém, tem as suas hipóteses taxativamente demarcadas, conforme dispõe o artigo 657 do CPP, que traz rol *numerus clausus* (excetuada a situação do inciso III, que deixava ao alvedrio do Juiz a apresentação do detido, de forma incompatível com o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos do Homem).

O artigo 4º do Provimento em comento, por sua vez, novamente contém apenas normas administrativas que conferem certas atribuições às unidades judiciais vinculadas ao TJSP, para melhor execução das rotinas processuais inerentes à realização da audiência de custódia, como se extrai claramente do seu enunciado:

"Art. 4º Incumbe 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."

Eis, agora, a redação do artigo 5º do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP:

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

ADI 5240 / SP

Público.”

O artigo 5º informa o direito garantido a qualquer investigado de conversar reservadamente com seu defensor, insculpido no § 5º do artigo 185 do CPP, o qual estabelece que “*em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso*”. Constatase, aqui, por conseguinte, mera regulamentação de dispositivo legal, sem nenhuma inovação no sistema jurídico nacional.

Passando ao artigo 6º do Provimento impugnado, temos o que segue:

“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 Após a 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 suscitos e que conterá o inteiro teor da decisão proferida

ADI 5240 / SP

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 (quarenta e oito) horas, contadas do término da audiência, poderão requerer a reprodução dos atos gravados, desde que instruam a petição com mídia capaz de suportá-la.”

O *caput* e o § 1º do artigo 6º do Provimento regulamentam o ato de interrogatório previsto pelo artigo 660, *caput*, do CPP²⁴ e preservam o direito do interrogado ao silêncio, consagrado pelo Texto Constitucional, em seu artigo 5º, inciso LXIII²⁵. No âmbito infraconstitucional, o artigo 186 do CPP²⁶ dispõe sobre o direito do acusado de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Além disso, o conteúdo dessas perguntas fica restrito à qualificação do preso e às circunstâncias da prisão, o que está em harmonia com o artigo 654, § 1º, do CPP²⁷, que limita a cognição do Juízo a essas questões, sem antecipação quanto a fatos que digam respeito ao mérito de eventual e

24 Art. 660. Efetuadas as diligências, e interrogado o paciente, o juiz decidirá, fundamentadamente, dentro de 24 (vinte e quatro) horas.

25 LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

26 Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

27 Art. 654. (...)

§ 1º A petição de **habeas corpus** conterá:

- a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;
- b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;
- c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

ADI 5240 / SP

futura acusação a ser formulada pelo Ministério Público ou querelante.

Os §§ 2º e 3º, em plena atenção ao princípio do contraditório, concedem ao Ministério Público e à defesa a possibilidade de manifestação perante o magistrado, que decidirá logo em seguida, por força do artigo 660, § 2º, do CPP²⁸, pautando-se pelas disposições do artigo 310 do mesmo diploma legal²⁹. Há, ainda, no § 3º, referência expressa ao artigo 318 do CPP³⁰, que trata da prisão domiciliar, em substituição à prisão preventiva.

Finalmente, os §§ 4º, 5º e 6º do artigo 6º regulamentam o artigo 405, *caput* e parágrafos, do CPP³¹, que trata do registro das audiências, nada

28 § 2º Se os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou o tribunal ordenará que cesse imediatamente o constrangimento.

29 Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

30 Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

31 Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado

ADI 5240 / SP

acrescentando de novo à sua disciplina.

O artigo 7º do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP estipula:

"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."

No que concerne ao inciso I do artigo 7º, trata-se de providência que é autorizada ao Juiz, mesmo agindo de ofício, para a produção antecipada de provas relevantes e urgentes, na forma dos artigos 156, inciso I, 158 e 168, *caput*, do CPP³².

pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.

§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.

32 Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (...)

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Art. 168. Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor.

ADI 5240 / SP

Já o inciso II do artigo 7º decorre da previsão contida nos artigos 10 e 11 da LEP³³, que dispõem sobre o direito do preso e do egresso à assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

À guisa de encerramento, analiso os artigos 8º a 11 do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP de uma só vez, ante a uniformidade da natureza jurídica das normas neles contidas:

"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 domiciliar, nos termos do artigo 318 do mesmo Diploma) pelo juiz competente;

IV o número e espécie de encaminhamentos assistenciais

33 Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I – material;

II - à saúde;

III -jurídica;

IV – educacional;

V – social;

VI - religiosa.

ADI 5240 / SP

determinados pelo juiz competente.

Art. 10. Não será realizada a audiência de custódia durante o plantão judiciário ordinário (art. 1.127, I, NSCGJ) e os finais de semana do plantão judiciário especial (art. 1.127, 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. Registre-se. Publique-se por três dias alternados. Cumprase.”

Da simples leitura das normas colacionadas acima, evidencia-se o seu caráter exclusivamente administrativo, dispondo o tribunal, no exercício da sua autogestão, sobre a organização e funcionamentos dos seus órgãos judiciais, impondo novas rotinas cartorárias e disciplinando o modo pelo qual o serviço judiciário será prestado, mormente na fase de transição até a total implementação das audiências de custódia em todas as unidades jurisdicionais do TJSP.

Conclusão e dispositivo

Exaurido o exame de cada um dos dispositivos que compõem o Provimento atacado, constata-se que os seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º limitam-se a regulamentar previsões legais e convencionais já referidas, sem extrapolar ou contrariar o conteúdo dessas normas, representando exercício lícito de poder regulamentar que a todas as autoridades administrativas é outorgado, para o fiel cumprimento da lei.

Frise-se que o regulamento, conquanto não deva exorbitar o que consta da lei, poderá validamente explicitar o seu conteúdo, como ocorre no caso em análise, quanto aos artigos acima mencionados. **HELY LOPES**

ADI 5240 / SP

MEIRELLES, em excerto doutrinário reproduzido abaixo (*Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 28^a Edição, 2003, p. 176), expõe:

"O regulamento, embora não possa modificar a lei, tem a missão de explicá-la e de prover sobre minúcias não abrangidas pela norma geral editada pelo Legislativo. Daí a oportuna observação de Medeiros Silva de que 'a função do regulamento não é reproduzir, copiando-os literalmente, os termos da lei. Seria um ato inútil se assim fosse entendido. Deve, ao contrário, evidenciar e tornar explícito tudo aquilo que a lei encerra. Assim, se uma faculdade ou atribuição está implícita no texto legal, o regulamento não exorbitará, se lhe der forma articulada e explícita.'"

É justamente o que ocorre na hipótese em tela. Os artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP apenas explicitam disposições esparsas da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e do Código de Processo Penal, permitindo, assim, a sua compreensão clara e sistemática, indispensável ao seu fiel cumprimento.

Sendo assim, não se observando exorbitância das aludidas normas regulamentares em relação à lei, que é seu fundamento de validade, não se abre a possibilidade de controle da sua constitucionalidade, resolvendo-se eventual inconformismo entre o regulamento e a lei (o qual, de qualquer forma, não vislumbra) no plano da legalidade.

É imperioso, conseqüentemente, não conhecer a ação direta de inconstitucionalidade quanto aos artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP.

Quanto aos artigos 2º, 4º 8º, 9º, 10 e 11 do Provimento hostilizado, registro que veiculam comandos de mera organização administrativa interna do TJSP, no exercício da prerrogativa que lhe é outorgada pelo artigo 96, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal. Daí decorre que,

ADI 5240 / SP

sendo normas que ostentam fundamento de validade situado diretamente na Constituição Federal, é possível o seu controle pela via da ação direta.

Ocorre, contudo, que os supracitados dispositivos do Provimento objurgado não violam reserva de lei instituída pela Constituição Federal, tampouco afrontam qualquer disposição material da Carta Política. Com efeito, nos termos já enunciados acima, o Tribunal de Justiça de São Paulo meramente organizou o funcionamento dos seus órgãos judiciários, estritamente dentro da esfera de atribuições inerente à sua autogestão, assegurada pelo artigo 96, inciso I, alínea *a*, da Carta Política.

Não procedem, assim, os argumentos da associação autora.

Os princípios da legalidade (artigo 5º, inciso II, da CRFB) e da reserva de lei federal em matéria processual (artigo 22, inciso I, da CRFB) foram observados pelo ato normativo impugnado. Como visto, o Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP não inova na ordem jurídica, mas apenas explicita conteúdo normativo já existente em diversas normas do Código de Processo Penal – recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei federal de conteúdo processual – e da Convenção Americana sobre Direitos do Homem – reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como norma de *status jurídico supralegal*.

Ademais, inexiste a apontada violação ao princípio da separação dos poderes (artigo 2º da CRFB). De fato, não é o ato normativo emanado do Tribunal de Justiça que cria obrigações para os Delegados de Polícia (civis e federais), mas sim a Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, os quais, por força dos artigos 3º e 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³⁴, têm efeito imediato e geral, ninguém se escusando de cumpri-los. Repita-se: o Provimento hostilizado nada criou de novo no ordenamento jurídico nacional, apenas

34 Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

ADI 5240 / SP

explicitando o sentido e o alcance de normas cogentes e em pleno vigor.

Desta sorte, embora seja inadmissível a ação direta de constitucionalidade no que toca à parte meramente regulamentar do Provimento atacado, consigno a plena legalidade daquele ato normativo, que está em total harmonia com as normas convencionais e a legislação processual vigentes, sendo obrigatória, conseqüentemente, a realização da audiência de apresentação desde logo e em todo o território nacional.

Ex positis, CONHEÇO EM PARTE da ação e, nessa parte, **JULGO IMPROCEDENTE**, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país.

É como voto.

20/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu me permito, em breves minutos, fazer algumas considerações de ordem prática para dar o panorama fático sobre o qual repousa essa controvérsia toda.

O Brasil hoje é o quarto país que mais prende pessoas no mundo, depois dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Nós temos cerca de seiscentos mil presos no Brasil. Desses presos, 40% são presos provisórios, equivalendo a praticamente duzentos e quarenta mil presos provisórios, que ficam em média cinco a seis meses na prisão, sem ver o juiz; ou seja, sem culpa formada, em franca colisão com o princípio da não culpabilidade, que é um princípio basilar da nossa Constituição.

Nós temos implantado essa - digo nós, no CNJ - audiência de custódia, mas, em boa hora, eu estou acolhendo a proposta do eminente Decano para que nós mudemos o nome da audiência de custódia para audiência de apresentação. Quando formos formalizar isso, por intermédio de uma resolução no CNJ, nós adotaremos e agora com o beneplácito do eminente Relator, Ministro Luiz Fux.

Mas nós já conseguimos implantar em doze Estados da Federação. Até outubro, nós pretendemos implantar essa audiência de custódia, ou de apresentação, nos vinte e sete entes federados. Nós, até lá ou até o final do ano, pretendemos deixar de prender cerca de cento e vinte mil pessoas, cidadãos, presos em flagrante. Isso representa, considerando o custo de cerca de R\$ 3.000,00 (três mil reais) em média por preso para os cofres públicos, uma economia mensal de R\$ 360.000,000,00 (trezentos e sessenta milhões de reais). Multiplicando essa importância por doze, doze meses, nós teremos uma economia de 4,3 bilhões de reais por ano, que poderiam ser aplicados em educação, saúde, enfim os serviços públicos essenciais.

ADI 5240 / SP

Isso evidentemente corresponde, praticamente, à metade da carência de vagas que temos nos presídios brasileiros, que monta cerca de duzentos e cinquenta mil vagas faltantes. Evidentemente, aqueles que estão presos indevidamente serão também libertados. Isso aliviaria consideravelmente os problemas que temos hoje no sistema prisional brasileiro.

Nós temos entendido - nós, o CNJ -, assim como o eminente Relator agora que as normas internacionais, os tratados e convenções que o Brasil, em sua soberania, decidiu subscrever e depois internalizar, tendo em conta inclusive, enfim, a vontade do Congresso Nacional, que representa o povo brasileiro, isso desde 1992, portanto, há mais de 20 anos, já é uma lei interna, portanto é autoaplicável.

Nós estamos aguardando o término da aplicação dessa audiência de custódia, em termos experimentais, nos vinte e sete Estados, vinte e seis Estados e o Distrito Federal para, depois, aproveitarmos a experiência, regulamentarmos essa matéria e eventualmente até sugerimos um projeto de lei para o Congresso Nacional.

Mas, essa situação fática, eu creio que é uma revolução, porque, hoje, nós temos um índice de cerca de 50% de custodiados que são liberados, ou cuja prisão é considerada ilegal, portanto objeto de uma decisão de relaxamento dessa prisão, nos termos dos arts. 310, I, do CPP, ou, então, a concessão da liberdade provisória. Na maioria dos casos que temos acompanhado, os custodiados cometem ou são acusados de cometer um crime de bagatela, ou um delito de menor potencial ofensivo, e, portanto, não apresentam a menor periculosidade para a sociedade e ocupam durante meses, às vezes, até anos, as vagas destinadas àqueles presos violentos, aqueles que colocam em risco a harmonia social.

Apenas umas breves reflexões que ouso apresentar à reflexão do Plenário antes de colher os votos dos demais componentes da Corte.

20/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, tenho a honra de acompanhar o voto do eminente Relator, registrando que tive oportunidade de presenciar uma audiência de custódia, uma audiência de apresentação, presidida por Vossa Excelência na ambição do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e constatei, do ponto de vista prático, todos esses elementos extremamente favoráveis e positivos do procedimento, tal como adotado e encapado no voto do eminente Relator, Ministro Luiz Fux.

Por isso, acompanho e saúdo também os ilustres defensores que da Tribuna suscitaram aspectos relevantes para o julgamento desta causa. E, do ponto de vista da conclusão, apenas averbo que o acolhimento desta preliminar do não conhecimento - porque o debate, a rigor, é de legalidade e, portanto, de infraconstitucionalidade - parte do ponto de vista da atual percepção que se tem aqui, neste Colegiado, do Pacto de São José da Costa Rica. Como o eminente Ministro Luiz Fux suscitou, esse tema, quiçá, voltará à discussão. Tenho a liberdade de averbar minha inflexão pela percepção dessa Convenção no seu patamar de natureza constitucional, portanto num patamar mais elevado do que a configuração atual. Nada obstante, o entendimento dominante é esse e, de qualquer sorte, não se deve conhecer, nesta parte, da pretensão de declaração de constitucionalidade, eis que o debate constitucional, neste momento, não se coloca.

E, no demais, a letra "a" do inciso I do art. 96 da Constituição Federal defere aos tribunais a possibilidade de tratarem da competência e do funcionamento de seus serviços e órgãos jurisdicionais e administrativos. Portanto, também não há vício algum de inconstitucionalidade.

Por essas razões, acompanho integralmente o voto do eminente Relator.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 55 de 83

ADI 5240 / SP

20/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhor Presidente, também acompanho o voto do eminente Ministro Luiz Fux. Para falar a verdade, fiquei um pouco infeliz com o resumo, porque fiquei interessado em ler a íntegra do voto, que pretendo fazer no sistema assim que ele tenha sido postado, já que envolve uma questão extremamente relevante e importante, à qual voltaremos, que diz respeito a essas relações entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional e o Direito Comparado.

Não tenho dúvida de que compete, Presidente, ao Supremo Tribunal Federal definir o que vale internamente no Brasil. Porém, essa definição, no mundo contemporâneo, é feita em um diálogo institucional com as Cortes internacionais, não apenas a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cujo sistema nós pertencemos, como todas as Cortes internacionais de Direitos Humanos.

Portanto, penso - até li um trabalho recentemente do Professor Daniel Sarmento sobre esse ponto - que a questão não é propriamente de hierarquização, e sim de diálogos institucionais em busca do melhor argumento e da melhor forma de se defenderem os Direitos Humanos. E o entendimento que tem prevalecido no Direito europeu é o de que não há propriamente hierarquia, mas deve prevalecer a cláusula que proteja mais adequadamente os direitos....

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência me permite uma pequena intervenção?

Eu tive a oportunidade recentemente e trouxe à colação, no meu voto sobre as prisões, um ponto de vista do Professor Fábio Konder Comparato, em que esse eminente Professor mostra que os dois sistemas, o sistema internacional e o sistema interno, são, na verdade, complementares, há uma relação de complementariedade, e não de

ADI 5240 / SP

hierarquia entre os dois sistemas. É um ponto de vista que nós, talvez, possamos possamos futuramente apreciar.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O Professor Fábio Comparato, num livro clássico que tem, chamado "Afirmação histórica dos Direitos Humanos", em que ele junta essas convenções, mas ele faz uma introdução alentada a esse livro, que é uma das peças felizes e inspiradas, eu diria, da defesa dos Direitos Fundamentais no Brasil.

Mas o que queria dizer, Presidente, só para concluir essa brevíssima introdução e o meu voto, que será igualmente breve, é que vivemos uma época em que há uma espécie de migração das ideias constitucionais, elas circulam pelo mundo, e, portanto, eu acho que cabe aos Tribunais Constitucionais apropriarem-se das melhores ideias que existem nesse mercado de ideias. Eu diria que essa é a face virtuosa da globalização, a qual é uma certa universalização dessa ideia de Direitos Humanos.

E, embora nós todos, ou eu pelo menos, mas creio que nós todos sejamos respeitosos da ideia de multiculturalismo, e que cada povo deve poder praticar a sua cultura, eu pessoalmente também sou militante da ideia de que existe uma reserva mínima de justiça representada pelos Direitos Humanos que deve ser universalizada, não com as Forças Armadas, mas num debate de ideias e de persuasão.

Feito esse breve registro, Presidente, apenas, esse tema me interessa desde a minha tese de titularidade feita em outra vida, na década de 90, eu estou acompanhando o Ministro Luiz Fux, porque entendo que a audiência de custódia está prevista no item 7.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e que, portanto, basicamente o que faz o ato impugnado é regulamentar, porque não é nem internalizar, porque a convenção já foi internalizada, de longa data, pelo Decreto nº 678 - até anotei, ela foi internalizada não...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso, 678, de 6/11/1992.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - De 1992, foi internalizada com atraso, Ministro Celso, porém, não tarde demais.

ADI 5240 / SP

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Por óbvias razões, **eis** que o País se achava, *naquele momento histórico*, sob a égide de um regime cujos curadores notabilizaram-se pela supressão das liberdades públicas e pela intensificação do modelo despótico que asfixiou os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Por motivos compreensíveis, porque vigia o regime militar no Brasil.

Portanto, não há necessidade de internalização, ela já é norma eficaz no plano do Direito brasileiro. E, de acordo com o estado da arte da jurisprudência do Supremo, é uma norma internalizada com **status supralegal**.

Houve esse debate rico, lembro-me bem de que o Ministro Marco Aurélio não se pronunciou e disse: não há, não preciso me pronunciar sobre isso para decidir essa questão, reservo-me para falar mais adiante. E vamos voltar a esse debate, como lembraram o Ministro Fux e Ministro Luiz Edson Fachin.

Dessa forma, a Resolução do Tribunal de Justiça meramente regulamenta uma norma que já vigia no Direito brasileiro sem **status constitucional**, de acordo com a jurisprudência do Supremo.

Assim, é manifestamente incabível, nessa parte, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, como penso, acompanhando, então, o eminentíssimo Relator nessa e na restante conclusão, quanto à parte que conheceu e negou procedência.

É como voto, Presidente.

20/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, a questão da natureza do Pacto de São José da Costa Rica surge, na verdade, porque a convenção trata de direitos humanos. Se tratasse de outros temas, penso que não haveria dúvida a respeito da sua natureza equivalente à lei ordinária, e há afirmação do Supremo Tribunal Federal, desde muito tempo nesse sentido.

A questão surgiu com a Emenda nº 45, que veio a conferir certas características especiais às convenções sobre direitos humanos. Essa convenção foi anterior à Emenda nº 45, por isso que se gerou debate. Mas, mesmo que seja considerada, como reza a jurisprudência do Supremo, uma norma de hierarquia supralegal (e não constitucional), penso que o controle - que se poderia encartar no sistema de controle da convencionalidade - deve ser exercido para aferir a compatibilidade da relação entre uma norma supralegal e uma norma legal. E o exercício desse controle só pode ser da competência do Supremo Tribunal Federal.

De modo que não vejo nenhuma dificuldade em exercer esse controle de convencionalidade no caso concreto.

Independentemente da determinação do Pacto de São José da Costa Rica e do próprio Código de Processo Penal, como mostrou o Relator, existem certas situações em que a apresentação do preso imediatamente ao juiz decorre da natureza do delito pelo qual ele é acusado e da funcionalidade do próprio sistema.

Hoje mesmo estamos discutindo o art. 28 da Lei de Drogas. E o § 2º do art. 28 estabelece:

"Art. 28.....

§ 2º - Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente."

ADI 5240 / SP

Quando ele fará isso? Ele fará isso imediatamente depois da prisão. Não há outro modo de efetivar essa competência adequadamente, porque, dessa decisão do juiz, depende necessariamente a manutenção da prisão ou não. Essa decisão deve ser tomada imediatamente. Ou seja, há certas circunstâncias que impõem a apresentação do preso imediatamente, como é o caso.

Portanto, vou acompanhar o Relator. Eu apenas acrescentaria que se impõe, por coerência, não apenas que se recomende aos Tribunais que adotem a audiência de apresentação do preso, mas que, de alguma forma, se incentive para a aplicação imediata e universal. Se esse é um direito do preso, que decorre da Convenção Americana dos Direitos Humanos - e é isso que estamos dizendo -, é importante que a implementação desse direito se faça imediatamente. Eu suponho que o CNJ esteja tomando providência, mas, talvez, seja recomendável editar uma regulamentação em caráter nacional, pelo menos para estabelecer normas gerais que possam ser aplicadas por todos os Tribunais de Justiça, Tribunais Federais e Militares, se for o caso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro, agradeço o voto excelente de Vossa Excelência, sempre muito objetivo e também pleno de aspectos pragmáticos, apenas para dizer-lhe que o CNJ está se reservando um pouco para regulamentar a matéria, porque ele quer verificar quais são os pontos positivos e negativos das várias experiências locais.

Quero assinalar, desde logo, que o Espírito Santo tem uma experiência excepcional nessa matéria. Como foi dito da tribuna, é um dos Estados que melhor leva a cabo a audiência de custódia. Inclusive, a Defensoria Pública, a meu ver, merece os parabéns desta Corte pelo esforço que tem empreendido no sentido de aperfeiçoar, ao máximo, essa experiência.

Então, haurindo a experiência de todos os Estados, quem sabe até o final do ano, nós pretendemos apresentar ao Plenário do CNJ uma regulamentação a nível nacional, aproveitando essas experiências todas.

Agradeço a vossa excelência.

20/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

D E B A T E

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, um breve comentário sobre uma questão técnica levantada pelo Ministro Teori.

Em rigor, a impugnação recai sobre o ato normativo do Tribunal de Justiça de São Paulo, e não houve invocação, como paradigma, da Convenção Interamericana. Portanto, a minha posição pelo não conhecimento é porque se trata claramente de um ato infralegal e secundário, pois o ato primário é a Convenção internalizada. Dessa forma, nós não estabelecemos aqui uma discussão se é possível ou não utilizar a Convenção Internacional como parâmetro, como paradigma para a verificação de constitucionalidade, que é uma outra discussão.

Aqui, eu me manifestei - e acompanhando o Ministro Fux, que também se manifestou assim - pelo caráter normativo, secundário da Resolução do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu também estou acompanhando o Ministro Fux. Apenas fiz o comentário, porque esse assunto da hierarquia da Convenção foi debatido.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas a Resolução cita diretamente a Convenção.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Agora, se o Tribunal se animasse a determinar a todos os Estados, a todo o Judiciário que adotasse providências para colocar essa experiência em prática, eu louvaria; acho que daríamos um passo, inclusive, importante; ou recomendasse....

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu sugiro, porque entendo que isso seria **extra petita**.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 62 de 83

ADI 5240 / SP

(PRESIDENTE) - Isso.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 63 de 83

20/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu estou acompanhando o eminente Ministro-Relator. Eu só perguntaria exatamente o fecho, a parte dispositiva proposta por Sua Excelência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sua Excelência conhece em parte e, na parte conhecida, julga improcedente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Conhece em parte e na parte conhecida, julga improcedente?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Julga improcedente.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Eu, na verdade, acompanho, então, o eminente Relator, resguardando a minha posição pessoal para debate, justamente com relação a esse tema que diz com a própria a hierarquia dos tratados internacionais. No caso, o Pacto de São José da Costa Rica já assegura, como foi muito bem definido aqui, a essa audiência, que nós agora vamos chamar de apresentação, de uma maneira muito mais adequada, do réu, ou do investigado.

Então, estou acompanhando, mas, no momento - considerado, como diz o Ministro Luís Roberto, o estado atual da arte da jurisprudência do Supremo -, a atribuir um caráter supralegal, apenas, ao tratado, resguardada minha posição pessoal a respeito.

#####

20/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, eu tenho a impressão de que procurei ser minimalista, porque há uma repercussão geral para esse fim.

O voto do Ministro Gilmar tem sessenta oito páginas, o voto do Ministro Celso tem cinquenta cinco, e nós estamos julgando uma questão específica.

Então, esse tema vai entrar com uma nova composição, um outro debate.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E que, de certa forma, Ministro, foi impactada por uma mudança constitucional.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Pois é, mudança constitucional.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Que passou prever um rito específico para os tratados de direitos humanos. Portanto, há variáveis novas e relevantes.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Exatamente. Na verdade, nessa questão, eu procurei utilizar como premissa a jurisprudência atual que está prevalecendo, que é voto do Ministro.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Agora, só refletindo em voz alta: ainda que esse Tratado seja anterior à Emenda 45, nós podemos pensar se as normas penais, *in bonam partem*, não retroagem também.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É, o Ministro Celso fala em bloco de constitucionalidade. É um voto - como todos os votos do nosso Decano - extremamente convincente, mas tem de ficar para a hora certa, porque isso aqui poderia.....

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - É claro, sem dúvida.

20/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministro Fux, eu queria saber: qual é o ponto que Vossa Excelência não conhece?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, eu entendo, eu conheço em parte, porque, nessa parte em que a petição inicial assenta que há um conflito entre o Código de Processo Penal e o provimento, eu acho que isso é um confronto de ilegalidade. O provimento pode até ter uma menção à convenção; a menção à convenção nos serve de fundamento para nossa conclusão.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Acho que o debate é extremamente oportuno e importante, inclusive, agora o ponto que Vossa Excelência mencionou - queria cumprimentá-lo pelo voto - e também para o ponto ao qual chama atenção o ministro Teori, que é essa questão do possível controle de convencionalidade, que dizer, como nós vamos lidar com isso a partir da própria jurisprudência do Tribunal.

Mas há um outro ponto que eu já tinha até anotado em textos e, na verdade, é até um processualista alemão que chama a atenção tendo como base Werner Beulke. Ele chama a atenção para a Convenção, a influência da Convenção Européia de Direitos Humanos no Direito Penal e no Direito Processual Penal. E, aí, é até uma coisa curiosa, embora as normas não tenham força normativa, como regra geral etc., ele até faz uma anotação direta, mas nos diz: essas normas começam a ser lidas com o conteúdo - as normas constitucionais, como, por exemplo, a cláusula do devido processo legal - que lhes dá um dado tratado ou Convenção Internacional.

Então - é curioso -, ele diz o seguinte:

ADI 5240 / SP

"A adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos por muitos países fez com que ocorresse expansão singular de direitos e garantias nela contemplados no âmbito europeu."

Muitas dessas questões, inclusive, acabam chegando ao Tribunal de Estrasburgo.

"Mediante uma interpretação dos direitos fundamentais previstos na Constituição em conformidade com as disposições da Convenção Europeia, tem-se hoje uma efetiva ampliação do significado dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos ou quase uma ampliação dos direitos positivados na Constituição. Tendo em vista a práxis dominante na Alemanha, observa Werner Beulke que tal orientação culmina por conferir supremacia fática da Convenção Europeia em face do direito alemão."

E aí ele diz:

"Alguns direitos relevantes reconhecidos na Convenção Europeia de Direitos Humanos: proibição de tortura; direito à liberdade" - considerando que a Constituição alemã não é tão detalhada em matéria de garantias constitucionais processuais - "e à segurança, especialmente o direito de imediata apresentação do preso para aferição de legitimidade de eventual restrição à liberdade (...)"

No caso, esse dispositivo específico consta, de qualquer forma, da Constituição alemã.

"(...) direito ao devido processo legal (fair trial), especialmente a um processo submetido ao postulado da celeridade; direito à imediata informação sobre a forma (tipo penal) e a razão (fato) da acusação; direito à assistência gratuita" - no caso deles é importante - "de tradutor ou intérprete; direito à assistência jurídica; direito de inquirir ou de fazer inquirir as testemunhas de acusação;" - princípio da

ADI 5240 / SP

*legalidade em sentido estrito, em matéria penal, no que concerne à tipificação de condutas e à culminaçāo legislativa de sanções - (*nulla poena sine lege*); abolição da pena de morte.*

Registra Beulke que o direito ao devido processo legal contemplado no artigo 6º da Convenção configura direito de caráter geral abrangente dos direitos especiais que deles derivam.

Eu estava, nesse contexto, então, especulando se, a rigor, com as mesmas premissas, não seria devido, a partir da admissão da Convenção Interamericana, ler o disposto, por exemplo, aqui, na cláusula do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV) - "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" - com o conteúdo que lhe dá a própria Convenção Interamericana, à parte da possibilidade aventada pelo ministro Teori de se fazer, talvez, o contraste direto. Mas o curioso é que, na prática, isso, para o qual ele chama a atenção, passa a ocorrer, porque, internalizada a Convenção, nós passamos a ler o Texto Constitucional, como cláusula do devido processo legal, com esses conteúdos. Portanto, há um tipo de - vamos chamar assim - modificação positiva no sentido de iluminar o conceito jurídico indeterminado como uma cláusula: o princípio do contraditório ou a cláusula do devido processo legal.

Então, apenas pontuando, vou acompanhar Vossa Excelência, mas...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Gilmar, até porque ele não questionou materialmente o dispositivo da audiência de custódia. O questionamento é de natureza formal. A tese é de que isso seria competência da União, e não dos Estados, e que haveria reserva legal. Portanto, não está em jogo o conteúdo material da Convenção.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

ADI 5240 / SP

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Claro!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Por isso, penso, Presidente, que deveríamos ficar na extinção pura e simples do processo. A norma se mostra realmente secundária, como ressaltou o ministro Luís Roberto Barroso, no tocante à Convenção Internacional e ao disposto no artigo 306 do Código de Processo Penal, que prevê a apresentação, em vinte e quatro horas, do preso ao juiz.

Deve-se manter a jurisprudência do Tribunal e não vislumbrar, no caso, ato abstrato autônomo formalizado, editado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e extinguir, simplesmente, o processo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Na verdade, não acredito que seja juízo de secundariedade, não. O próprio ato invoca a Convenção no preâmbulo e depois também em seu articulado.

Agora, em relação a esse ponto, para mim parece evidente, ele está dizendo: é inconstitucional, porque não foi legislação federal. Qual seria a resposta? Não é inconstitucional, porque há legitimidade por parte inclusive da Convenção.

Então, o juízo que nós temos de emitir é, de fato, de improcedência do pedido, porque nós estamos a dizer: o ato é materialmente constitucional. Quanto ao fato de ele ter ou não se insurgido contra a Convenção, também isso não é relevante, porque aqui a *causa petendi* é aberta.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, mas nós estamos dizendo que a Resolução, que é um ato normativo secundário que meramente disciplina o que já vige.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Mas eu tenho a

ADI 5240 / SP

impressão de que - vamos assim - a postura mais consequencialista teria um efeito muito mais pedagógico. Eu não me oporia de, eventualmente, nós partirmos para um resultado mais...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Aí eu vou votar divergente, porque a minha tese é: um ato normativo secundário do Tribunal de Justiça regulamentou um instituto que já está internalizado no Direito brasileiro por uma norma infraconstitucional. Portanto, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não cabe controle de constitucionalidade em ação direta. É um ato normativo secundário que sequer questiona, do ponto de vista material, a audiência de custódia. Ele menciona a audiência de custódia apenas para dizer, sem explicar, que, diante da Convenção de Costa Rica, houve impropriedade no meio empregado no provimento conjunto. Portanto, não há nenhuma objeção ao conteúdo material da Convenção para que se faça um controle de convencionalidade se nós evoluíssemos para achar que cabe. A questão aqui é bem mais simples: um ato normativo secundário provimento de Tribunal que não inovou no ordenamento.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - E a *ratio decidendi* vai explicitar que é legal essa audiência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, a minha tese é: trata-se de um provimento de Tribunal que não inovou no ordenamento jurídico, tem caráter secundário e não comporta apreciação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Foi o que eu defendi.

Até porque, se nós levássemos para o plano da constitucionalidade, o Tribunal não teria

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Perdão, mas aí há uma série de impugnações da inicial,

ADI 5240 / SP

por exemplo, há uma impugnação ao princípio da separação dos Poderes.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não é disso que se cuida. Tanto que, na verdade, essa prática só começa a ser desenvolvida a partir da expedição da Resolução.

Aqui, é um raciocínio de saber se esse ato normativo tem o condão de inovar algo na ordem jurídica. Sim! Como reconhecemos, por exemplo, na jurisprudência do Tribunal, que pareceres da Consultoria-Geral da República eram passíveis de conhecimento no âmbito, porque tinham conteúdo normativo capaz de inovar algo na ordem jurídica. E é o que estamos reconhecendo aqui, porque, até então, isso não se implementava.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Acontece que não inovou. Aí é que está o problema.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não se implementava, mas a norma já vigia, a Convenção vige no Brasil desde 92. Era não efetiva, mas vigente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A convenção e, também, o artigo 306 do Código de Processo Penal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E não conhecer, como disse o ministro Fux, tem uma outra consequência: nós vamos deixar essa questão sendo discutida no regime do sistema difuso, se há contestação dos delegados, poderá haver, daí a importância exatamente do esclarecimento dessa matéria.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Nós estamos dizendo exatamente o contrário. Nós estamos dizendo: já é norma vigente e que está sendo tardivamente implementada. É isso que

ADI 5240 / SP

estou dizendo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas é que se nós não conhecemos ou, enfim, entendermos que a matéria é infraconstitucional.....

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Nós não estamos conhecendo, porque já existe norma tratando dessa matéria, e a norma secundária não inovou.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Devemos superar a questão da secundariedade e reconhecer a plena constitucionalidade do ato. Essa é a minha posição, que coincide com a do Relator.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Perdão, inclusive, se me permite, eu vendo aqui a inicial, até subscrita pelo eminente Vladimir Reale, que é um grande advogado, representando a ADEPOL, ele formula duas ofensas à Constituição, claramente. Em primeiro lugar, diz que ofendeu à competência federal para legislar sobre Direito Processual e o princípio da legalidade, portanto, também estaria sendo ofendido. E depois ele alega ofensa ao princípio da divisão de Poderes. E nós aqui estamos afirmando que não há, embora conhecendo apenas parcialmente da questão.

Eu penso que, do ponto de vista prático e do ponto de vista didático, pedagógico, seria muito importante que nós adotássemos a conclusão do eminente Relator para...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Senhor Presidente, agora até, vamos dizer assim, raciocinando, essa é uma ação proposta contra o provimento do Estado de São Paulo. Não me consta que isso vá vincular mais alguém, não é verdade? Agora, eu vou sugerir, em **obiter dictum**, que essa prática seja adotada.

ADI 5240 / SP

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - E todos nós estamos endossando, aqui e agora, a conveniência da audiência de custódia e da generalização pelo País da aplicação da Convenção Interamericana. Portanto, essa tecnicalidade que nos impede de ir ao mérito não nos impede de deixar inequivocamente clara a nossa posição sobre a importância da audiência de custódia, como tem pregado o nosso Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - E vai constar da ementa e do acórdão: a legalidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É. Claro. A jurisprudência do Tribunal consagra essa ideia.

Veja, se estivéssemos nessa relação, que não é do que se cuida, um regulamento, tecnicamente, que desborda de uma lei, ele não é só ilegal, ele é constitucional. Mas por que se opta por esse nosso modelo? Por uma jurisprudência defensiva. Tanto é que, por exemplo, no modelo austriaco, admite-se exatamente o controle de constitucionalidade do regulamento em face da lei, por considerá-lo constitucional. Tanto é que o Tribunal, toda a vez que esteve diante de situações mais extremadas, a despeito da jurisprudência, optou por conhecer da ADI contra o ato regulamentar, exatamente para não deixar essa perplexidade.

Por outro lado, se nós não nos pronunciarmos e entender pelo não conhecimento, na verdade, não vamos ter nem dos efeitos da coisa julgada, nem da eficácia *erga omnes*, nem do efeito vinculante da decisão.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Com todas as vêrias, nós temos o efeito de uma norma em vigor - artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos, Direito à Liberdade Pessoal, artigo 7º, I, V:

ADI 5240 / SP

"Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável (...)"

Portanto, o que eu estou dizendo é que esta é uma norma devidamente internalizada no Direito brasileiro e que não foi objeto de nenhum tipo de impugnação. Então, essa é a norma. O que Vossa Excelência tem feito nos últimos tempos é dar efetividade a essa norma, mas a norma já existe.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, então, vou superar a questão do conhecimento e, no mérito, vou acompanhar o voto do ministro Fux, ressaltando esse aspecto importante, a meu ver, de que de fato, devemos ler, sim, cláusula como a do devido processo legal, com o conteúdo que lhe empresta, na espécie, o texto da Convenção, que determina que o preso seja imediatamente apresentado ao juiz.

E, aí, também entendo que Sua Excelência poderia deixar assente, à guisa de tese, tal como insiste o ministro Barroso, a obrigatoriedade, como se estivéssemos assentando, sim, os fundamentos determinantes, porque, claro, a decisão que nós estamos a assentar é a decisão de São Paulo, evidentemente, mas assentar também que é dever proceder-se à apresentação do preso ao juiz.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Nessa parte, eu estou de pleno acordo, quer dizer, no efeito prático, no que se produz de resultado, eu acho que estamos todos de acordo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - É, eu, inclusive, assento que é um direito fundamental, afirmei que é um direito fundamental; na dimensão objetiva, tem que fazer alguma coisa para realizar esse direito fundamental, e vou colocar na ementa, e não vai haver dúvida alguma.

ADI 5240 / SP

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Pronto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu colocaria exatamente a tese final para dar a abrangência que Sua Excelência pretendia desde o início.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A tese, em **obiter dictum**, mas com ratificação de todos de que esse dispositivo da Convenção Interamericana é internalizado e deve ser respeitado, todo estamos de acordo. E Vossa Excelência colocá-la no voto, eu acho que fará diferença para bem.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ele é fundamento do voto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O ministro Celso inclusive chama a atenção de que alguns Ministérios Públicos estaduais estão contra a orientação que foi adotada, o que causa exatamente a litigiosidade.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Penso que a formulação de um juízo **negativo** de cognoscibilidade da presente ação direta **faria crescer a situação de litigiosidade** em torno do Provimento Conjunto TJSP nº 03/2015 e, em *última análise*, do próprio instituto da audiência de apresentação, designação que prefiro à expressão “*audiência de custódia*”.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Vossa Excelência tem razão. Não só, e alguns policiais civis e alguns Estados também, por razões até que desconheço.

Então, seria muito importante que o Supremo dirimisse, de uma vez por todas, essa questão para que não houvesse mais, enfim, controvérsias no plano do controle difuso de constitucionalidade.

20/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, observo a organicidade e a dinâmica do Direito. Antes de adentrar o mérito propriamente dito, devo examinar o objeto do controle concentrado de constitucionalidade: se, no caso, a inicial está dirigida contra ato abstrato autônomo, ou se está dirigida, como sustentado pela Procuradoria-Geral da República, contra ato secundário.

Logicamente, a vinda da ADEPOL ao Supremo está ligada ao artigo 1º do ato do Tribunal de Justiça de São Paulo, porque, quanto ao mais, não teria a ADEPOL legitimidade para impugnar esse ato, ato primeiro que, alega-se, implicou a normatização de tema processual, a normatização, repito, abstrata e autônoma.

Constatou que, no caso, não inovou o Tribunal de Justiça no campo normativo. Simplesmente, em observância a uma convenção internacional, diria também, em observância ao disposto no artigo 306 do Código de Processo Penal, previu a realização da audiência de custódia. Para que ocorra essa audiência de custódia, indispensável é que esteja presente o preso em flagrante. O que nos vem do § 1º do artigo 306?

"§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas" – prazo previsto no ato do Tribunal de Justiça de São Paulo –, "após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante..."

Em interpretação integrativa, há de haver apresentação do preso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Ministro Marco Aurélio, até pedindo vênia a Vossa Excelência, concordando e pedindo vênia, no afã de sintetizar a controvérsia, eu, por exemplo, nessa mesma linha de pensamento de Vossa Excelência, eu concluí aqui no voto:

"Deveras, o prazo de 24 horas para apresentação do preso decorre de duas normas processuais, quais sejam, as inscritas nos artigos 306, § 1º, e 660, *caput*, do CPP."

Eu fiz incluir exatamente esse raciocínio que Vossa Excelência está desenvolvendo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Agora, penso,

ADI 5240 / SP

Presidente, que não devemos, tendo em conta o móvel, que seria acolher, como muito profícua, a audiência de conciliação, excepcionar o que temos feito no dia a dia e admitirmos o controle concentrado de constitucionalidade, mesmo porque o Supremo não é órgão consultivo. Temos de decidir a matéria tal como colocada. Trazida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, revela que se quer infirmar ato secundário, não ato primário. Por isso, concluo pela extinção do processo sem julgamento da matéria de fundo.

Digo mais: se admitida a ação, se se entender que o Tribunal de Justiça de São Paulo inovou no campo normativo, com toda vénia, em que pese a valia das audiências de conciliação, terei que acolher o pedido. Não poderei fugir dessa conclusão, porque decorre da lógica. Tribunal não legisla sobre matéria processual.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ministro Marco Aurélio, a observação é muito importante, Presidente. Se acolhermos essa tese, aí, então, vamos ter que considerar que, só por nova lei, é possível instituir isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, e que, no caso, teria o Tribunal se imiscuído na administração da própria Polícia, ou seja, lançado, no cenário normativo, ato abstrato, autônomo, compelindo os delegados de polícia a procederem dessa ou daquela forma.

Assento, Presidente, que, no caso, tem-se que examinar apenas o que foi questionado pela ADEPOL – e presumo que tenha sido atacado, porque raciocino considerada a ordem natural das coisas –, a determinação de apresentação, e, considerado o artigo, vou repetir: não inovou o Tribunal de Justiça no campo da normatividade; simplesmente considerou a Convenção Internacional, de há muito acolhida pelo Brasil, e também o disposto, ante a última reforma do Código de Processo Penal, no parágrafo, a que me referi, do artigo 306.

Concluo pela extinção e, já adianto: se o Tribunal admitir o controle, terei voto no mérito e caminharei no sentido de acolher o pedido formulado pelo requerente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 77 de 83

ADI 5240 / SP

(PRESIDENTE) - Então, Vossa Excelência não conhece da Ação?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, extingo o processo sem julgamento do mérito.

E, vencido nessa parte, Presidente, como não imagino que Tribunal possa disciplinar tema processual, da competência exclusiva da União -, acolho o pedido formulado.

20/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço *vénia* para acompanhar, *integralmente*, o voto do eminente Ministro Relator. Desse modo, **conheço** da presente ação direta de inconstitucionalidade para, *em consequência*, julgar improcedente o pedido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Esse não é o voto do Relator, a menos que ele tenha mudado. Ele conhece em parte.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Tive a impressão de que o Ministro LUIZ FUX teria alterado, em momento posterior, a parte dispositiva de seu voto.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Basicamente, a minha proposição é consequencialista. Então, a minha proposição foi exatamente a de manter a higidez dessas audiências de custódia.

Mas tecnicamente entendi que a fundamentação trazida foi do confronto do provimento com a norma suprallegal, e não com a Constituição Federal, e, portanto, não haveria aí fundamento para o controle de constitucionalidade. O resultado vai ser basicamente o mesmo, porque, de uma maneira ou de outra, nós vamos manter a higidez da audiência de custódia.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Imaginei que Vossa Excelência houvesse evoluído no sentido do conhecimento integral da presente ação direta.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Não, eu fiquei bem impressionado com a tese do Ministro Gilmar de que está encartada,

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 79 de 83

ADI 5240 / SP

dentro da cláusula do devido processo legal, a apresentação do preso vinte quatro horas depois.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Com esse esclarecimento do Relator, Senhor Presidente, **acompanho** o dissenso parcial registrado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu acho que o Ministro Gilmar me acompanhou, sem prejuízo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu tinha entendido que nós tínhamos acompanhado.....

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Uma solução de compromisso, ele ia deixar explícita a posição de que é geral.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Eu vou deixar explícita a posição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência não está conhecendo em relação ao contraste com o Código de Processo Penal?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Exato.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Só isso?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Só. É isso.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Os elementos adicionais, *agora bem explicitados* pelo eminentíssimo Relator, **permitem-me** acompanhar Sua Excelência **para confirmar, no plano material, a inteira validade jurídico-constitucional** do Provimento Conjunto nº 03/2015 do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **que se limitou, de modo**

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 80 de 83

ADI 5240 / SP

plenamente legítimo, a conferir efetividade ao que dispõe o Artigo 7º, item n. 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista a circunstância de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais revestem-se, em nosso sistema normativo, de aplicabilidade direta e imediata (CF art. 5º, § 1º).

É o meu voto.

20/08/2015

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu acompanho integralmente também, *data venia*, o voto do eminente Relator.

Eu vejo que a inicial tem duas partes. Uma parte, em que se alega um conflito com o Código de Processo Penal. Então, nesse âmbito, Sua Excelência, o Relator, não está conhecendo, porque é matéria infraconstitucional claramente. Todos eles, inclusive o Ministro Barroso aqui acaba de me mandar uma mensagem pela intranet, dizendo que acompanha integralmente Vossa Excelência. Então, nessa parte, dou razão ao ministro Marco Aurélio - em parte também -, porque não podemos conhecer, como temos feito, é matéria absolutamente inconstitucional.

Aqui, o autor desta Ação de Inconstitucionalidade diz claramente o que o provimento do Estado, do TJ de São Paulo, pretende é criar normas de competência, de capacidade e modos de agir de agentes públicos para realização de atos de natureza processual que conflitam com o Código de Processo Penal. Portanto, essa é matéria infraconstitucional não podemos conhecer.

Mas, quando o subscritor da inicial alega que há ofensa - expressamente, ele consigna isso ao art. 22, inciso I, da Constituição -, em que ele pretende dizer que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal Processual, dentre outras matérias que esse inciso abriga, ele está implicitamente dizendo que o Pacto de São José de Costa Rica não tem a normatividade suficiente para se tornar autoaplicável, no que eu entendo que, evidentemente, o autor está equivocado. Além disso, ele invoca ofensa ao princípio da Separação dos Poderes, ofensa ao Princípio da Legalidade e também ofensa ao próprio Princípio Federativo.

Nesse aspecto, eu acompanho Vossa Excelência para dizer que há,

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 82 de 83

ADI 5240 / SP

sim, *data venia*, matéria constitucional nesse caso, a ser discutida pelo Plenário.

Conheço, em parte, tal como Vossa Excelência, e julgo improcedente a Ação.

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 83 de 83

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.240

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL - ADEPOL-BRASIL

ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) : CORREGEDOR-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO NACIONAL DOS POLICIAIS FEDERAIS - FENAPEF

ADV.(A/S) : CEZAR BRITTO E OUTRO(A/S)

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AM. CURIAE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, conheceu em parte da ação e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido, vencido o Ministro Marco Aurélio, que preliminarmente julgava extinta a ação e, no mérito, julgava procedente o pedido formulado. Falaram, pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Antonio Ezequiel Inácio Barbosa, Defensor Público Federal, e, pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, o Defensor Público-Geral do Estado, Dr. Leonardo Oggioni Miranda. Ausentes, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da 2ª Assembleia Geral e Conferência Internacional da Associação Mundial de Órgãos Eleitorais, organizadas pela Associação Mundial de Órgãos Eleitorais (AWEB), e a Ministra Cármen Lúcia, participando do 11º Fórum Brasileiro de Controle da Administração Pública, no Rio de Janeiro/RJ. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 20.08.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário