

Ocorrência nº 278/152907/2019

Thiago Dias da Cunha

Juiz de Direito

PLANTÃO JUDICIÁRIO

Ocorrência nº 278/152907/2019

Vistos.

Em tela, Auto de Prisão em Flagrante de XXXX.

Analisando o expediente, verifico que foram cumpridas todas as formalidades previstas nos artigos 304 e 306 do CPP.

Nesse passo, não havendo irregularidades ou vícios no ato da Autoridade Policial, HOMOLOGO a prisão em flagrante de XXXX.

Outrossim, entendo presentes os requisitos da prisão preventiva.

Como vê do relato do auto de prisão em flagrante, a gravidade em concreto é elevada, isso porque a conduta do flagrado terminou por ceifar a vida da vítima XXXX.

Não bastasse, não é possível extrair, neste momento processual, que o fato tenha sido praticado em contexto de legítima defesa. O próprio flagrado refere que, após pegar uma faca na cozinha, a vítima fugiu. Contudo o flagrado a perseguiu e, ato contínuo, deu quatro ou cinco facadas nela.

Em arremate, XXXX informou que era amigo da vítima e que esteve num bar com ela horas antes. Ora, é evidente que um indivíduo que mata um amigo a facadas é perigoso socialmente (o que não faria ele contra aqueles que não são seus amigos?), pelo que há que se acautelar o meio social.

Ante o exposto, com fundamento nos arts. 310, II, 312 e 313, I, todos do CPP, DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA de XXXX para garantia da ordem pública.

- Da audiência de custódia

Deixo de designar a audiência de custódia em razão da inconstitucionalidade da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.

Ressalto que, em nossa ordem constitucional, qualquer membro do Poder Judiciário é competente para declarar, em caráter incidental, a inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo do Poder Público – competência constitucional que ora exercito.

Com a edição da referida resolução, o CNJ extrapolou a missão que lhe foi outorgada pelo Constituinte Derivado (controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura – art. 103-B, § 4º, da CRFB/88) e invadiu competência privativa do Congresso Nacional para legislar sobre matéria processual penal (arts. 22, I, *c/c* 48, *caput*, da CRFB/88).

Além disso, nenhum dos incisos do art. 103-B, § 4º, da CRFB/88 (que estabelece as atribuições do CNJ) possibilita que seja imposta a adoção de rotinas ou procedimentos não previstos em lei pelos tribunais, o que também viola a garantia de autogoverno dos tribunais, proclamada no art. 96 da Carta Republicana.

Ainda que se cogite que a Resolução 213 apenas regulamentou um direito previsto em tratado internacional (o que, particularmente, entendo não ser a hipótese), tal providência, por disposição do próprio constituinte originário, pode ser adotada apenas pelo Congresso Nacional. Ou, para sanar eventual omissão legislativa, deve-se provocar o Poder Judiciário por meio de mandado de injunção – do que não se tem notícia.

Registro que eventual importância do instituto para alguns setores não tem o condão de convalidar a forma inconstitucional de sua implementação – os fins não justificam os meios, a despeito da eventual nobreza do resultado almejado.

Na verdade, a relativização do Princípio da Legalidade (garantidor de que qualquer obrigação a ser imposta ao Estado ou ao indivíduo, antes de entrar em vigor, passe pelo crivo de representantes dos mais diversos setores da sociedade) constitui-se em perigoso precedente.

Em acréscimo, a resolução 213 do CNJ cria obrigações para instituições e entidades externas ao Poder Judiciário (Ministério Público, Defensoria Pública, Polícia Civil, Polícia Militar e órgãos gestores do Sistema Prisional) o que também é incompatível com a competência constitucional do referido colegiado e ao arrepio da separação dos Poderes.

Ainda nessa senda, a autonomia administrativa e funcional do Ministério Público (art. 127, § 2º, da Constituição Federal) e da Defensoria Pública (art. 134, § 2º, da Constituição Federal) não pode ser relativizada por norma sem caráter de lei formal e advinda de órgão a que tais instituições não estão vinculadas.

Sem contar que a realização das audiências de custódia, nos prazos regulados, acarretará em vulneração de prerrogativas do Ministério Público e da Defensoria Pública, dado que, na maioria dos casos, não haverá tempo hábil para intimação pessoal com vista dos autos previamente à realização do ato.

Daí exsurge outro perigosíssimo precedente. E fica a indagação: quais serão as outras garantias e prerrogativas do Ministério Público e da Defensoria Pública que serão suplantadas por ato administrativo?

Por essas razões, com fundamento nos arts. 2º; 5º, LXXI; 22, I; 48, *caput*; 96; 103-B, § 4º; 127, § 2º e 134, § 2º, todos da CRFB/88, declaro incidentalmente a inconstitucionalidade da Resolução 213 do CNJ e, por tal razão, deixo de designar audiência de custódia.

Cabe o registro, outrossim, de que o Superior Tribunal de Justiça, corte superior com competência para uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional (o que inclui os tratados internacional com status supralegal) possui entendimento pacífico de que a ausência da audiência de custódia não acarreta ilegalidade da prisão. Por todos, colho o seguinte precedente:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. De acordo com o entendimento da Quinta Turma desta Corte, a sentença penal condenatória superveniente, que não permite ao réu o recurso em liberdade, somente constitui novo título quando

trouxer fundamentos diversos daqueles utilizados na decisão que decretou a prisão preventiva (RHC 56.073/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/8/2015). 2. **A não realização da audiência de custódia, segundo pacífico entendimento desta Corte, não tem o condão de ensejar a nulidade da prisão em flagrante, sobretudo quando posteriormente convertida em preventiva, nos termos do art. 312 do CPP.** 3. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. 4. No caso dos autos, a recorrente é reincidente específica e já se envolveu em outras ocorrências delitivas, o que justifica sua segregação cautelar para garantia da ordem pública, como forma de evitar a reiteração delitiva. 5. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. STJ. RHC 90346/MG. Quinta Turma. Rel. Ministro Ribeiro Dantas. Publicação: DJe 14/11/2018. (grifei)

Também, como amplamente divulgado na imprensa, houve a recente prisão do Governador do Rio de Janeiro decretada pelo Superior Tribunal de Justiça sem que fosse realizada audiência de custódia, o que demonstra cabalmente que a citada corte superior entende pela sua desnecessidade.

Por fim, ressalvo a possibilidade de que o Ministério Público, a Defensoria Pública ou a OAB (entidades vocacionadas à defesa dos direitos humanos), com base no direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, a, da CF, requeiram a realização de audiência com pessoa privada da liberdade, nos casos em que haja indícios de tortura ou vulneração de direitos fundamentais por ocasião do ato de prisão.

Intimem-se, inclusive o MP.

Comunique-se à Autoridade Policial.

Apense-se ao expediente em que deferidas as medidas protetivas.

Dil.

São Luiz Gonzaga/RS, 19 de janeiro de 2019.