

**Mensagem nº 56**

Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal,

Para instruir o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.305, tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência as informações em anexo, elaboradas pela Advocacia-Geral da União.

Brasília, **17** de **fevereiro** de 2020.

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Frota Neto', is written over a faint, illegible typed name.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA DA UNIÃO

---

**INFORMAÇÕES n. 00024/2020/CONSUNIAO/CGU/AGU**

**NUP: 00688.000053/2020-09 (REF. 0085360-13.2020.1.00.0000)**

**INTERESSADA: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP)**

**ASSUNTO: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6305. Lei 13.964/2019**

**RELATOR: Ministro Luiz Fux**

Senhor Consultor-Geral da União,

**I – DO OBJETO DA AÇÃO**

1. Trata-se de ação de controle concentrado ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) objetivando a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 3º-A, 3º-B (incisos IV, VIII, IX, X e XI, alíneas ‘d’ e ‘e’), parágrafo único do artigo 3º-D, artigos 28, 28-A, incisos III e IV, e parágrafos 5º, 7º e 8º, bem como o parágrafo 4º do artigo 310, todos do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.
2. Segundo a entidade, os artigos impugnados violam o sistema acusatório e os princípios da isonomia, da razoabilidade, da autonomia do Ministério Público e da proporcionalidade.
3. A autora alega que a parte final do art. 3º-A cria vedação somente para a atuação judicial probatória substitutiva da acusação, permitindo a atuação judicial em favor da defesa.
4. Aduz que o art. 3º-B, IV, cria ônus e dever de comunicar à autoridade judiciária a instauração de qualquer investigação criminal, ferindo a autonomia do Ministério Público.
5. Também afirma ferir a autonomia do Ministério Público o art. 3º-B, VIII e IX, ao atribuir ao juiz a decisão de que a investigação deve ser concluída neste ou naquele prazo, bem como por prever o trancamento do inquérito policial sem que haja manifestação do Ministério Público.

6. Em relação ao inciso X do art. 3-B, afirma que o magistrado deve se manter equidistante das partes, somente devendo agir se provocado e jamais incorrer na prática de atos que ensejem questionamentos acerca do cumprimento do princípio do juiz natural imparcial e do princípio da inércia da jurisdição, decorrentes do art. 5º, LIII, da Constituição.

7. A entidade argumenta que o inciso XI do art. 3-B também viola a Constituição ao prever um alargamento por lei ordinária das hipóteses de mitigação das liberdades individuais e dos direitos fundamentais de pessoas investigadas.

8. Já em relação ao art. 3-D, alega violação à autonomia dos Estados para legislar sobre a organização judiciária.

9. Quanto ao art. 28, em que pese a alteração ser elogiável, a parte autora ressalta a falta de razoabilidade no prazo de 30 dias para implementação da norma, uma vez que a medida causará extremo impacto na gestão administrativa e financeira do Ministério Público.

10. A CONAMP aduz que o art. 28-A, III e IV e §§5º, 7º e 8º, desafia a prerrogativa constitucional do Ministério Público, que decorre da sua titularidade exclusiva da ação penal pública, além da própria concepção do sistema acusatório e da imparcialidade objetiva do juiz, bem como estabelece o controle inadequado e inconstitucional do acordo por parte do Magistrado.

11. Por fim, narra que o parágrafo 4º do artigo 310 do Código de Processo Penal padece de inconstitucionalidade ao prever hipótese de soltura automática, com fixação de prazo inflexível, e ao mesmo tempo permite o decreto de prisão preventiva sem a realização da própria audiência de custódia.

12. A ação foi ajuizada em 20 de janeiro de 2020 e o processo distribuído para a relatoria do Ministro Luiz Fux, que determinou a notificação do Presidente da República para prestar informações, em despacho com a seguinte determinação:

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, tendo por objeto os artigos 3º-A; 3º-B, incisos IV, VIII, IX, X e XI; 3º-D, parágrafo único; 28, caput; 28-A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º; e 310, §4º, do Código de Processo Penal, todos introduzidos pela Lei n.13.964/2019, no bojo do que se denominou “Pacote Anticrime”.

Colham-se informações das autoridades requeridas, no prazo de 5 dias. Após esse prazo, dê-se vista ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, sucessivamente, para que cada qual se manifeste na forma da legislação vigente.

Esgotado o prazo, retornem os autos conclusos.

Publique-se.

13. A Subchefia para Assuntos Jurídicos da Secretaria-Geral da Presidência da República apresentou suas informações por meio da Nota SAJ nº 40/2020/CGIP/SAJ/SG/PR.

## II- PRELIMINAR

### Da ilegitimidade ativa pela falta de pertinência temática

14. De início, é importante destacar que, quanto à temática da presente ADI, falta legitimidade à parte autora para figurar no polo ativo, tendo em vista que os dispositivos impugnados não guardam pertinência com os objetivos da CONAMP, associação de representação classista, destinada à defesa dos interesses de categoria profissional, no caso, dos membros do Ministério Público.

15. Embora estejam relacionadas no artigo 103 da Constituição Federal entre os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, as entidades de classe de âmbito nacional possuem legitimidade limitada, não universal para aludido desiderato. É que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consagrou o requisito da pertinência temática como indispensável e inescapável pressuposto de admissibilidade do controle abstrato de normas, quando suscitado pelas entidades referidas no inciso IX do artigo 103 da Constituição Federal.

16. Para a caracterização desse requisito, exige-se a vinculação entre os fins institucionais da entidade autora e as normas impugnadas. Portanto, para serem legitimadas para a propositura de ações de controle concentrado, devem as entidades de classe demonstrar a existência de nexos entre os seus objetivos sociais e o alcance da norma impugnada, que deverá se dar pela via direta, sem mediações.

17. No caso, os objetivos institucionais da CONAMP, como entidade de classe, são as defesas dos interesses da categoria profissional que ela representa, o que não é o caso de uma alteração promovida no Código de Processo Penal.

18. Nesta linha, vejamos o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema:

LEGITIMIDADE UNIVERSAL — ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS. **As associações de magistrados não gozam da legitimidade universal para o processo objetivo, devendo ser demonstrada a pertinência temática.** LEGITIMIDADE — EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA — DISCIPLINA — ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS. As associações de magistrados não têm legitimidade ativa quanto a processo objetivo a envolver normas relativas à execução contra a Fazenda, porque ausente a pertinência temática. (ADI 4400, Relator(a): Mi AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10- 2013) (destacou-se)

Ação direta de inconstitucionalidade. **Falta do requisito da pertinência.** -Têm razão as informações quando sustentam que, no caso, falta um dos requisitos da ação direta de inconstitucionalidade que é o **da pertinência entre a classe que a autora representa -a dos Delegados de Polícia -e o diploma legal impugnado que a essa classe não diz respeito.** -Com

efeito, para que haja essa pertinência é necessário que as normas impugnadas se apliquem, direta ou indiretamente, à classe representada pela entidade autora. -Ora, no caso, isso não ocorre, Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida," (ADI-MC 1464/RJ. Tribunal Pleno, ReI. Min. Moreira Alves, DJ de 13/12/1996, p 50159) (destacou-se)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Legitimidade ativa para oferecimento de representação de inconstitucionalidade. Pertinência temática. Reconhecimento. Inteligência da norma do art. 230. § 2º. da Constituição Federal. **1. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que as entidades de classe e as confederações sindicais somente poderão lançar mão das ações de controle concentrado quando tiverem em mira normas jurídicas que digam respeito aos interesses típicos da classe que representam.** 2. O acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que assegura a gratuidade em transportes públicos urbanos aos cidadãos que possuem mais de sessenta e cinco anos de idade. 3. Agravo regimental não provido. (AI 704192 AgR / RJ -RIO DE JANEIRO. Relator Ministro Dias Toffoli, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 20-06-2012 PUBLIC 21-06-2012) (destacou-se)

19. A ideia da orientação jurisprudencial do STF quanto à pertinência temática em ADI é justamente no sentido de que, se concedida a legitimação universal às entidades supracitadas, passariam elas a exercer um papel que foge, em muito, dos propósitos para os quais elas foram criadas, desvirtuando, inclusive, a sua própria essência.

20. Nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, exige-se uma *"interseção do tema da norma impugnada com os fins institucionais da representação da categoria profissional que a entidade requerente congrega"* (ADI-MC 3.472, Rei. Min. Sepúlveda Pertence). Observa-se que tal entendimento não ocorre no caso da entidade autora.

21. Assim, considerando que a alteração das regras de processo penal não repercute diretamente em direitos ou prerrogativas dos membros do Ministério Público, não há porque falar em legitimidade ativa da entidade supra para a presente ADI, razão pela qual esta deve ser extinta sem resolução de mérito.

### **Da separação de poderes e respeito à vontade do Parlamento**

22. O primado da separação dos poderes, ou, em termos mais técnicos, da separação das funções estatais, considerando a unidade do poder do Estado, é uma das pedras angulares para a manutenção do Estado Moderno. O Ministro Luís Roberto Barroso<sup>[1]</sup> introduz seus ensinamentos sobre a formação do estado constitucional de direito, demonstrando que *"o Estado de direito se consolida na Europa ao longo do século XIX, com a adoção ampla do modelo tornado universal pela Revolução Francesa: separação de Poderes e proteção dos direitos individuais"*.

23. O princípio da separação de poderes encontra-se esculpido no artigo 2º da Constituição Federal, segundo o qual *"são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si,*

*o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".*

24. Dentro dessa visão de funções estatais preponderantes, a edição de atos normativos primários, que instituem direitos e criam obrigações, é função típica do Poder Legislativo. Assim, **a interferência do Poder Judiciário nesse campo deve ser vista de forma excepcional, cabendo somente em situações de flagrante incompatibilidade da norma atacada com a Constituição Federal, o que não ocorre no presente caso, devendo, a nosso sentir, ser respeitada a vontade democrática do Parlamento brasileiro.**

25. Ante o exposto, pugna-se pelo não conhecimento da presente ação direta de inconstitucionalidade, em respeito ao primado da separação de poderes e em homenagem à vontade do Parlamento.

### III - DO MÉRITO

26. Inicialmente, necessário rememorar que a ação direta de inconstitucionalidade tem por finalidade a retirada do ordenamento jurídico de lei ou ato normativo **incompatível** com a ordem constitucional. Assim, não poderá a ação ultrapassar seus fins de exclusão, do ordenamento jurídico, dos atos incompatíveis com o texto da Constituição.

27. Conforme asseverou o Ministro Luís Roberto Barroso, esse controle merece ser contido, em respeito à separação de poderes. Veja-se:

“A declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em qualquer caso, é atividade a ser exercida com autolimitação pelo Judiciário, devido à deferência e ao respeito que deve ter em relação aos demais Poderes. A atribuição institucional de dizer a última palavra sobre a interpretação de uma norma não o dispensa de considerar as possibilidades legítimas de interpretação pelos outros Poderes. No tocante ao controle de constitucionalidade por ação direta, a atuação do Judiciário deverá ser ainda mais contida. É que, nesse caso, além da excepcionalidade de rever atos de outros Poderes, o Judiciário desempenha função atípica, sem cunho jurisdicional, pelo que deve atuar parcimoniosamente”.<sup>[2]</sup>

28. No mesmo sentido, afirma o Ministro Luiz Fux em sua decisão cautelar proferida na presente ação:

"Ao contrário do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não compete ao Supremo Tribunal Federal realizar um juízo eminentemente político do que é bom ou ruim, conveniente ou inconveniente, apropriado ou inapropriado. Ao revés, compete a este Tribunal afirmar o que é constitucional ou inconstitucional, invariavelmente sob a perspectiva da Carta de 1988.

(...)

Em termos concretos, **não cabe ao Supremo Tribunal Federal, ainda que com as melhores intenções, aperfeiçoar, criar ou aditar políticas**

**públicas, ou, ainda, inovar na regulamentação de dispositivos legais, sob pena de usurpar a linha tênue entre julgar, legislar e executar. No âmbito do controle de constitucionalidade, a competência deste Tribunal restringe-se a verificar a coexistência entre, de um lado, os valores morais e empíricos que sublinham a Constituição, e, de outro, o texto da legislação." (destacou-se)**

29. No caso em tela, observa-se que os dispositivos impugnados em nada fere a ordem constitucional. Muito pelo contrário, conforme será demonstrado, o referido instituto implementa os direitos e garantias fundamentais do investigado.

### **Do sistema acusatório**

30. Entre as alterações promovidas no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019 está a implementação do sistema acusatório previsto na Constituição Federal de 1988.

31. Instituiu-se no Código de Processo Penal um novo sistema (o acusatório), separando a fase pré-processual (investigativa) da fase processual propriamente dita. Nesse novo modelo, o juiz que atuou na fase investigativa (chamado de "juiz das garantias") não pode instruir o processo penal, de modo a assegurar que o investigado tenha um julgamento feito por um juiz totalmente imparcial.

32. Sobre a necessidade de se implantar um sistema acusatório, Luiz Flávio Gomes, citando Antonio Sérgio de Moraes Pitombo, diz que:

"a experiência tem mostrado que certos magistrados adotam ativismo excessivo na investigação criminal, ao fazerem reuniões com policiais antes de operações, ao decretarem, de ofício, medidas assecuratórias, e ao chegarem a sugerir que se requeiram prisões cautelares. Longe da proteção dos investigados contra a arbitrariedade, passam eles a tratar com aparência de normalidade práticas policiais em desconformidade com a ordem jurídico-constitucional, tais como o uso indevido de algemas, a exposição pública de pessoas presas, a apreensão desmensurada de documentos e a interceptação telefônica sem restrição temporal, dentre outros abusos. Em simples palavras, perdem tais juízes de direito a equidistância necessária ao exercício da jurisdição, para se tornarem algozes dos investigados em casos de repercussão, especialmente. Mais tarde, no desenvolvimento do processo-crime, constata-se esse envolvimento do juiz criminal graças a seu vínculo psicológico com as provas produzidas na fase policial, até porque ele, vez ou outra, participou de atos instrutórios que lhe influenciam o convencimento. Torna-se o magistrado um escudeiro da pretensa legitimidade da investigação criminal, em vez de juiz imparcial capaz de enxergar as aberrações que se deram no procedimento investigatório. A aproximação em demasia da hipótese factual desenhada pela polícia judiciária também faz com que o juiz criminal passe a ter convicções prévias quanto a fatos e a pessoas investigadas, o que torna a etapa do contraditório no processo criminal apenas teatro formal, do qual o julgador já conhece o fim. Isso acaba

nítido por meio da leitura de decisões e sentenças, cujo tempo verbal e vocabulário denotam que o magistrado tem para si premissas quanto à causa *sub judice* que lhe prejudicam a isenção no momento da coleta e debate das provas na instrução criminal. No curso do processo judicial, esse convencimento precoce se revela com a manifestação antecipada de juízos de certeza sobre a materialidade e autoria de crimes, o que demonstra a supressão do devido processo legal para formação da culpa".[3]

33. Como lembra Camilin Marcie, “*Francesco Carnelutti já dizia que o problema do processo penal está nas investigações preliminares, pois, muitas vezes os elementos de investigação são colhidos com violação de direitos e garantias fundamentais*”[4]. Assim, cria-se um grande risco de contaminação psicológica do julgador ao ter acesso a um conjunto de informações obtidas unilateralmente, ou seja, sem a participação das partes e de modo sigiloso.

34. Tentando conferir maior imparcialidade ao magistrado, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 3º da revogada Lei nº 9.034/90 (ADIN 1.570 - julgada em 22/10/2004), sob o entendimento de que “*ao permitir que o juiz se envolva pessoalmente na realização de diligências e formação de provas que possam posteriormente servir de base para o seu próprio julgamento, tal dispositivo compromete a imparcialidade do juiz e conseqüentemente o princípio do devido processo legal*”.

35. Com essa importante alteração introduzida no Código de Processo Penal, o juiz da fase acusatória (pré-processual) passa a assumir uma relevante **função de garantidor**, não podendo ficar alheio frente à ocorrência de violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Assim, a Lei nº 13.964/2019 imputa ao magistrado uma nova posição no Estado Democrático de Direito, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º, incisos X, XI, XII, XXXIX, XL, XLI, LIV, LV, LVI, LVII, LVIII, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI e LXVIII, da Constituição Federal.

### **Do cumprimento dos direitos e garantias fundamentais**

36. Com base na instituição do juiz garantidor, verifica-se que as alegações da entidade autora não merecem acolhimento, uma vez que os dispositivos impugnados, na verdade, garante ao acusado o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

37. A autora alega que a parte final do artigo 3º-A cria vedação somente para a atuação judicial probatória substitutiva da acusação, permitindo a atuação judicial em favor da defesa.

38. O referido artigo consagra o princípio da ampla defesa estabelecido no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, garantindo que o investigado tenha um tratamento diferenciado e justo, tendo em vista ser a parte hipossuficiente no processo. Sobre o assunto, Guilherme de Sousa Nucci ensina que:

“Ao réu é concedido o direito de valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5º, LV. Considerado, no processo, parte



hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados valendo-se de informações e dados de todas as fontes as quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal.

(...)

A ampla defesa gera inúmeros direitos exclusivos do réu, como é o caso de ajuizamento de revisão criminal – o que é vedado à acusação – bem como a oportunidade de ser verificada a eficiência da defesa pelo magistrado, que pode desconstituir o advogado escolhido pelo réu, fazendo-o eleger outro ou nomeando-lhe um dativo, entre outro.”<sup>[5]</sup>

39. Veja-se que a ampla defesa não é somente um princípio norteador do processo, mas um direito garantido pela Constituição e dado ao acusado para poder se defender de todas formas, inclusive tendo tratamento diferenciado a fim de equilibrar a relação processual existente entre Estado-Acusador e Acusado.

40. Como observado por Rogério Lauria Tucci, “o tratamento privilegiado de quem se defende, longe de consistir numa violação ao postulado da igualdade (...), resulta da constatação histórica de que na generalidade dos casos a acusação criminal recai sobre sujeitos já desfavorecidos no plano social e econômico”<sup>[6]</sup>

41. Ademais, observa-se que o artigo 3<sup>a</sup>-A não é o único do Código de Processo Penal que confere maior garantia na defesa do acusado. Segundo Andrea Maria Nessler Bahury:

"São várias as normas processuais penais que visam garantir maior amplitude de defesa ao acusado, conferindo-lhe um tratamento diferenciado e, até mesmo, privilegiado no processo; entre elas está a previsão de absolvição no caso de insuficiência de provas, a possibilidade de oposição dos embargos infringentes e de nulidade, quando houver decisões não unânimes desfavoráveis à defesa proferidas nos julgamentos do recurso em sentido estrito e do recurso de apelação, impossibilidade da *reformatio in pejus* quando houver recurso exclusivo da defesa, ou, ainda, a possibilidade, caso haja sentença condenatória com trânsito em julgado, de propor ação de revisão criminal.”<sup>[7]</sup>

42. Ademais, imperioso lembrar que o *princípio do favor rei* vigora em todo processo penal, em virtude da presunção de inocência. Assim, todas as regras e suas interpretações devem ser direcionadas favoravelmente ao acusado.

43. Em relação ao artigo 3<sup>o</sup>-B, IV, VIII e IX, a parte autora alega violação ao princípio da autonomia do Ministério Público o normativo (i) que cria ônus e dever de comunicação à autoridade judiciária da instauração de qualquer investigação criminal, (ii) que atribui ao juiz a decisão de que a investigação deve ser concluída neste ou naquele prazo, (iii) bem como por prever o trancamento do inquérito policial sem que haja manifestação do Ministério Público.

44. Inicialmente, cumpre destacar que autonomia não significa descumprimento das leis e da Constituição Federal. Aliás, no Estado Democrático de Direito, a nenhuma instituição é dado

estar acima ou fora da lei. Conforme já ressaltado, a instituição do "juiz das garantias" tem por escopo verificar a obediência aos direitos e garantias fundamentais do acusado.

45. Embora o Ministério Público tenha liberdade para investigar, não está inume à fiscalização do Judiciário quanto à obediência às normas legais e constitucionais.

46. Sobre o assunto, segundo Hugo Nigro Mazzilli:

*"autonomia funcional é da instituição do Ministério Público, ou seja, consiste na liberdade que tem de exercer seu ofício em face de outros órgãos do Estado, subordinando-se apenas à Constituição e às leis.*

*(...)*

*Entretanto, se independência funcional significa liberdade para tomar decisões dentro dos limites da lei, isso não significa arbítrio. Não pode cada membro do Ministério Público, invocando a independência funcional ou seu papel de defensor do regime democrático, escolher que leis quer cumprir, e que leis não quer cumprir. Nem o Ministério Público nem o Poder Judiciário têm legitimidade para dizer quais as regras que deveriam existir no País."*<sup>[8]</sup>

47. O inquérito policial, como qualquer outro procedimento investigatório previsto em lei, se sujeita ao permanente controle jurisdicional. Tal controle jurisdicional, por sua vez, compreende a permanente fiscalização da investigação quanto à sua legalidade, como também das medidas restritivas a direito fundamental, como, por exemplo, a quebra do sigilo bancário e a interceptação das comunicações. A legitimidade dessas medidas pressupõe o prévio controle jurisdicional, cuja cognição limita-se à verificação da sua legalidade, mas não ao seu mérito.<sup>[9]</sup>

48. Veja-se que em nenhum momento a norma impugnada pauta a forma de investigação do Ministério Público, apenas cria ônus de comunicar à autoridade judiciária a instauração de qualquer investigação criminal, bem como atribui ao judiciário a observância do prazo para a conclusão da investigação, a fim de cumprir a duração razoável do processo (art. 5, LXXVIII, CF) e evitar eventual perseguição de pessoas que não possuem qualquer relação com a subsunção de algum fato ilícito.

49. Deve-se ressaltar que a autonomia do Ministério Público não é ilimitada. Mesmo antes da Lei nº 13.964/2019, a jurisprudência deste Egrégio Supremo Tribunal Federal tem demonstrado que cabe ao Judiciário decidir sobre o arquivamento nas hipóteses de extinção da punibilidade ou atipicidade dos fatos, para acolher ou rejeitar as questões relativas ao direito material e ao próprio *jus puniendi* (INQ nº 510/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, unânime, DJ 19.4.1991; INQ nº 719/AC, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, unânime, DJ 24.9.1993; INQ nº 851/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, Plenário, unânime, DJ 6.6.1997; HC nº 75.907/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, maioria, DJ 9.4.1999; HC nº 80.560/GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ 30.3.2001; INQ nº 1.538/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, unânime, DJ 14.9.2001; HC nº 80.263/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, unânime, DJ 27.6.2003; INQ nº 1.608/PA, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, unânime, DJ 6.8.2004; INQ nº 1.884/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, maioria, DJ 27.8.2004; INQ (QO) nº 2.044/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, maioria, DJ 8.4.2005; INQ 1604 QO/AL, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 13.12.2002; Inq 2341 QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno,

julgado em 28/06/2007).

50. Frise-se que a intenção do legislador não foi criar um "juiz das garantias" para presidir o inquérito policial ou qualquer outra investigação, mas apenas cuidar da sua legalidade, assim como do respeito aos direitos e garantias fundamentais do indiciado ou suspeito. Segundo a Comissão de Juristas responsável pelo Anteprojeto de novo CPP apresentado ao Senado, justifica a criação da figura do "juiz das garantias" no processo penal brasileiro da seguinte maneira:

Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.<sup>[10]</sup>

51. Sobre assunto, veja-se a Nota SAJ nº 40/2020/CGIP/SAJ/SG/PR, da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Secretaria-Geral da Presidência da República:

9. Acontece que, se bem analisados os termos da inicial, o que é possível aferir é que o autor apenas não se conforma, e sem razão, com alguns dos mecanismos legais introduzidos pela norma que dão poderes para o juiz das garantias exercer efetivamente o mister que seu próprio nome já denota. É o caso, por exemplo, da regra que determina que o juiz das garantias deve ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal (art. 3º-B, inciso IV).

10. Ora, com todas as vênias, é até difícil compreender as razões apresentadas para justificara inconstitucionalidade de uma regra tão simples, um mero dever de informar ao juiz das garantias quanto à instauração de qualquer investigação criminal. Veja a dificuldade em declarar a inconstitucionalidade de uma regra desse tipo, pois, se a função do juiz das garantias é realizar o controle da legalidade da investigação criminal, como fazê-lo sem antes tomar conhecimento dela?

11. Na mesma linha, são os casos das competências conferidas ao magistrado para decidir pela prorrogação do prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso (art. 3º-B, inciso VIII), de determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para a sua instauração ou prosseguimento (art. 3º-B, inciso IX), de requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de

polícia sobre o andamento da investigação (art. 3º-B, inciso X) e de decidir sobre os requerimentos de acesso a informações sigilosas ou de outros meios de obtenção de prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado (art. 3º-B, inciso XI, “d” e “e”).

12. Como se vê da própria redação dos dispositivos, eles são meros instrumentos trazidos pela lei para que o juiz das garantias exerça seu papel, que é controlar a legalidade da investigação criminal e salvaguardar os direitos individuais da parte investigada, de modo que retirá-los do ordenamento jurídico seria fazer letra morta de todo o caput do art. 3º-B, vale dizer, fulminar-se-á o próprio conceito de juiz das garantias trazido pela novel legislação.

52. Assim, não há que se falar em violação à autonomia do Ministério Público, e sim cumprimento dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

53. Quanto ao inciso XI do art. 3-B, a autora alega violação à Constituição por prever um alargamento por lei ordinária das hipóteses de mitigação das liberdades individuais e dos direitos fundamentais de pessoas investigadas.

54. Tal alegação não merece acolhimento. O inciso XI apenas reproduz os direitos do investigados estabelecidos na Constituição. Veja-se os incisos XI e XII do artigo 5ª da Carta Magna:

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

55. O inciso XI reforça a necessidade de autorização judicial para obtenção de provas que eventualmente venha confrontar com os direitos fundamentais do investigado. Observa-se que a própria Constituição somente autoriza a obtenção de tais provas mediante autorização judicial. Assim, não há que se falar em violação à Constituição.

### **Da observância das competências constitucionais**

56. Conforme supramencionado, o "juiz das garantias", introduzido pelo artigo 3º da Lei nº 13.964/2019, teve por escopo o controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos individuais. Com isso, instituiu no Código de Processo Penal um novo sistema acusatório, separando a fase pré-processual (investigativa) da fase processual. Nesse novo modelo, o juiz que atuou na fase investigativa não pode instruir o processo penal, de modo a assegurar que o investigado tenha um julgamento feito por um juiz totalmente imparcial.

57. Nos termos dos artigos 3-B e 3-C, o "juiz das garantias" atua na investigação criminal até o recebimento da denúncia ou queixa. Recebida a denúncia ou queixa, as questões

pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento (art.3º-C, §2º).

58. Já o parágrafo único do artigo 3-D delega aos Tribunais a criação de um sistema de rodízio, a ser definido pelo Poder Judiciário, para a implementação do novo modelo adotado, no qual separou as fases pré-processual (investigativa) da processual. Sobre o sistema de rodízio, a Nota SAJ nº 40/2020/CGIP/SAJ/SG/PR demonstra a constitucionalidade da norma:

17. Prosseguindo, na parte em que impugna o parágrafo único do art. 3º-D, regra que estabelece o dever de os tribunais criar um sistema de rodízio para as comarcas que possuem apenas um juiz para fins de atendimento da sistemática criada pelo juiz das garantias, verifica-se a falta de pertinência temática da entidade representativa autora.

18. De toda forma, para demonstrar que esta não é uma regra que ofende a autonomia dos Estados e nem mesmo do Poder Judiciário para se auto-organizar, aponta-se para o fato de que ela é uma simples regra alternativa.

19. Explica-se. Como se sabe, a criação do juiz das garantias gera um dever decorrente da própria legislação processual penal para se cindir a atividade jurisdicional de primeira instância nos processos criminais. Há, assim, uma fase prévia, investigativa, que deve ser conduzida pelo juiz das garantias; e há também a segunda fase seguinte, a de instrução e julgamento, que deve ser presidida necessariamente por um juiz distinto do primeiro, como uma forma de garantir maior imparcialidade ao julgamento.

20. Neste cenário, a questão prática posta é a seguinte: ou se coloca mais de um juiz criminal em cada uma das comarcas ou se faz o sistema de rodízio ao qual aduz a lei impugnada. Não há terceira via. Sendo assim, não há ofensa à autonomia porque as opções possíveis estão postas, ou seja, cabe acada um dos tribunais escolher a que entender mais conveniente.

59. Para que não houvesse invasão na competência de iniciativa do Judiciário, o artigo 3º-E estabeleceu que *"o juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal."* Portanto, o referido artigo deixou clara a competência do Poder Judiciário de adequar a estrutura judiciária ao novo instituto estabelecido na persecução criminal.

60. Veja-se que o normativo do "juiz das garantias" é eminentemente processual, uma vez que nitidamente se trata de opção por um sistema acusatório mais próximo de sua pureza conceitual. Por se tratar de matéria processual, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, foi estabelecida a forma de prestação da atividade jurisdicional pelo Estado na persecução penal.

61. Sobre o assunto, o Egrégio Supremo Tribunal Federal entendeu na ADI 3896 que a persecução criminal, da qual fazem parte o inquérito policial e a ação penal, rege-se pelo direito processual penal, que é de competência privativa da União. Veja-se a ementa do referido julgado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 32, INC. IV, DA LEI SERGIPANA N. 4.122/1999, QUE CONFERE A

DELEGADO DE POLÍCIA A PRERROGATIVA DE AJUSTAR COM O JUIZ OU A AUTORIDADE COMPETENTE A DATA, A HORA E O LOCAL EM QUE SERÁ OUVIDO COMO TESTEMUNHA OU OFENDIDO EM PROCESSOS E INQUÉRITOS. PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. **É competência privativa da União legislar sobre direito processual (art. 22, inc. I, da Constituição da República).**

2. **A persecução criminal, da qual fazem parte o inquérito policial e a ação penal, rege-se pelo direito processual penal.** Apesar de caracterizar o inquérito policial uma fase preparatória e até dispensável da ação penal, por estar diretamente ligado à instrução processual que haverá de se seguir, é dotado de natureza processual, a ser cuidada, privativamente, por esse **ramo do direito de competência da União.**

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 3896, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 04/06/2008, DJe-147 DIVULG 07-08-2008 PUBLIC 08-08-2008 EMENT VOL-02327-01 PP-00100 RTJ VOL-00205-03 PP-01141 RT v. 97, n. 878, 2008, p. 499-504 LEXSTF v. 30, n. 360, 2008, p. 45-56) (destacou-se)

62. Assim, por ser competência privativa da União legislar sobre matéria processual, não merece acolhimento a tese de que a criação do “juiz das garantias” viola o artigo 125 da Constituição.

63. Além disso, o art. 3-E foi expresso no estabelecimento da competência do Poder Judiciário para adequar a sua estrutura ao novo instituto estabelecido na persecução criminal.

### **Do arquivamento**

64. Também não merece acolhimento a alegação de pouco tempo de *vacatio legis* para a entrada em vigor da norma, pois não há violação à Constituição Federal. A crítica destina-se tão somente no plano prático de implementação do novo comando legislativo sobre o arquivamento, não havendo qualquer violação normativa.

65. No caso, além de não haver qualquer ofensa à Constituição, faltou à autora cumprir com seu ônus probatório para demonstrar, com base em dados objetivos, a inviabilidade prática da execução imediata da lei. Cita, é verdade, o número de casos de arquivamentos promovidos pelo MP/SP, mas somente deste e, ainda assim, apenas esse número em absoluto não é capaz de fazer concluir pela inviabilidade da execução da norma. Há outros aspectos que deveriam ser apresentados, como, por exemplo, a falta de pessoal e até mesmo a impossibilidade de rearranjo na atual estrutura do órgão.

66. Ademais, a definição da data inicial de vigência de lei insere-se no âmbito do juízo de conveniência política própria da atividade legislativa, de modo que não cabe ao Poder Judiciário concluir em sentido diverso. Conforme decisão proferida no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 122.334, de relatoria do Ministro Edson Fachin, *"trata-se de ato político caracterizado por ampla margem discricionária, na medida em que inexistem prévias diretrizes precisas atinentes à fixação*

do prazo."

### **Do acordo de não persecução penal**

67. Outro ponto demandado refere-se ao artigo 28-A. A entidade autora aduz que o art. 28-A, III e IV e §§5º, 7º e 8º, desafia a prerrogativa constitucional do Ministério Público, que decorre da sua titularidade exclusiva da ação penal pública, além da própria concepção do sistema acusatório e da imparcialidade objetiva do juiz, bem como estabelece o controle inadequado e inconstitucional do acordo por parte do Magistrado.

68. A referida alegação não prospera. A autonomia do Ministério Público revela-se, no caso, na possibilidade de renunciar a ação penal pública incondicionada, a fim de realizar o acordo de não persecução penal. Veja-se que a autonomia do Ministério Público restou incólume. Este tem a liberdade de renunciar a persecução penal para a realização de acordo.

69. A indicação do local ou da entidade para prestação do serviço e/ou pagamento da prestação pecuniária é a efetivação do acordo realizado pelo Ministério Público, no qual os membros do Congresso Nacional, representantes do povo investidos na função legislativa típica pelo voto popular, estabeleceram ser do Judiciário a referida indicação. Nesse sentido, veja-se a Nota SAJ nº 40/2020/CGIP/SAJ/SG/PR:

14. Por outro lado, na parte que fala do acordo de não persecução penal, aparentemente aparte autora não se conforma com o poder conferido pelo legislador ao juízo da execução para escolher o local a ser prestado o serviço ou para quem será revertida a prestação pecuniária estipulada no acordo.

15. Todavia, entende-se que as razões apresentadas para a inconstitucionalidade do ato não procedem, na medida em que não há regra constitucional nenhuma que vede este tipo de previsão, vale dizer, esta era uma questão que estava, como continua estando, no completo poder de livre conformação do legislador, devendo sua vontade ser respeitada até por deferência ao princípio democrático.

16. Ademais, o mesmo raciocínio deve ser aplicado para os §§5º, 7º e 8º do mesmo art. 28-A, na medida em que estes estabelecem mecanismos de controle da legalidade para os termos do acordo de não persecução penal, os quais uma vez exercidos pelo magistrado podem legitimar a determinação de que se reformule o seus termos e até a recusa da sua homologação, uma vez que as condições fixadas no acordo sejam consideradas inadequadas, insuficiente ou abusiva.

70. Tal escolha faz parte da execução do acordo, que já é feito pelo Poder Judiciário nas condenações com penas restritivas de direito. Corriqueiramente as entidades já são previamente credenciadas pelo Judiciário para a execução das medidas condenatórias.

71. Em relação aos §§ 5º, 7º e 8º, conforme supramencionado, a Lei nº 13.964/2019 criou o "juiz das garantias" visando conferir maior imparcialidade ao julgador. Em que pese não haver condenação, é função do judiciário zelar pelo cumprimento dos direitos e garantias

fundamentais do investigado, bem como pela execução das medidas acordadas com o Ministério Público.

72. Veja-se que o magistrado não pode ser um mero homologador de acordos. Na função de garantidor, o juiz somente poderá homologar o acordo se presentes os requisitos legais e constitucionais. Os referidos parágrafos estabelecem um "sistema de freios e contrapesos", isto é, o Ministério Público tem autonomia para exercer sua função, mas é controlado pelo Judiciário, a fim de evitar eventual abuso na realização do acordo de não persecução penal.

73. Além disso, afastar o Judiciário da apreciação do acordo violaria o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, na medida em que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

74. Sobre o assunto, essa E. Corte já se manifestou no RE nº 593727 quanto à necessidade de respeito aos direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição, bem como da necessidade do permanente controle jurisdicional. Veja-se:

(...) 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: **“O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade –sempre presente no Estado democrático de Direito –do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”**. Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria. (RE 593727, Relator Min. Cezar Peluso, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015)

75. Observa-se que a reserva de jurisdição é imprescindível para o estabelecimento do Estado Democrático de Direito, uma vez que somente uma decisão judicial pode promover a restrição de qualquer direito fundamental de um indivíduo. Assim, pode-se dizer que a reserva de



jurisdição funciona como um "cláusula de segurança" para o estabelecimento de um processo justo.<sup>[11]</sup>

76. Neste ponto, destaca-se os ensinamentos de Alberto Silva Franco e Maurício Zanoide de Moraes:

“Nesse sentido, repousa a idéia elementar contida no princípio da 'reserva de jurisdição': diante de um Estado Democrático de Direito no qual vige o princípio da Separação de Poderes e no qual se delega ao Poder Judiciário a decisão sobre conflitos ou controvérsias sobre a norma aplicável ao caso concreto, define-se que sempre está reservado ao Poder Judiciário, e somente a ele, dizer o direito, notadamente na defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.”<sup>[12]</sup>

77. No HC nº 87610, foi ressaltado a permanente necessidade do controle jurisdicional dos atos praticados pelo Ministério Público no âmbito da fase pré-processual:

(...) . CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: Oponibilidade, a estes, do sistema de direitos e garantias individuais, quando exercido, pelo "Parquet", o poder de investigação penal. - **O Ministério Público**, sem prejuízo da fiscalização intra-organica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, **está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova "ex propria auctoritate"**, não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio ("nemo tenetur se detegere"), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.). - O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o "Parquet", sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado. - O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso -considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório.(HC 87610, Relator Min. Celso de Mello, 2ª Ta., DJ. 3.12.2009) (destacou-se)

78. Compete ao Poder Judiciário, portanto, analisar a regularidade e legalidade do acordo, conferindo se presentes os requisitos exigidos pela lei e se não há violação a algum direito fundamental.

### **Do controle da legalidade da prisão cautelar**

79. A entidade autora narra que o parágrafo 4º do artigo 310 do Código de Processo Penal padece de inconstitucionalidade ao prever hipótese de soltura automática, com fixação de prazo inflexível, e ao mesmo tempo permite o decreto de prisão preventiva sem a realização da própria audiência de custódia. Veja-se o parágrafo impugnado:

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.” (NR)

80. A referida alegação não merece acolhimento, uma vez que a audiência de custódia é instrumento processual que visa garantir os direitos fundamentais do indivíduo preso em flagrante delito ou mediante cumprimento de mandado de prisão.

81. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, a audiência de custódia tem por escopo:

"assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, por meio de apreciação mais adequada e apropriada da prisão antecipada pelas agências de segurança pública do estado. Ela garante a presença física do autuado em flagrante perante o juiz, bem como o seu direito ao contraditório pleno e efetivo antes de ocorrer a deliberação pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Com isso, evitam-se prisões desnecessárias, atenuando-se a superlotação carcerária e os gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios indevidamente intramuros. Finalmente, audiências de custódia permitem conhecer e tomar providências diante de possíveis casos de maus-tratos e de tortura."<sup>[13]</sup>

82. Nos termos dos incisos LXII e LXV do art. 5º da Constituição Federal, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, que deverá analisar imediatamente a legalidade da referida prisão.

83. Em razão do princípio da presunção da inocência (art.5, LVII, CF), a prisão cautelar somente pode ser decretada quando a lei não admitir liberdade provisória (art. 5, LXVI, CF).

84. Constata-se que o normativo demandado apenas corrobora com a Constituição Federal, a qual coíbe a prisão ilegal ou desnecessária (casos em que o detido pode responder em liberdade).

85. O normativo impugnado também está previsto em tratados internacionais dos quais

o Brasil é signatário, como o Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, item 5) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (art. 9º, item 3), bem como a Resolução nº 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, que dispôs sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

86. Por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, ao julgar o "estado de coisas inconstitucional" relativamente ao sistema penitenciário brasileiro, esse E. Supremo entendeu pela obrigatoriedade da realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas. Veja-se trecho da ementa da referida ADPF:

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

87. No julgamento da ADI nº 5.240, que impugnava a obrigatoriedade da audiência de custódia regulamentada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, esse E. STF novamente entendeu pela constitucionalidade da norma. Veja-se um trecho do voto do Ministro Relator Luiz Fux, que deixou expresso o direito subjetivo do preso de ser imediatamente apresentado ao Juiz:

"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”.

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 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 (lavatura 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)."

88. Mesmo tendo base constitucional para a "fixação de prazo inflexível", o mencionado parágrafo 4º do artigo 310 admite um elasticidade no prazo de 24 horas se houver motivação idônea. Portanto, não há que se falar em inconstitucionalidade do citado normativo.

89. Por fim, conforme ressaltada na Nota SAJ nº 40/2020/CGIP/SAJ/SG/PR, a própria redação do dispositivo impugnado contradiz a tese autoral, pois a ilegalidade da prisão em flagrante decorrente do decurso do prazo previsto na lei para a audiência de custódia só incidirá no caso de falta de motivação idônea, situação na qual deverá ocorrer o relaxamento, salvo se verificado que o caso preenche as condições para a determinação da prisão preventiva, conforme disposto no art. 312 do CPP. Ressalte-se, contudo, que isso não significa dizer que a audiência de custódia não precisará mais ocorrer, até porque assim determina o art. 13 da Resolução nº 213 do CNJ.

#### **IV - CONCLUSÃO**

90. Diante de todo o exposto, pugna-se pelo não conhecimento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo em vista a ilegitimidade ativa da entidade autora (falta de pertinência temática), bem como o primado da separação de poderes.

91. Ultrapassada a questão preliminar, e pelo princípio da eventualidade, no mérito, conclui-se pela improcedência dos pedidos lançados pela entidade autora, tendo em vista não haver qualquer vício de inconstitucionalidade na Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

92. São essas as considerações que, a título de informações do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, sugiro sejam apresentadas ao Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.305.

Brasília, 17 de fevereiro de 2020.

*(assinado digitalmente)*

**JOSÉ AFFONSO DE ALBUQUERQUE NETTO**

Advogado da União

Consultor da União

## Documento anexo:

- Nota SAJ nº 40/2020/CGIP/SAJ/SG/PR

### Notas

1. ^ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Pág. 279.
2. ^ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 177.
3. ^ GOMES, Luiz Flávio. *O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal*. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 19 janeiro. 2010. Acesso em 10/02/2020.
4. ^ <https://www.migalhas.com.br/depeso/318700/razoes-que-justificam-o-juiz-de-garantias-lei-13964-19>. Acesso em 17/02/2020.
5. ^ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 8.ed.rev., atual. e ampliada. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.86-87.
6. ^ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3<sup>o</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 177.
7. ^ BAHURRY, Andrea Maria Nessler. *A Ausência de Efetiva Ampla Defesa e o Comprometimento do Devido Processo Penal*. Orientador: Ilié Antonio Pele – Rio de Janeiro PUC, Departamento de Direito, 2016.
8. ^ *Princípios institucionais do Ministério Público brasileiro*. Disponível em <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/princinst.pdf>. Artigo publicado na Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 731 jan./2013 –abr/2013, p. 9, com atualizações feitas em ago. 2013. Acesso em 04/02/2020.
9. ^ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Juiz deve controlar legalidade de investigação criminal, não ser protagonista*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-nov-21/fabio-bechara-juiz-nao-protagonista-investigacao>. Acesso em 04/02/2020
10. ^ Senado. *Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Anteprojeto. Brasília: Senado Federal, 2009, p.16.
11. ^ VILARES, Fernanda Regina. *A reserva de jurisdição no processo penal - Dos reflexos no inquérito parlamentar*. Dissertação de Mestrado. Acesso em 15/02/2020.
12. ^ FRANCO, Alberto Silva e MORAES, Maurício Zanoide de, *Cap. I –Devido Processo Legal...*, p. 332.
13. ^ <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>. Acesso em 16/02/2020.

---

Documento assinado eletronicamente por JOSE AFFONSO DE ALBUQUERQUE NETTO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 371707434 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JOSE AFFONSO DE ALBUQUERQUE NETTO. Data e Hora: 17-02-2020 12:55. Número de Série: 17340404. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

---



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO  
GABINETE

SAS, QUADRA 03, LOTE 5/6, 12 ANDAR - AGU SEDE I FONE (61) 2026-8557 BRASÍLIA/DF 70.070-030

---

**DESPACHO n. 00119/2020/GAB/CGU/AGU**

**NUP: 00688.000053/2020-09 (REF. 0085360-13.2020.1.00.0000)**

**INTERESSADO: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP)**

**ASSUNTOS: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6305. Lei 13.964/2019**

1. Aprovo as **INFORMAÇÕES n. 00024/2020/CONSUNIAO/CGU/AGU**, da lavra do Consultor da União, Dr. José Affonso de Albuquerque Netto.
2. Submeto à apreciação do Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União.

Brasília, 17 de fevereiro de 2020.

*(assinado eletronicamente)*

ARTHUR CERQUEIRA VALÉRIO

Advogado da União

Consultor-Geral da União

---

Documento assinado eletronicamente por ARTHUR CERQUEIRA VALERIO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 381292578 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ARTHUR CERQUEIRA VALERIO. Data e Hora: 17-02-2020 14:37. Número de Série: 17340791. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

---



## ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

**PROCESSO** Nº 00688.000053/2020-09

**ORIGEM:** STF – Ofício nº 344/2020, de 6 de fevereiro de 2020.

**RELATOR:** MIN. LUIZ FUX

**ASSUNTO:** Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6305

**Despacho do Advogado-Geral da União Nº 063**

**Adoto**, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União, para os fins e efeitos do art. 4º, inciso V, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, as anexas INFORMAÇÕES Nº 00024/2020/CONSUNIÃO/CGU/AGU, elaboradas pelo Advogado e Consultor da União Dr. JOSÉ AFFONSO DE ALBUQUERQUE NETTO.

Brasília, 17 de fevereiro de 2020.

**ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA**  
Advogado-Geral da União