



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

LIJERKA RODRIGUES LEITE

**IMPLICAÇÕES DA ADOÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO
RESULTADO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

Brasília

2017

LIJERKA RODRIGUES LEITE

**IMPLICAÇÕES DA ADOÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO
RESULTADO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Dr. André Pires Gontijo

Brasília

2017

LIJERKA RODRIGUES LEITE

**IMPLICAÇÕES DA ADOÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO
RESULTADO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Dr. André Pires Gontijo

Brasília, 22 de maio de 2017.

Banca Examinadora

Prof. André Pires Gontijo, Dr.

Orientador

Prof. Fernando Luiz de Lacerda Messere

Examinador

Prof. Humberto Cunha dos Santos

Examinador

RESUMO

Esta pesquisa monográfica no âmbito do direito constitucional e internacional trata das implicações jurídicas da adoção da audiência de custódia como resultado de controle de convencionalidade. Por meio da pesquisa dogmática e instrumental, bem como da técnica bibliográfica, sistematizaram-se a doutrina jurídica e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com o intuito de analisar as divergências de entendimento acerca da regulamentação e da implantação da referida audiência por ato normativo administrativo, resolução do Conselho Nacional de Justiça diante da omissão legislativa. A Suprema Corte julga ser constitucional o ato operado pelo Conselho, tendo como fundamento jurídico a Convenção Americana de Direitos Humanos pelo *status* supralegal, por entender que se tratar de mera regulamentação de direito e dever já estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro; ao passo que parte da doutrina entende ser inconstitucional por terem sido criados deveres a agentes públicos de outros Poderes, ferindo, assim, o princípio da legalidade e o da separação dos poderes. O estudo demonstra a importância de se adequarem as normas domésticas, mormente o Código de Processo Penal, às normas convencionais ratificadas no País com o escopo de dar efetividade aos direitos humanos reconhecidos por elas, de forma que não sejam abalados os próprios princípios constitucionais.

Palavras-chave: Tratados de Direitos Humanos. Norma Supralegal. Controle de Convencionalidade. Código de Processo Penal. Audiência de Custódia. Princípios da Legalidade e da Separação dos Poderes. Interpretação Sistemática.

SUMÁRIO

1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	8
1.1 Histórico	8
1.2 Hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos	9
1.3 Conceito de Controle de Convencionalidade	11
1.4 Modos de Realização e Alcance do Controle de Convencionalidade	13
1.4.1 O Controle de Convencionalidade Promovido pela Corte IDH	15
1.4.2 O Controle de Convencionalidade Realizado por Juízes Nacionais.....	17
2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	22
2.1 Conceito e Previsão Normativa	22
2.2 Contexto Histórico.....	22
2.2.1Evolução dos Projetos de Lei	29
2.3 Características.....	33
2.3.1 Finalidade	34
2.3.2 Forma de Realização da Apresentação.....	36
3 A ADOÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO RESULTADO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS	39
3.1 Dos Aspectos Positivos da Adoção	39
3.2 Dos Aspectos Negativos da Adoção.....	43
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa circunscreve-se no âmbito do Direito Constitucional e do Direito Internacional Público e tem como temática as implicações da adoção da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro como consequência de controle de convencionalidade e sua consequente regulamentação por resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Em 2011, com a apresentação do Projeto de Lei do Senado nº 554, iniciou-se a discussão sobre a inserção do referido procedimento no Código de Processo Penal com vistas à adequação das normas domésticas aos tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil, sobretudo aqueles que tratam da proteção dos direitos humanos. Mas foi em 2015 – quando o projeto de lei ainda estava em tramitação na mesma Casa legislativa – que se acirrou o debate sobre o tema, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal (STF) foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade do Provimento Conjunto nº 03 do Tribunal de São Paulo (TJ-SP) e da Corregedoria Geral da Justiça, que regulamentou as audiências de custódia no respectivo Estado. A Suprema Corte não o declarou inconstitucional, com fundamento na norma convencional, de natureza supralegal – a saber, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) –, o que implicou a emissão da Resolução nº 213 do CNJ, de âmbito nacional.

O objeto dessa pesquisa reside na verificação dos aspectos positivos e negativos da regulamentação da audiência de custódia como resultado de controle de convencionalidade, da observância de normas protetivas da pessoa humana como meio de efetivação de direitos, bem como da necessidade de lei federal disciplinando a matéria e de eventual violação de princípios constitucionais.

O debate sobre as referidas audiências interessa não somente aos sujeitos processuais – juízes, promotores delegados e defensores públicos –, mas também aos acadêmicos, aos advogados militantes e mesmo à sociedade como um todo, pois várias questões, de diferentes âmbitos, são postas, como a referente à atuação do Judiciário perante a omissão legislativa, com a finalidade de realizar medidas solucionadoras das dificuldades do sistema prisional, ao *status* das normas advindas de tratados ou convenções internacionais, ou ao respeito aos princípios constitucionais na realização de atos administrativos.

Utilizar-se-á no presente trabalho o procedimento de pesquisa dogmático instrumental, ou seja, a análise dar-se-á por meio de doutrina, jurisprudência e legislação,

verificando-se a coerência de todo o sistema jurídico e analisando-se noções de Direito Constitucional, Internacional Público e Processual Penal.

Considerando a pertinência do tema, são tratados no Capítulo 1 o conceito de controle de convencionalidade e seu contexto no Brasil, apresentando outra forma de compatibilização e interpretação das normas nacionais, além da hierarquia dos tratados ou convenções de direitos humanos e dos modos de realização e alcance desse controle.

De outro lado, o Capítulo 2 dedica-se à conceituação do novel procedimento no País, a audiência de custódia, apontando sua previsão normativa, suas principais características – tais como seu modo de realização e sua finalidade –, bem como a forma de regulamentação e implementação no estado brasileiro.

Por sua vez, o Capítulo 3 adentra a problemática em si, as controvérsias quanto à adoção da audiência de custódia como resultado de controle de convencionalidade, seus pontos positivos e negativos, mostrando, pois, seus benefícios, mas também a possível fragilidade da regulamentação do instituto por ato administrativo.

1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

1.1 Histórico

A doutrina acerca do controle de convencionalidade originou-se na França a partir de um julgado no Conselho Constitucional Francês em que se discutia a inconstitucionalidade de lei relativa a aborto voluntário, pois ela violaria o direito à vida. Na decisão (Decisão n. 74-54 DC) foi reconhecida a necessidade de a respectiva lei interna passar por dois exames de compatibilidade para ser considerada válida, quais sejam, de compatibilidade com a constituição e com os tratados internacionais¹; em outras palavras: de se verificar a sujeição da lei às normas superiores que a deviam reger.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos – doravante Corte IDH – a referência a procedimentos dessa ordem como “controle de convencionalidade”, tal como hoje os conhecemos, teria sido usada pela primeira vez em 2003 por Sergio García Ramírez (ex-Presidente da Corte) ao proferir seu voto no “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”², como aduz Victor Bazán³. Este aponta ainda que aquela expressão consagrou-se definitivamente, em 2006, nos julgamentos do Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru*⁴ e Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*⁵, de onde se extrai a lição de que o Estado-Parte deve acolher o estabelecido por aquela corte de âmbito internacional e de que o Poder Judiciário deve aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) aos casos concretos, observando assim seu compromisso internacional:

A Corte é consciente de que os juízes e Tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que sua eficácia não seja diminuída pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e finalidade, e que, desde o início, carecem de eficácia jurídica.

¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011, p. 81.

² Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentença de 25/11/2003.

³ BAZÁN, Victor. O Controle de Convencionalidade e a Necessidade de Intensificar um Adequado Diálogo Jurisprudencial (tradução de Paulo Paiva). *Revista de Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público*, vol. 8, nº 41, p. 223. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1953>. Acesso em 03/10/2016.

⁴ Corte IDH. *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru*. Sentença de 24/11/2006.

⁵ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Sentença de 29/11/2006.

Em 2009, o tema foi desenvolvido, de forma inédita, a partir da tese de doutorado defendida por Valério de Oliveira Mazzuoli na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Ele foi pioneiro em utilizar a expressão “controle de convencionalidade” no Brasil como mecanismo judicial de validação de normas locais incompatíveis com os tratados internacionais de direitos humanos, e não como “técnica legislativa de compatibilização dos trabalhos do Parlamento com os instrumentos de direitos humanos ratificados pelo governo, nem como mecanismo internacional de apuração dos atos do Estado em relação ao cumprimento de suas obrigações internacionais⁶”.

A partir da Emenda Constitucional (EC) 45/2004, que acrescentou o § 3º do art. 5º⁷ à Constituição Federal (CF), possibilitando a elevação do *status* dos tratados internacionais de direitos humanos a normas equivalentes a emendas constitucionais, o ordenamento jurídico brasileiro passou a conhecer nova forma de controle normativo, qual seja o controle de convencionalidade de suas normas domésticas em relação às normas de pretensão e abrangência internacional.

1.2 Hierarquia dos Tratados de Direitos Humanos

Para melhor compreensão do controle de convencionalidade, é importante discorrer brevemente acerca da posição hierárquica ocupada pelos tratados em matéria de direitos humanos em relação ao direito interno, tendo em vista que a efetividade do controle depende do *status* que os instrumentos internacionais possuem no ordenamento jurídico do Estado-parte.

Antes da Emenda Constitucional (EC) 45/2004, a posição hierárquica, no Estado brasileiro, não era uniforme, uma vez que seu ordenamento jurídico não havia hierarquizado esse tema, no Direito Internacional, de forma expressa, relegando a tarefa à jurisprudência e à doutrina. Parte desta não se alinhava ao entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), segundo o qual há as seguintes possibilidades: a primeira de que os tratados internacionais de direitos humanos gozam de *status* de norma (material e formalmente) constitucional,

⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011, p. 82.

⁷ “Art. 5º, § 3º: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL. Constituição, 1988).

equivalente às emendas constitucionais, observado o procedimento estabelecido pelo § 3º do art. 5º⁸ da CF; e a outra de que esses tratados têm hierarquia supralegal quando ratificados e aprovados por maioria simples, por meio de decreto legislativo, bem como recepcionados pela CF/88, conforme apregoa Ingo Sarlet⁹.

Ocorre que parte importante da doutrina sustenta a tese de que, ainda antes da EC 45, os tratados de direitos humanos já seriam detentores de mesma hierarquia que os ditames da própria CF, sob o fundamento do que dispõe o § 2º do art. 5º¹⁰ dessa Carta¹¹. Portanto, esse dispositivo constitucional enseja diferentes interpretações acerca do *status* normativo das normas internacionais (tratados e convenções), como oportunamente sistematiza o Ministro Gilmar Mendes:

- a) natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;
- b) caráter constitucional a esses diplomas internacionais;
- c) *status* de lei ordinária a esse tipo de documento internacional;
- d) caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos¹².

Contudo, o STF sedimentou o entendimento no sentido da supralegalidade dos instrumentos internacionais sobre direitos humanos, tal qual a Convenção Americana de Direitos Humanos, a partir da decisão tomada no Recurso Extraordinário (RE) 349.703/RS¹³ e no 466.343/SP¹⁴. Nesses recursos, entendeu-se que a legislação infraconstitucional em que se previa a prisão civil do depositário infiel seria inaplicável por afrontar dispositivos tais como o art. 11¹⁵ do *Pacto Internacional sobre Direitos Humanos* e o art. 7.7¹⁶ da *Convenção*

⁸ BRASIL...

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as Relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na Perspectiva do assim Chamado Controle de Convencionalidade. In: PIZZOLO, Calogero et al.; coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valério de Oliveira Mazzuoli. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 87-113.

¹⁰ “Art. 5º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL. Constituição, 1988).

¹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 215.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. A Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Prisão Civil do Depositário Infiel no Brasil. In: PIZZOLO, Calogero et al.; coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valério de Oliveira Mazzuoli. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 213-258.

¹³ STF, RE 349.703/RS, Pleno, v.u., Rel. p/ o Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 03/12/2008, DJE 05/06/2009.

¹⁴ STF, RE 466.343/SP, Pleno, v.u., Rel. p/ o Acórdão Min. Cezar Peluso, j. 03/12/2008, DJE 05/06/2009.

¹⁵ “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual” (BRASIL. Decreto nº 592, 1992).

Americana dos Direitos Humanos, também chamada de *Pacto de San José da Costa Rica* – instrumento este de maior importância no Sistema Interamericano de Direitos Humanos¹⁷. Nesse sentido, o Min. Gilmar Mendes elucidou:

Os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana¹⁸.

Do exposto, entende-se que os tratados internacionais de direitos humanos são superiores hierarquicamente às normas infraconstitucionais – quer os tratados sejam iguais a normas constitucionais quer sejam eles supralegais. Diante de tal superioridade, conclui-se que o processo legislativo deve observar não somente requisitos formais, mas também materiais tais como o respeito à Constituição e a esses tratados¹⁹.

1.3 Conceito de Controle de Convencionalidade

Portanto, da possibilidade de tratados e convenções internacionais de direitos humanos possuírem a condição de norma material e formalmente constitucional, o ordenamento jurídico brasileiro conta com o devido controle de convencionalidade, que é definido por Valério Mazzuoli como a conformação vertical das leis de âmbito interno com aqueles instrumentos ratificados pelo Estado e em vigor em seu território, tratando-se, assim, de meio judicial em que se declara a invalidade de normas que os afrontam²⁰.

¹⁶ “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

¹⁷ “Na estrutura normativa do sistema americano de proteção dos direitos humanos, foram contemplados três documentos internacionais: a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos”. (GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 34).

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. A Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Prisão Civil do Depositário Infiel no Brasil. In: PIZZOLO, Calogero et al.; coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valério de Oliveira Mazzuoli. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 213-258.

¹⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011, p. 117.

²⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011, p. 73.

O conceito de controle de convencionalidade oferecido por Sergio García Ramírez também é digno de destaque:

[...] *el control de convencionalidad es una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada, del orden jurídico convencional internacional (o supranacional). Constituye un dato relevante para la construcción y consolidación de ese sistema y ese orden, que en definitiva se traducen en el mejor imperio del Estado de Derecho, la vigencia de los derechos y la armonización del ordenamiento regional interamericano (puesto que me estoy refiriendo al control ejercido con base en instrumentos de esta fuente)*²¹.

Além de observar a Constituição, o Estado-parte deve respeitar as disposições da CADH em sua produção legislativa, adequando suas normas locais às previsões da convenção. Nesse sentido, o controle de convencionalidade:

[...] diz respeito a um novo dispositivo jurídico fiscalizador das leis infraconstitucionais que possibilita duplo controle de verticalidade, isto é, as normas internas de um país devem estar compatíveis tanto com a Constituição (controle de constitucionalidade) quanto com os tratados internacionais ratificados pelo país onde vigora tais normas (controle de convencionalidade)²².

Como bem aponta Bárbara Campos, o controle de convencionalidade assemelha-se ao controle de constitucionalidade, tendo em vista que ambos os tipos de controle referem-se ao enfrentamento da norma interna, hierarquicamente inferior, face à norma superior (Constituição e Convenção Americana). Tais mecanismos teriam ainda o objetivo de conferir *efetividade* aos direitos dispostos na Convenção Americana, no primeiro caso, e na Constituição²³, no segundo.

²¹ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. In: BOGDANDY, Armin Von (Org.); PIOVESAN, Flávia (Org.); ANOTNIAZZI, Mariela Morales (Org.). *Estudios Avanzados de Derechos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 560.

²² GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 179.

²³ CAMPOS, Bárbara Pincowsca Cardoso. Controle de Convencionalidade: aproximação entre o Direito Internacional e o Constitucionalismo? *CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL. Revista Eletrônica de Direito Internacional*, 2013. V12 - Disponível em: www.cedin.com.br/revistaeletronica. Acesso em 21 set. 2016. p. 92-113.

Impende destacar que o controle de convencionalidade é recomendado pela Corte IDH desde 2006 (por meio do seu Relatório Anual), cuja decisões comprometem todos os Estados-partes. A Corte entende que cabe aos órgãos jurisdicionais averiguar a compatibilidade das normas internas com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, devendo, inclusive, agir *ex officio* em casos concretos, independentemente de requerimento interposto pela parte lesada.

Na interação entre a Corte IDH e os órgãos jurisdicionais locais de cada nação signatária da CADH, o controle de convencionalidade submete-se aos “padrões hermenêuticos gerais” por aquela estabelecidos, que devem ser cumpridos por aqueles órgãos com o fito de que seus atos se adequem às obrigações assumidas internacionalmente e preservem o “sistema interamericano de garantias” e direitos humanos, como bem destaca Victor Bazán²⁴. Afinal, deve-se sempre levar em consideração que a Corte IDH identifica-se como “jurisdição de uniformização regional, que tem como escopo unificar a interpretação jurídica²⁵” dos países signatários da convenção.

De todo o exposto, depreende-se que o controle de convencionalidade serve a conferir validade e eficácia às normas domésticas, ao passo que, para que sejam consideradas válidas, elas devem cumprir com a “dupla compatibilidade vertical material”, ou seja: devem passar pelo crivo das disposições da Constituição, do acordado por meio dos tratados internacionais de direitos humanos, bem como dos ditames dos demais instrumentos internacionais ratificados pelo Estado²⁶.

1.4 Modos de Realização e Alcance do Controle de Convencionalidade

O Estado-parte, ao ratificar a CADH, compromete-se a adequar sua legislação aos comandos nela previstos, de forma a garantir e tornar efetivo o exercício dos direitos e das liberdades civis e individuais²⁷, “no dever de boa-fé nas relações internacionais e no

²⁴ BAZÁN, Victor. O Controle de Convencionalidade e a Necessidade de Intensificar um Adequado Diálogo Jurisprudencial (tradução de Paulo Paiva). *Revista de Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público*, vol. 8, nº 41, p. 224. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1953>. Acesso em 03/10/2016.

²⁵ GONTIJO, André Pires. *Constitucionalismo compensatório como discurso em matéria de direitos humanos: limites e possibilidades da interação dos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os Estados da América Latina*. UniCEUB, 2016, p. 199.

²⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011, p. 117.

²⁷ Art. 2º: “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem

compromisso de preservar e fortalecer uma comunidade internacional regida pelo direito das gentes²⁸. Nesse diapasão, o controle de convencionalidade pode ter igualmente por fundamento a CADH, a jurisprudência da Corte IDH, bem como todo o arcabouço principiológico e normativo de demais instrumentos internacionais protetivos dos direitos humanos²⁹.

Em outras palavras, não apenas a CADH é apresentada como parâmetro de controle de convencionalidade, no âmbito da Corte IDH, como também o fazem outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos elaborados por ela e ratificados pelo Estado-Parte, tais como o Protocolo de San Salvador, a Convenção para Prevenir e Sancionar a Tortura, Convenção de Belém do Pará para a Erradicação da Violência contra a Mulher ou a Convenção sobre Desapropriação Forçada, etc.³⁰

Após demonstrado o preceito normativo do controle de convencionalidade, é importante verificar como e por quem esse é exercido. Para melhor compreensão, o referido controle será analisado, por analogia, conforme o controle de constitucionalidade, posto que, assim como a Constituição é fundamental na ordem jurídica e é norma superior dos direitos humanos no âmbito doméstico, a Convenção o é no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA)³¹.

A doutrina leciona sobre o controle de constitucionalidade classificando-o em quatro modalidades, a saber: 1) quanto à natureza do órgão (controle político ou judicial); 2) quanto ao momento de seu exercício (controle preventivo ou repressivo); 3) quanto ao órgão judicial que o exerce (controle difuso ou concentrado) e 4) quanto à forma de controle judicial (via incidental ou principal)³². Dessas modalidades, as duas últimas são as mais importantes ao presente trabalho.

necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades". (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. San Jose da Costa Rica: 1969). Disponível em:

<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 13/10/2016.

²⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. Modelos de controle de convencionalidade sob uma perspectiva otimizador. *Revista Libertas*, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: PIZZOLO, Calogero et al.; coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valério de Oliveira Mazzuoli. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 115-145.

³⁰ Corte IDH. *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru*. Sentença de 24/11/2006.

³¹ CABALLO, Gonzalo Aguilar. ¿Quién es el guardián de la convención americana sobre derechos humanos? *Revista de Derechos Fundamentales*, N.º. 6, 2011. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3880010>. Acesso em 14/10/2016.

³² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 63-64.

Na modalidade de controle difuso, qualquer juiz ou tribunal pode reconhecer, no caso levado a seu julgamento, a inconstitucionalidade de determinada norma, negando-lhe, assim, sua aplicação naquilo que for incompatível com a Constituição. De seu turno, o controle concentrado, também chamado de controle abstrato, é realizado, exclusivamente, por um único órgão criado precipuamente para esse fim, qual seja a corte constitucional³³, que no Brasil, por exemplo, se faz presente no Supremo Tribunal Federal.

No tocante à forma de realização, o controle incidental é realizado no caso concreto, na disputa entre as partes; o juiz pronuncia-se acerca da constitucionalidade da lei, não dependendo, portanto, de demanda própria, sendo por isso considerado tecnicamente *questão prejudicial*. Diferente desse, o controle por via principal não é exercido no caso concreto e tem por finalidade a discussão da constitucionalidade em si de lei, sem contar que “não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição³⁴”.

1.4.1 O Controle de Convencionalidade Promovido pela Corte IDH

A Corte IDH, órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, detém competência consultiva e contenciosa. Dessa forma, ela tem legitimidade para exercer o controle de convencionalidade concentrado, por via principal, em sede de jurisdição internacional³⁵, tendo sempre a “última palavra sobre a interpretação da Convenção Americana³⁶”.

Ela exerce o controle de convencionalidade por meio de pareceres³⁷ (no âmbito consultivo) ou de sentenças (no âmbito contencioso). Isso é o que a doutrina chama de “bloco de convencionalidade: paradigma aplicável aos juízes e tribunais quando do exercício de

³³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 69-70.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 72-73.

³⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. Modelos de controle de convencionalidade sob uma perspectiva otimizador. *Revista Libertas*, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013.

³⁶ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 139.

³⁷ Em sua jurisprudência, a Corte expõe claramente sua competência consultiva e o alcance de seus pareceres: “La competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano” (CORTE IDH. *Opinião Consultiva nº 1*. 24 de setembro de 1982).

compatibilização das normas domésticas com as dos sistemas interamericanos de direitos humanos³⁸”.

A Corte IDH, portanto, realiza controle de convencionalidade por meio da “confrontação normativa de uma disposição do direito nacional que violou os direitos humanos reconhecidos pela Convenção Americana (...), mediante a ofensa do padrão interpretativo desenvolvido por seus julgamentos³⁹”. Percebe-se, dessarte, que a Corte se afigura como a “responsável por fiscalizar a produção (e a omissão) de normas domésticas com a finalidade de salvaguardar um catálogo de normas superiores em hierarquia e substância⁴⁰”.

Os pareceres consultivos da Corte IDH têm um papel fundamental na realização do controle de convencionalidade, pois auxiliam na propagação e na aplicação das normas convencionais protetivas, “refutando o caráter meramente programático”, e impedem (ou, ao menos, dificultam) que o Estado signatário edite leis incompatíveis com o texto convencional. A respeito, Flávia Piovesan elucida:

As opiniões consultivas, enquanto mecanismos com muito menor grau de confronto que os casos contenciosos, não sendo ainda limitadas a fatos específicos lançados à evidência, servem para conferir expressão judicial aos princípios jurídicos. (...) Por meio de sua jurisdição consultiva, a Corte tem contribuído para conferir uniformidade e consistência à interpretação de previsões substantivas e procedimentais da Convenção Americana e de outros tratados de direitos humanos⁴¹.

No plano contencioso, a Corte IDH atua subsidiariamente aos órgãos jurisdicionais locais, quando eles falham em não resolver os casos de violação a direitos humanos convencionais e esgotam todos os recursos em sua própria jurisdição. Em se confirmando essa violação, a Corte detém a prerrogativa de sentenciar (em decisões cujos efeitos são vinculantes a todos os Estados que reconhecem essa sua competência),

³⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011, p. 94.

³⁹ GONTIJO, André Pires. *Constitucionalismo compensatório como discurso em matéria de direitos humanos: limites e possibilidades da interação dos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os Estados da América Latina*. UniCEUB, 2016, p. 199.

⁴⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. Modelos de controle de convencionalidade sob uma perspectiva otimizador. *Revista Libertas*, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 152.

determinando então, tanto que seja preservado o gozo dos direitos violados, quanto que seja feita reparação pelos danos provenientes daquela violação⁴².

A emblemática sentença proferida no caso “A Última Tentação de Cristo”, Olmedo Bustos e outros *versus* Chile⁴³, é um exemplo de controle jurisdicional de convencionalidade, em que a Corte IDH, quando houve o reconhecimento da incompatibilidade de dispositivos da Constituição do Chile que obstavam a liberdade de expressão (sobretudo com os artigos 1.1⁴⁴ e 2⁴⁵ da CADH), determinou a alteração no ordenamento jurídico desse Estado, visando lá impedir o expediente da censura prévia – considerado violador dos direitos humanos. Vale dizer que, embora essa Corte reconheça a incompatibilidade, a norma continua vigente (porém inválida), cabendo ao órgão competente do Estado o procedimento necessário que a afaste de seu ordenamento jurídico⁴⁶.

1.4.2 O Controle de Convencionalidade Realizado por Juízes Nacionais

Além da atuação da Corte IDH, de modo concentrado, o controle de convencionalidade pode ser desempenhado – de modo difuso – por juiz ou tribunal de jurisdição nacional, da qual depende a efetividade das normas internacionais de direitos humanos. Nesse sentido, Eduardo Ferrer Mac-Gregor leciona:

El “control difuso de convencionalidad” consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la CADH, sus protocolos adicionales, y la

⁴² SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. Modelos de controle de convencionalidade sob uma perspectiva otimizadora. *Revista Libertas*, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013.

⁴³ Corte IDH. *Olmedo Bustos e outros versus Chile*. Sentença de 05/02/2001.

⁴⁴ “Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. San Jose da Costa Rica: 1969). Disponível em:

<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 13/10/2016.

⁴⁵ “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. San Jose da Costa Rica: 1969). Disponível em:

<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 13/10/2016.

⁴⁶ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. Modelos de controle de convencionalidade sob uma perspectiva otimizadora. *Revista Libertas*, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013.

*jurisprudencia de la CorteIDH que interpreta ese corpus iuris interamericano*⁴⁷.

O controle de convencionalidade entre as normas domésticas e as normas convencionais sobre direitos humanos é de fundamental importância para a implementação do conjunto de direitos desenvolvido pela Corte IDH, motivo pelo qual ela impõe que os juízes nacionais o desempenhem, inclusive, quando necessário, *ex officio*.

Um exemplo da imposição da Corte IDH de exercer o controle de constitucionalidade encontra-se no Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, em cuja sentença a Corte determinou que os órgãos jurisdicionais deviam exercer não apenas o controle de constitucionalidade, mas também, de ofício, o de convencionalidade, entre as normas internas e a CADH⁴⁸.

A Corte IDH pretende que os juízes implementem o conjunto de direitos humanos enunciados na CADH⁴⁹, com o objetivo de que não haja violação desses direitos – com eventual e consequente responsabilização do Estado – cabendo a ele adotar qualquer medida (legislativa ou de outra natureza) que seja necessária para conferir efetividade a esses direitos⁵⁰.

A Corte IDH também pretende que haja interação jurisprudencial entre ela e os órgãos jurisdicionais nacionais. Entretanto, a realidade depara-se com o paradoxo no tocante ao controle difuso de convencionalidade, pois a palavra da Corte é a última e a definitiva, o que impediria os juízes nacionais de inovarem na interpretação convencional⁵¹.

Para que se alcance a almejada interação jurisdicional por meio do controle de convencionalidade – o *ius commune* latino americano – Flávia Piovesan destaca os seguintes

⁴⁷ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano. In: PIZZOLO, Calogero et al.; coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valério de Oliveira Mazzuoli. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 547-656.

⁴⁸ Corte IDH. *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru*. Sentença de 24/11/2006.

⁴⁹ “No universo de direitos, destacam - se: o direito à personalidade jurídica; o direito à vida; o direito a não ser submetido à escravidão; o direito à liberdade; o direito a um julgamento justo; o direito à compensação em caso de erro judiciário; o direito à privacidade; o direito à liberdade de consciência e religião; o direito à liberdade de pensamento e expressão; o direito à resposta; o direito à liberdade de associação; o direito ao nome; o direito à nacionalidade; o direito à liberdade de movimento e residência; o direito de participar do governo; o direito à igualdade perante a lei; e o direito à proteção judicial”. (PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 104.)

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 103.

⁵¹ GONTIJO, André Pires. *Constitucionalismo compensatório como discurso em matéria de direitos humanos: limites e possibilidades da interação dos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os Estados da América Latina*. UniCEUB, 2016, p. 226.

desafios: promoção da ampla ratificação dos tratados internacionais de proteção direitos humanos da ONU e da OEA; incorporação desses tratados com um *status* privilegiado na ordem jurídica doméstica; incentivo ao exercício do controle de convencionalidade; fomento de programas de capacitação para que os agentes públicos apliquem aqueles instrumentos protetivos; fortalecimento do diálogo entre os sistemas regionais interamericano e europeu, e também entre as jurisdições constitucionais; e, por fim, desenvolvimento de mecanismos de efetivação das decisões internacionais no âmbito interno⁵².

Há, ainda, dois outros problemas na implementação daquela interação jurisprudencial: o primeiro é a ausência de instrumento próprio que disponha sobre o consentimento dos Estados sobre a maneira de realizar o controle difuso de convencionalidade, se, por exemplo, os juízes nacionais teriam a liberdade de não aplicar o direito internacional, sem estarem sujeitos à responsabilização pela Corte IDH; e o segundo é a não aceitação ou consentimento desse controle pelos Estados, recepcionando ou não os instrumentos internacionais em seu ordenamento jurídico⁵³.

Resta a indagação se, no Brasil, todos os juízes teriam a competência para analisar a convencionalidade das normas internas. A julgar pelo modelo misto de controle de constitucionalidade – controle concentrado/abstrato e o controle difuso/concreto –, poder-se-ia afirmar tranquilamente que a Corte IDH reformou a ordem jurídica, concedendo aquele poder aos juízes. Nesse sentido, a CF/88, inclusive, corrobora esse entendimento, ao dispor que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pode julgar recurso cuja decisão contrarie tratado ou nega-lhe vigência⁵⁴.

Em regra, os efeitos das decisões de inconstitucionalidade, em sede de controle difuso, atingem apenas partes envolvidas no processo, isto é, não gozam de eficácia *erga omnes*; motivo pelo qual fez o STF, após o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343⁵⁵,

⁵² PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: PIZZOLO, Calogero et al.; coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valério de Oliveira Mazzuoli. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 115-145.

⁵³ GONTIJO, André Pires. *Constitucionalismo compensatório como discurso em matéria de direitos humanos: limites e possibilidades da interação dos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os Estados da América Latina*. UniCEUB, 2016, p. 228.

⁵⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011, p. 119.

⁵⁵ STF, RE 466.343/SP, Pleno, v.u., Rel. p/ o Acórdão Min. Cezar Peluso, j. 03/12/2008, DJE 05/06/2009.

editar a Súmula Vinculante nº 25⁵⁶, para evitar que a morosidade do Senado impedisse a eficácia de sua decisão. Nesse aspecto, os autores Jânia Saldanha e Lucas Vieira explanam:

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro propicia um ambiente bastante favorável. Com a crescente objetivação, ou dessubjetivização, do *judicial review* brasileiro, as decisões tendem a possuir eficácia *erga omnes*. A razão é que num processo objetivo o aspecto central é a defesa da ordem constitucional, e não os interesses individuais das partes, de modo a preservar os princípios segurança jurídica e a igualdade perante a lei⁵⁷.

Recente decisão do STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5240)⁵⁸, mostra que o Estado brasileiro tem observado os instrumentos internacionais de direitos humanos, principalmente a CADH, comprometendo-se na realização de controle difuso de convencionalidade:

A Súmula Vinculante 25 (...) 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 efetivação⁵⁹.

Do exposto, infere-se que o controle de convencionalidade atinge a ordem jurídica do Estado-parte, uma vez que ele aceita a norma convencional com o propósito de resguardar a dignidade da pessoa humana, admitindo, portanto, que ela, como norma mais benéfica à pessoa humana prevaleça – sem que isso implique ofensa a sua Constituição ou problema de

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 25. “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

⁵⁷ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. Modelos de controle de convencionalidade sob uma perspectiva otimizador. *Revista Libertas*, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013.

⁵⁸ O STF julgou improcedente a referida ação em que a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil) questionava o provimento conjunto do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) e da Corregedoria Geral da Justiça que disciplinou a realização de audiências de custódia. Para a Adepol, a audiência de custódia somente poderia ter sido criada por lei federal e não por intermédio de tal provimento autônomo, já que a competência para legislar sobre a matéria é da União. Contudo, os ministros entenderam que o provimento disciplinou normas vigentes, não tendo havido qualquer inovação no ordenamento jurídico, tendo em vista que o direito do preso de ser levado sem demora à presença do juiz está previsto na CADH e no Código de Processo Penal (CPP). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5240, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgamento em 20.8.2015, *DJe* de 1.2.2016).

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5240, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgamento em 20.8.2015, *DJe* de 1.2.2016.

hierarquia normativa – observando, portanto, o princípio *pro persona*⁶⁰. Em outras palavras, em caso de divergência entre normas domésticas do Estado, deverá ser aplicada aquela mais protetiva ao indivíduo. Nesse sentido, explana a Corte:

La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención, que contiene las normas de interpretación, cuyo literal indica que ninguna disposición de la Convención, puede ser interpretada en el sentido de: limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce⁶¹.

Ante todo o exposto, conclui-se que o STF também exerceu o controle (difuso) de convencionalidade ao interpretar e compatibilizar o art. 306⁶² do CPP ao texto da CADH⁶³ no julgamento da ADI 5240 – no exercício de controle (concentrado) de constitucionalidade –, quando possibilitou, mediante ato administrativo, a realização de audiências de custódia no Brasil, o que veremos de forma mais esmiuçada no próximo capítulo.

⁶⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus *iuris* interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: PIZZOLO, Calogero et al.; coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Valério de Oliveira Mazzuoli. *Control de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 465-544.

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva n°5/85, de 13/11/1985. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>. Acesso em 15/10/2016.

⁶² “Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”. (BRASIL. Decreto-lei N° 3.689, de 3 de outubro de 1941).

⁶³ Neste contexto, a CADH é mais favorável ao preso em flagrante do que aquele dispositivo do CPP, pois é exigido que ele seja apresentado à autoridade competente: “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 ou a 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. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. San Jose da Costa Rica: 1969). Disponível em:

<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 15/10/2016).

2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

2.1 Conceito e Previsão Normativa

A audiência de custódia, também denominada de audiência de apresentação, trata-se da imediata condução do autuado em flagrante delito – bem como o preso provisória ou preventivamente – à presença da autoridade judicial, para que essa analise as circunstâncias da prisão, apreciando se ocorreram atos atentatórios à dignidade à pessoa do conduzido, como maus tratos ou tortura; exercendo, com isso, o controle de legalidade e da necessidade daquela prisão, sempre com a participação do Ministério Público e da Defesa⁶⁴.

Dois importantes tratados internacionais de direitos humanos (internalizados e incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, em posição hierárquica infraconstitucional e supralegal – vale lembrar) preveem o instituto da audiência de custódia. São eles: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), o qual estabelece, em seu art. 9.2, que “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”⁶⁵; e a CADH, da mesma forma, indica, em seu art. 7.5, que “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”⁶⁶.

2.2 Contexto Histórico

A partir da democratização no País, iniciada em 1985, o Estado brasileiro iniciou o processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de seus instrumentos, dos quais se destacam o PIDCP e a CADH, ambos ratificados em 1992.

Contudo, até o ano de 2011⁶⁷, quando foi proposto, pelo Senador Antônio Carlos Valadares, o Projeto de Lei do Senado Federal nº 554 (PLS nº 554/2011) – que ora tramita na

⁶⁴ PAIVA, Caio. *Na Série “Audiência de Custódia”: conceito, previsão normativa e finalidades*. Disponível em: www.justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/br. Acesso em: 24/10/2016.

⁶⁵ BRASIL. *Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 25/10/2016.

⁶⁶ BRASIL. *Decreto Nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 25/10/16.

⁶⁷ Ano em que o CPP sofreu importantes alterações relativas à prisão processual, fiança, liberdade provisória e outras medidas cautelares por meio da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, esse seria momento oportuno, diga-se de passagem, para incluir a apresentação do preso.

Câmara dos Deputados, o Brasil foi silente⁶⁸ quanto à estudada audiência, a despeito de ser signatário do PIDCP e da CADH, instrumentos internalizados em seu ordenamento jurídico (vale salientar) há mais de 20 anos. O PLS nº 554/2011 prevê a alteração do § 1º do art. 306 do CPP, para determinar o prazo de 24 horas para a apresentação do preso à autoridade judicial depois de efetivada sua prisão em flagrante, visando, portanto, a inserção daquela audiência na legislação processual penal e adequação aqueles instrumentos internacionais⁶⁹.

Ante a arrastada tramitação do PLS nº 554/2011 e indefinição dessa temática no Poder Legislativo, o Poder Judiciário adiantou-se e passou a se manifestar ora sobre a prescindibilidade da audiência de custódia, frente às garantias processuais já asseguradas na legislação doméstica, ora sobre a obrigação de realizá-la, em observância aos tratados e convenções internacionais que sobre ela dispõem⁷⁰.

Diante dessa incerta realidade, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, desenvolveu, em janeiro de 2015, um projeto-piloto, intitulado *Projeto Audiência de Custódia*, com o objetivo de, então, implantar a audiência de custódia em todo o País. No final do mesmo mês, a Presidência e a Corregedoria daquele Tribunal, para dar execução ao projeto, editou o Provimento Conjunto nº 03/2015, determinando a realização gradativa da referida audiência no Estado de São Paulo⁷¹.

Em abril do mesmo ano, o CNJ firmou, com o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD)⁷², um acordo de cooperação técnica (Termo de Cooperação Técnica – com o objetivo de reunir esforços para a implantação da audiência de custódia, em âmbito nacional, cabendo ao Instituto exercer o acompanhamento, a análise e o monitoramento do projeto, visando a avaliar seus impactos, coletar dados e sinalizar seu impacto no sistema de justiça criminal brasileiro.

⁶⁸ O Brasil esteve omissa quanto à audiência de custódia, nos moldes apresentados no presente trabalho, entretanto, há três instrumentos normativos que disciplinam a apresentação da pessoa presa de forma semelhante, mas com finalidades diversas àquelas almejadas pela CADH, a saber: a Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral), art. 236, §2º, a Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), art. 33, e a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), art. 99.

⁶⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Nota Técnica*. São Paulo, 11 de fevereiro de 2015. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/docs/PLS_554_2011.pdf. Acesso em 04 nov. 2016.

⁷⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (org.). *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 12.

⁷¹ PRUDENTE. Neemias Moretti. Lições Preliminares acerca da Audiência de Custódia no Brasil. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, a. XVI, nº 93, ago.-set. 2015, p. 9-31.

⁷² Organização da sociedade civil de interesse público, cuja missão é “fomentar na sociedade e em instituições do Estado a ideia de que todos têm direito a uma defesa de qualidade, à observância do princípio da presunção da inocência, ao pleno acesso à Justiça, a um processo justo e a cumprir a pena de forma digna”. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/index.php/quem-somos/>. Acesso em 10 nov. 2016.

O Provimento Conjunto nº 03/2015, oriundo do projeto, disciplinou sobre a forma de realização da nova etapa processual penal. Em linhas gerais, ele definiu o prazo de 24 horas, a contar da prisão em flagrante, para a apresentação do preso perante a autoridade judicial, assegurado seu direito à prévia consulta a seu advogado ou defensor público, além de permanecer em silêncio e não responder as indagações do juiz. Concluída a entrevista, o membro do Ministério Público e o defensor do preso manifestam-se sobre a legalidade da prisão e sobre imposição ou não de alguma medida cautelar, que serão, por seu turno, analisadas e decididas pelo juiz, o qual caberá determinar exames clínicos ou de corpo de delito do preso para apuração de eventuais abusos sofridos durante a prisão⁷³.

Ocorre que a implantação da audiência de custódia por aquele Provimento gerou resistência por parte algumas entidades (principalmente, aquelas relacionadas à polícia judiciária) as quais manifestaram, dentre outras coisas, sobre o impacto na rotina dos atores do processo penal, a ausência de aparato humano e condições financeiras que permitissem o cumprimento de suas disposições. Essa insatisfação levou a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol-Brasil) a propor a ADI 5240/SP para questionar referido Provimento⁷⁴.

A Adepol alegou que a audiência de custódia seria uma inovação, não havendo previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro⁷⁵; e, ainda, que tal matéria só poderia ser criada por lei federal, e não por um provimento autônomo. De acordo com seu entendimento, o Provimento Conjunto nº 03/2015 violaria o inciso I do artigo 22, da CF/88, o qual dispõe que “compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho⁷⁶”, além dos parágrafos 4º e 6º do artigo 144 da Carta, o qual disciplina as atribuições dos delegados de polícia.

O Plenário do STF não pactuou com o entendimento da Adepol e julgou improcedente o pedido com a justificativa de que aquele provimento teria aspecto meramente regulamentar, ao reportar-se ao art. 7.5 da CADH, como fundamento de validade, e dispor de

⁷³ PRUDENTE. Neemias Moretti. Lições Preliminares acerca da Audiência de Custódia no Brasil. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, a. XVI, nº 93, ago.-set. 2015, p. 9-31.

⁷⁴ PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, pag. 547.

⁷⁵ Em seu argumento, a Associação ignorou a ratificação, pelo Brasil, do PIDCP e da CADH, instrumentos internacionais que preveem a audiência de apresentação.

⁷⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Emenda Constitucional nº 91, de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08/11/2016

questão meramente administrativa, não se tratando, portanto, de inovação jurídica. Em outras palavras, não houve a criação de direito ou dever, mas apenas a explicitação do CPP e da CADH, não violando, deste modo, os princípios da legalidade e da reserva legal de lei federal em matéria processual penal⁷⁷.

Simultaneamente a isso, demais Tribunais de Justiça (com exceção do Tribunal de Justiça da Bahia) aderiram ao projeto do CNJ e passaram a emitir seus próprios atos normativos quanto ao procedimento praticado na audiência de custódia no âmbito de suas circunscrições judiciárias⁷⁸.

O provimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, a despeito de ser o primeiro ato normativo resultante daquele projeto-piloto do CNJ, não serviu de modelo para os demais Tribunais estaduais. Consequentemente, as diferentes regulamentações criadas por eles, ainda que tratassem do mesmo ato processual, provocaram significativas discrepâncias entre si, das quais se destacam a execução da audiência de custódia por videoconferência ou em finais de semana e feriado e a fixação de prazo de 24 ou 48 horas, por alguns Tribunais e por outros,

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5240/SP – São Paulo. Relator: Ministro Luiz Fux. *Pesquisa de Jurisprudência*, Acórdão, 01 fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5240%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+5240%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lxjyskt>. Acesso em: 13 mar. 2016.

⁷⁸ **Acre:** Portaria Conjunta nº 17/2015, 1º de setembro de 2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. **Amazonas:** Portaria nº 1.272/2015 – PTJ, de 3 de agosto de 2015. **Alagoas:** Resolução nº 21, de 15 de setembro de 2015, do Pleno do Tribunal de Justiça. **Amapá:** Ato Conjunto nº 386/2015, de 17 de setembro de 2015, do Gabinete da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral da Justiça. **Ceará:** Resolução nº 14, de 6 de agosto de 2015, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça. **Distrito Federal:** Portaria Conjunta nº 101/2015, de 7 de outubro de 2015, da Presidência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e Corregedoria da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Espírito Santo:** Resolução nº 13, de 9 de abril de 2015, do Pleno do Tribunal de Justiça. **Goiás:** Resolução nº 35, de 22 de julho de 2015, da Corte Especial do Tribunal de Justiça. **Maranhão:** Provimento nº 14/2014, da Corregedoria-Geral de Justiça. **Mato Grosso:** Provimento nº 14/2014, de 24 de julho de 2015, do Conselho de Magistratura. **Mato Grosso do Sul:** Provimento nº 352, de 1º de outubro de 2015, do Conselho de Magistratura. **Minas Gerais:** Resolução nº 796/2015, de 25 de julho de 2015, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça. **Pará:** Provimento Conjunto nº 01/2015, de 24 de setembro de 2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria-Geral da Justiça. **Paraíba:** Provimento Conjunto nº 01/2015, de 29 de julho de 2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria-Geral da Justiça. **Paraná:** Resolução nº 144, de 14 de setembro de 2015, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça. **Pernambuco:** Resolução nº 380, de 10 de agosto de 2015, da Corte Especial do Tribunal de Justiça. **Piauí:** Provimento Conjunto nº 03, de 11 de junho de 2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria-Geral da Justiça. **Rio de Janeiro:** Resolução nº 29/2015, de 11 de setembro de 2015, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça. **Rio Grande do Norte:** Resolução nº 18/2015, de 16 de setembro de 2015, do Tribunal de Justiça. **Rio Grande do Sul:** Resolução nº 1087/2015, de 16 de julho de 2015, do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça. **Rondônia:** Provimento Conjunto nº 11/2015, de 25 de agosto de 2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria-Geral da Justiça. **Roraima:** Resolução nº 26, de 2 de setembro de 2015, do Tribunal de Justiça. **Santa Catarina:** Resolução Conjunta nº 06, de 4 de setembro de 2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria-Geral da Justiça. **São Paulo:** Provimento Conjunto nº 03/2015, de 22 de janeiro de 2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria-Geral da Justiça. **Sergipe:** Instrução Normativa nº 11/2015, de 29 de setembro de 2015, da Presidência do Tribunal de Justiça. **Tocantins:** Resolução nº 17, de 2 de julho de 2015, do Tribunal de Justiça.

não; gerando, por conseguinte, “desigualdade de tratamento entre os presos no país”, como bem apontam Mauro Andrade e Pablo Alflen⁷⁹.

Em meio a criação de todos aqueles atos normativos estaduais, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, solicitando o reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população carcerária e a adoção de providências para “situação degradante das penitenciárias no Brasil”⁸⁰, dentre as quais, a que mais interesse ao presente trabalho, é a realização, em até noventa dias, de audiência de custódia em todo o país, oportunizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. O partido entende que o referido procedimento poderia reduzir a superlotação prisional, na medida em que permite, à autoridade judiciária, a adoção imediata de medidas alternativas à prisão e análise das condições financeiras do preso em flagrante que não pode pagar fiança para ficar em liberdade provisória.

O STF, no julgamento da ADPF 347, reconheceu que o sistema penitenciário nacional deve ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional (ECI)”⁸¹, ante o cenário de “violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária”. O ministro relator adverte que não são apenas os princípios constitucionais que são violados, mas também diversos

⁷⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (org.). *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 29.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Pesquisa de Jurisprudência*, Acórdão, 19 fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁸¹ “Trata-se de construção jurisprudencial da Corte Constitucional colombiana, que tratou do assunto pela primeira vez na *Sentencia de Unificación* (SU) nº 559, de 1997. Nesse caso, a Corte Constitucional constatou existir um descumprimento generalizado dos direitos previdenciários de um grupo de 45 (quarenta e cinco) professores de dois municípios colombianos e de um grupo ainda maior que era alcançado pela situação. Declarou o “estado de coisas inconstitucional” e determinou que os municípios envolvidos encontrassem solução para a inconstitucionalidade em prazo razoável. A Corte colombiana passou a aperfeiçoar o instituto em decisões posteriores. Um dos casos de maior destaque foi o tratado na *Sentencia de Tutela* (T) nº 153, de 1998, em que a Corte Constitucional “declarou o estado de coisas inconstitucional” relativo ao quadro de superlotação das penitenciárias do país. A Corte constatou que o quadro de descumprimento de direitos fundamentais era generalizado. A superlotação e o império da violência nas penitenciárias eram mazelas nacionais, de responsabilidade de um conjunto de autoridades. Além de declarar o “estado de coisas inconstitucional”, ordenou a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias e determinou a alocação de recursos orçamentários necessários” (VIEIRA JUNIOR, Ronaldo J. A. *Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em 10 nov. 2016)

dispositivos do PIDCP, da Convenção contra a Tortura e da própria Lei de Execução Penal (LEP). A Corte, ainda, deferiu liminarmente as medidas de liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), proibindo o Poder Executivo de contingenciar os valores do fundo, e imposição da realização de audiências de custódia aos juízes e tribunais, consoante ao demandado na petição.

A decisão da ADPF 347 – bem como do RE nº 592.581⁸² –, suscitou controvérsias principalmente pelo reconhecimento do “estado de inconstitucionalidade”. Os que são contrários à decisão do STF, além de considerá-la heterodoxa⁸³, consideram que a Corte não teria “legitimidade democrática e institucional para adotar as medidas pleiteadas”⁸⁴ – e que o uso do instituto do ECI seria um “ativismo judicial camuflado”⁸⁵. Os autores José Ribas Vieira e Rafael Bezerra, embora favoráveis aquele instituto, não concordam com o deferimento das duas medidas cautelares por receio à banalização do próprio instituto:

[...] petionários e magistrados parecem não ter colocado o instituto jurídico do “Estado de Coisas Inconstitucional” em sua dimensão originária. Em síntese, a sua recepção pela doutrina e jurisprudência brasileiras sem considerar a premente necessidade de promover um profundo redesenho institucional, não apenas do processo decisório do STF, mas também de nossa política pública carcerária, a partir da criação de novos mecanismos de participação deliberativa, de monitoramento e controle social acaba, por esvaziá-lo.

(...)

⁸² A Corte apreciou, neste recurso, a competência do Poder Judiciário para determinar, ao Poder Executivo, a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos. Ali decidiu: “(...) É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581 – Rio Grande do Sul. Relator: Ricardo Lewandowski. *Pesquisa de Jurisprudência*, Acórdão, 1º fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=592581&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10 nov. 2016.

⁸³ VIEIRA JUNIOR, Ronaldo J. A. *Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em 10 nov. 2016, p. 17.

⁸⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Artigo publicado em: http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn3. Acesso em 10 nov. 2016.

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Artigo publicado em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>. Acesso em: 11 nov. 2016.

Constata-se que esta preocupação, por hora, de fato não aconteceu. Pelo contrário, o que se viu (...) fora uma reprodução da ideia de Roberto Schwarz, desenvolvida nos anos 70, de “ideias fora do lugar”, haja vista que tanto os pedidos formulados como a decisão liminar mantiveram a contumaz perspectiva deliberativa do STF: mandatória e monológica, bem como, refletiram um profundo alheamento em relação à necessária construção de uma jurisdição supervisora e de sentenças estruturantes, em frontal contraste com a jurisprudência da CCC⁸⁶.

A despeito de toda a crítica apontada àquela decisão da Corte, Carlos Alexandre de Azevedo Campos entende que o STF, com o objetivo de “proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais”, tem legitimidade para determinar “medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades” e “solucionar litígios de caráter estrutural”. O autor entende, ainda, que aplicação do instituto importado da Corte Constitucional da Colômbia pode ser profícua para o Brasil, cujo sistema carcerário é falho e demonstra que seu quadro institucional atende aos pressupostos de reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional:

- a) a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas;
- b) a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação;
- c) a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc⁸⁷.

Nesse contexto, o ministro Marco Aurélio argumenta que é papel da Corte determinar medidas para afastar o estado de inconstitucionalidade reconhecido na ADPF 347, assegurando, pois, os princípios constitucionais e afirma que a “responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal”,

⁸⁶ VIEIRA, José Ribas; Bezerra, RAFAEL. *Estado de coisas fora do lugar (?)*. Artigo publicado em: <http://jota.info/estado-de-coisas-fora-lugar>. Acesso em: 11 nov. 2016.

⁸⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Artigo publicado em: http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn3. Acesso em 10 nov. 2016.

Ante o anseio de dar aplicabilidade à medida liminar deferida naquela arguição – a qual impõe, a todos os juízes e tribunais, a realização de audiências de custódia – e a ausência de isonomia decorrente da pluralidade de regulamentações estaduais, o CNJ emitiu a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, de âmbito nacional, apresentando o procedimento do instituto em estudo e o Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC), sistema eletrônico, de amplitude nacional, “destinado a facilitar a coleta dos dados produzidos na audiência e que decorram da apresentação de pessoa presa em flagrante delito a um juiz⁸⁸”.

A Resolução nº 213 trouxe importantíssimos benefícios à ordem jurídica, dos quais se destacam: primeiro, devido a seu caráter nacional, ela derogou⁸⁹ as regulamentações estaduais e, por conseguinte, uniformizou a forma de realização da audiência de custódia no País; por último, ela abordou matérias esquecidas naquelas regulamentações. Conforme, Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen, vale salientar que a referida resolução, em seu artigo 13, ampliou a realização do instituto a outros tipos de presos (a título cautelar ou definitivo), visando a sua conformação aos instrumentos internacionais ratificados pelo País – em especial o PIDCP, a CADH e a Convenção contra a Tortura –, e, bem como, à jurisprudência firmada na Corte IDH⁹⁰.

Evidentemente, a referida resolução também foi questionada, tal qual o provimento do Tribunal de São Paulo. Dessa vez, foi pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) que ajuizou uma ação de inconstitucionalidade (ADI nº 5.448⁹¹), a qual foi negada por ilegitimidade ativa da proponente.

2.2.1 *Evolução dos Projetos de Lei*

Até a Resolução nº 213, parte dos Magistrados recusava-se a realizar audiência de custódia, justificando que sua realização não estava contida no procedimento expresso no CPP, o que, para Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen, é uma afronta a Convenção de Viena sobre Tratados, a qual dispõe, em seu artigo 27, que o Estado não pode

⁸⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2234>. Acesso em: 11 nov. 2016

⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 1: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 64.

⁹⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (org.). *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 30.

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.448/DF– Distrito Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. *Pesquisa de Jurisprudência*, Acórdão, 05 fevereiro de 2016. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/304121454/andamento-do-processo-n-5448-acao-direta-de-inconstitucionalidade-10-02-2016-do-stf?ref=topic_feed. Acesso em 11 nov. 2016.

invocar seu direito interno como argumento para o inadimplemento de um tratado⁹². Os autores avaliam que

[...] por causa dessa (anti)cultura, algumas iniciativas de ordem legislativas se propuseram não só a internalizar a audiência de custódia à nossa legislação nacional – ainda que erroneamente restritas à figura do sujeito preso em flagrante –, senão também, e principalmente, em estabelecer um procedimento único a ser observado quando de sua realização⁹³.

O primeiro intento de ordem legislativa que fez alusão ao instituto, aqui estudo, foi aquele deflagrado pelo Senador Renato Casagrande, o qual requereu⁹⁴, em 2008, a formação uma de Comissão de Juristas com a finalidade de elaborar um novo CPP. Nomeada naquele mesmo ano, a Comissão⁹⁵ apresentou seu trabalho final, em 2009, quando foi convertido no PLS 156/2009.

Contudo, o PLS 156/2009 apresentou como mera faculdade (e não obrigação) a apresentação do preso à autoridade judiciária, quando essa entendesse necessária a averiguação da observância dos direitos e garantias constitucionais do preso. Apesar dessa (infeliz) facultatividade, o projeto prevê uma nova figura, ao processo penal, chamada de juiz das garantias⁹⁶, cuja função principal é a de verificar o respeito aos direitos e garantias

⁹² BRASIL. *Decreto N° 7.030, DE 14 de dezembro de 2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 14 nov. 16.

⁹³ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (org.). *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 32.

⁹⁴ Requerimento N° 227, de 2008

⁹⁵ Integrada pelos juristas: Antonio Corrêa; Antonio Magalhães Gomes Filho; Eugenio Pacelli de Oliveira; Fabiano Augusto Martins Silveira; Félix Valois Coelho Júnior; Hamilton Carvalhido; Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

⁹⁶ “Art. 15. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: I receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso **LXII** do art. **5º** da **Constituição** da República; II receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543; III zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV ser informado da abertura de qualquer inquérito policial; V decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VII decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VIII prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em atenção às razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação; XII decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado. XIII julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIV outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo. Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada”.

fundamentais do suspeito ou indiciado, na primeira fase da persecução penal, sendo, impedido, portanto, de atuar nos atos subsequentes ao ajuizamento da ação penal⁹⁷.

O Senador José Sarney apresentou duas emendas (nº 170 e 171), das quais uma sugeria a obrigatoriedade de apresentação do preso em flagrante (apenas esse) ao *juiz das garantias* – com os fins a que se propõe a audiência de custódia –, para que o novo CPP se ajustasse aos termos da CIDH e do PIDCP. Entretanto, a emenda foi rejeitada e o referido projeto, com texto aprovado na Casa Iniciadora, tramita atualmente na Câmara dos Deputados (PL nº 8045, de 2010⁹⁸).

Para que se tornasse obrigatória a apresentação judicial do preso em flagrante, em 24 horas, incluindo-a, pois, na sistemática processual penal, o Senador Antônio Carlos Valadares apresentou o PLS Nº 554/2011. No projeto, ele fundamentou que a legislação brasileira precisa se adequar aos instrumentos internacionais de proteção a direitos humanos, com fim máximo de resguardar a integridade física e psíquica da pessoa do preso.

O supracitado projeto, durante sua prolongada tramitação⁹⁹ (ainda em curso na mesma Casa), passou por diversas emendas acerca da formatação da audiência de custódia, das quais se destacam: a necessária presença do Ministério Público e da defesa técnica e nova redação do artigo 306 do CPP¹⁰⁰. Entre idas e vindas de manifestações e emendas, a

⁹⁷ GOMES, Luiz Flávio. *O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 14 nov. 2016.

⁹⁸ Em 24 de maio de 2016, o Deputado Ricardo Izar requereu a realização de audiência pública para tratar, dentre outros assuntos, da audiência de custódia. Tramitação do projeto está disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>

⁹⁹ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>.

¹⁰⁰ “Art. 306.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado pela autoridade policial ao juiz competente e ao Ministério Público o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública respectiva.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pelo delegado de polícia, com o motivo da prisão, a capitulação jurídica e os nomes do condutor e das testemunhas.

§ 3º Imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante, diante da ocorrência de suposta violação aos direitos fundamentais da pessoa presa, o delegado de polícia em despacho fundamentado determinará a adoção das medidas cabíveis para a preservação da integridade do preso e ordenará a averiguação das violações apontadas, instaurando de imediato inquérito policial para apuração dos fatos e requisitando a realização de perícias e de exames complementares e a busca de outros meios de prova cabíveis.

§ 4º No prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a lavratura do auto de prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judiciária tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 5º Na audiência de custódia de que trata o § 4º, o juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida, ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310.

§ 6º A oitiva a que se refere o § 5º será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência de tortura ou maus-tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

Resolução nº 213, do CNJ, continuará a regulamentar o instituto, “apesar de a boa técnica exigir que tal se dê por legislação federal”¹⁰¹.

Uma proposta de emenda ao projeto, apresentada pelo Senador Francisco Dornelles, que gerou extensa discussão (a qual, felizmente, foi rejeitada) foi acerca da realização da audiência de custódia por meio de videoconferência. Para o senador, o deslocamento de presos colocaria em risco à incolumidade pública e institucional, e, bem como, a segurança do preso. Aury Lopes Jr e Caio Paiva consideram que a aprovação da emenda teria sido um retrocesso, pois retiraria o caráter humanitário daquele instituto, e completam:

Sob o pretexto dos altos custos e riscos (como se não vivêssemos numa sociedade de risco) gerados pelo deslocamento de presos “perigosos” (...) retirar a garantia da jurisdição, a garantia de ter um juiz, contribuindo ainda mais para que eles assumam uma postura burocrática e de assepsia da jurisdição. É elementar que a distância da virtualidade contribui para uma absurda desumanização do processo penal. É inegável que os níveis de indiferença (e até crueldade) em relação ao outro aumentam muito quando existe uma distância física (virtualidade) entre os atores do ritual judiciário. É muito mais fácil produzir sofrimento sem qualquer culpa quando estamos numa dimensão virtual¹⁰².

O PLS Nº 554/2011 enfrentou resistência de determinadas instituições envolvidas no processo penal, como a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) e a Associação

§ 7º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se o preso não tiver ou não indicar advogado, na de Defensor Público, e na de membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no § 6º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310.

§ 8º Na impossibilidade, devidamente certificada e comprovada, de a autoridade judiciária realizar a inquirição do preso quando de sua apresentação, a autoridade custodiante ou o delegado de polícia, por meio de seus agentes, tomará recibo do serventuário judiciário responsável, que será juntado aos autos, retornará com o preso e comunicará o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública, se for o caso, e ao Conselho Nacional de Justiça.

§ 9º Tendo em vista a necessidade de garantir os direitos fundamentais do preso, a audiência de custódia deverá ser obrigatoriamente realizada no primeiro dia útil subsequente à data constante do recibo previsto no § 8º, devendo a autoridade custodiante ou o delegado de polícia, sob pena de responsabilidade, reapresentá-lo na data indicada.

§ 10. No caso de crime de competência da Polícia Federal, quando o Município do local de lavratura do flagrante delito não coincidir com sede da Justiça Federal, a autoridade custodiante ou o delegado de polícia federal determinará a seus agentes que conduza o preso ao juízo de direito do local da lavratura da peça flagrantial no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, acompanhado do auto de prisão em flagrante e de todas as oitivas colhidas, que serão encaminhados ao Ministério Público e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, à Defensoria Pública.”

¹⁰¹ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (org.). *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 44.

¹⁰² LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal. Artigo publicado em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lobes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>. Acesso em 15 nov. 2016.

dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/BR). Um dos argumentos apontados pela AJUFE, contrários à implementação da audiência de custódia, foi de que ela seria inviável em razão da falta de recursos humanos e financeiros no deslocamento dos autuados, além da presunção de que corpo policial seria inidôneo e submete o preso à violência¹⁰³. Em que pesem as manifestações contrárias ao projeto, o IBCCRIM aponta a importância da realização da apresentação do preso, para que, em contato com o juiz, ele se manifeste sobre as circunstâncias da prisão antes do ajuizamento da ação penal, isto é, antes da audiência de instrução e julgamento¹⁰⁴. Nesse sentido, concluem Aury Lopes Jr e Caio Paiva:

São inúmeras as vantagens da implementação da audiência de custódia no Brasil, a começar pela mais básica: ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Confia-se, também, à audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto através dela se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira do papel” estabelecida no [atual] artigo 306, parágrafo 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado¹⁰⁵.

Vale mencionar que há outros intentos legislativos para a inclusão da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, como a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 112, de 2011; o Projeto de Lei nº 7.871/2014; Projeto de Lei nº 470/2015 e PEC nº 89, de 2015; os quais não merecem maiores comentários, seja pelo arquivamento ou pela intenção de transformar o Delegado de Polícia em juiz-instrutor¹⁰⁶.

2.3 Características

Alguns aspectos prescritos na CADH – além de sua interpretação dada pela Corte IDH – devem ser detalhados para melhor compreender o instituto da audiência de custódia: sua destinação, seus atributos, sua finalidade e sua forma de realização.

¹⁰³ ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. *Nota Técnica Nº 16/2014*. Brasília, 16 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=159456&tp=1>. Acesso em: 08 nov. 2016.

¹⁰⁴ IBCCRIM. Editorial. O esforço de Sísifo e a audiência de custódia. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, nº 252, nov. 2013, p. 1.

¹⁰⁵ LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal. Artigo publicado em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>. Acesso em 15 nov. 2016.

¹⁰⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (org.). *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 49.

Pela intelecção daquele texto convencional, depreende-se que a audiência de custódia fundamenta-se na preocupação com qualquer pessoa que teve sua liberdade restringida – *presa ou detida*, seja por ter sido presa em flagrante delito, seja por ser conduzida a investigação ou processo criminal, a exemplo da *condução coercitiva*¹⁰⁷ e das prisões cautelares; seja por ter sido condenada¹⁰⁸. Nesse aspecto, o PLS nº 554 deixa a desejar – ao contrário da Resolução nº 213 do CNJ –, por limitar a audiência de custódia à pessoa presa em flagrante, excluindo os demais presos daquela proteção.

2.3.1 Finalidade

O aspecto mais relevante que se extrai do artigo 7.5 CADH é a finalidade da audiência de custódia, qual seja a preservação da integridade física e moral do preso – dentre outros direitos traçados por ela –, e o controle judicial¹⁰⁹ dos motivos e circunstâncias da prisão, para, dentre outras ações, confirmar a identidade do apresentado, averiguar a ocorrência de algum ato de violência contra ele, verificar a existência de extinção de punibilidade, determinar o relaxamento da prisão ilegal ou a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ou a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança ou aplicação de outra medida cautelar¹¹⁰. Nesse sentido, devidamente adverte a Corte IDH:

[...] el control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción cuando

¹⁰⁷ “Trata-se de medida cautelar híbrida, de natureza pessoal e probatória, que importa em certo grau de tolhimento da liberdade do indivíduo e volta-se teleologicamente à obtenção de algum elemento informativo ou probatório. Cuida-se de medida autônoma, uma vez que independe de prévia intimação do conduzido, e procura preservar a higidez das fontes de prova. Não afeta a inexigibilidade de autoincriminação, mas apenas materializa a teoria da perda de uma chance probatória, porquanto o Estado não pode se esquivar da incumbência de produzir material probatório sólido para demonstrar de forma robusta a materialidade e autoria delitivas. O objetivo é evitar que prejudique a persecução penal. Não importa se elementos serão efetivamente produzidos com base na condução coercitiva, pois o que se busca é que não se perca a chance de produzi-los” (CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; COSTA, Adriano Sousa. *Condução coercitiva é legítimo mecanismo da persecução penal*. Artigo publicado em: http://www.conjur.com.br/2016-mar-11/conducao-coercitiva-legitimo-mecanismo-persecucao-penal#_ftn3. Acesso em 15 nov. 2016.

¹⁰⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (org.). *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 53.

¹⁰⁹ CASAL, Jesús María. In: *Convención Americana sobre Derechos Humanos – Comentario*. Fundación Bototá, Colômbia: Konrad Adenauer, 2014, p. 196. Disponível em: <https://www.scjn.gob.mx/libreria/Documents/ConvencionAmericanaSobreDerechos20141209.pdf>. Acesso em: 03/11/16.

¹¹⁰ CNJ. Resolução Nº 213 de 15/12/2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 03/11/16.

*sea estrictamente necesario y procurar, en general, que se trate al inculgado de manera consecuyente con la presunción de inocência*¹¹¹.

Embora seja louvável a iniciativa do CNJ e das demais instituições envolvidas no esforço de implementar a audiência de custódia no País, para, finalmente, adequar as normas domésticas aos instrumentos internacionais, infere-se, das manifestações dessas instituições – inclusive, do julgamento da ADPF 347 – , que essa não é a real motivação. Nesse sentido, Associação dos Juizes para a Democracia julga que a referida audiência teria o condão de diminuir o número de decretação de prisões cautelares¹¹². Ora, o instituto não se destina a mudar a interpretação que juiz faz dos requisitos legais para decretação de prisão cautelar. Dessa forma, o instituto sofre uma “distorção ideológica¹¹³”, por apresentar finalidade diversa a da pretendida pela CADH, como abordaram Gustavo Noronha de Ávila e Alexis Andreus¹¹⁴:

Apesar dos objetivos claramente humanitários declarados no Pacto de São José da Costa Rica, é possível afirmar que o sistema penal brasileiro não vira motivos econômicos ou políticos para a materialização das audiências de custódia.

Não surpreende, assim pensando, que o objetivo principal dos atuais projetos de regulamentação da audiência de custódia nos Estados seja a redução da superlotação carcerária brasileira, bem como a diminuição da ocorrência de prisões provisórias. Dito de outra forma: ao invés de fundamentar as audiências de custódia na inalienável defesa do direito ambulatorial do indivíduo frente ao Estado, vê-se nelas uma alternativa para dois fenômenos política e economicamente custosos: a superlotação dos presídios e o absurdo número de presos provisórios no País.

Em outras palavras, a audiência de custódia que, originalmente, foi constituída e firmada com o fim de evitar abusos durante a realização e manutenção de prisões ou detenções por parte do Estado – lado mais forte da relação – e arbitrariedades por parte dos

¹¹¹ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>. Acesso em: 03/11/16.

¹¹² ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. *Ofício*. São Paulo, 21 ago. 2014. Disponível em: http://www.ajd.org.br/documentos_ver.php?idConteudo=165. Acesso em: 15 nov. 2016.

¹¹³ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (org.). *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 57.

¹¹⁴ ÁVILA, Gustavo Noronha de; ANDREUS, Alexis. A Resistência à Audiência de Custódia no Brasil: Sintoma de Ilegalismo. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, a. XVI, nº 93, ago.-set. 2015, p. 62-66.

agentes públicos, pode ter-se tornado, por vias colaterais, um remédio imediatista para problemas endêmicos de infraestrutura e condições humanas do sistema prisional brasileiro.

2.3.2 Forma de Realização da Apresentação

O comparecimento deve ser pessoal e não pode ser substituído por mera comunicação da prisão à autoridade judicial – diferentemente da sistemática prevista no artigo 306¹¹⁵ do CPP, no qual não é oferecida a oportunidade do preso ser ouvido antes da tomada de qualquer decisão. Tendo em vista que a apresentação do preso propicia àquela autoridade a supervisão da legalidade da detenção, averiguando se a integridade física ou moral do preso é respeitada – se ele, por exemplo, não sofre algum tipo de agressão para auxiliar na investigação policial ou, até mesmo, confessar – e, ainda, se a garantia da verdade real dos fatos que resultaram na prisão é observada¹¹⁶; em respeito ao princípio da oralidade (e de seus derivados¹¹⁷).

Outro aspecto importante é a celeridade do encaminhamento do preso à audiência. A CADH não estabeleceu o prazo nem explicou a expressão “sem demora”, o que fez com que a Corte IDH entendesse que o Estado-membro deve, em sua legislação interna, fixar o prazo para apresentação e cumpri-lo; e, tal prazo deve ser razoável. A sentença do Caso *Castillo Petruzzi X Peru*¹¹⁸ é exemplo desse entendimento, na qual a Corte julgou que o Estado infringiu sua norma (cujo prazo era de 15 dias, prorrogáveis por igual período), apresentando os presos após 36 dias de detenção; e ela não tinha um prazo razoável e compatível com a CADH¹¹⁹.

O PLS nº 554, de 2011, propõe que a apresentação do preso ocorra no prazo de 24 horas da lavratura do auto de prisão em flagrante, enquanto a Resolução nº 213 do CNJ

¹¹⁵ BRASIL

¹¹⁶ WEIS, Carlos, JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. A Obrigatoriedade da Apresentação Imediata da Pessoa Presa ao Juiz. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 921, p. 331-355, 2012.

¹¹⁷ “Os princípios que decorrem da oralidade são os seguintes: concentração (toda a colheita da prova e o julgamento devem dar-se em uma única audiência ou no menor número delas); imediatidade (o magistrado deve ter contato direto com a prova produzida, formando mais facilmente sua convicção); identidade física do juiz (o magistrado que preside a instrução, colhendo as provas, deve ser o que julgará o feito, vinculando-se à causa)” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. VitalSource Bookshelf Online. Minha Biblioteca. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5461-1/epubcfi/6/10\[vnd.vst.idref=copyright\]!/4/8/2@0:0](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5461-1/epubcfi/6/10[vnd.vst.idref=copyright]!/4/8/2@0:0)).

¹¹⁸ Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Sentença de 30/03/2011. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=367&lang=es. Acesso em: 03/11/2016.

¹¹⁹ WEIS, Carlos, JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. A Obrigatoriedade da Apresentação Imediata da Pessoa Presa ao Juiz. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 921, p. 331-355, 2012.

estabelece que esse prazo é de 24 horas a partir da comunicação da prisão da prisão em flagrante. Seja qual for o marco inicial da contagem do prazo, demonstra-se, como asseveram Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen, a falta de discussão da viabilidade de sua realização no prazo:

[...] grande parte das manifestações judiciais e legislativas até agora verificadas nada mais foram que utilitaristas e simplificadoras no trato do tema que afetará realidades diversas em nível nacional, sobretudo, em um país que possui dimensões continentais.

Nenhuma discussão houve para saber se o prazo de 24 horas será suficiente para a realidade dos Estados do Norte (...) onde o acesso à sede da comarca pode levar em torno de 24 horas de barco, decorrente da ausência ou demora do meio viário terrestre¹²⁰.

Quanto ao procedimento da audiência de custódia, Pacelli leciona adequadamente ao atentar que ela não consiste na antecipação do interrogatório. Portanto, nela não devem ser questionadas “as circunstâncias e elementares do delito posto então sob suspeita”, uma vez que a referida audiência destina-se a garantir os direitos do preso e ao controle judicial, como já foi apontado anteriormente. Nessa perspectiva, ele complementa: “(ao) magistrado não lhe deve ser permitida a indagação acerca da existência dos fatos, mas apenas sobre a legalidade da prisão, sobre a atuação dos envolvidos, sobre a sua formação profissional e educacional, bem como sobre suas condições pessoais¹²¹”.

Pacelli critica resoluções de Tribunais que tencionam a transformar a audiência de custódia em “procedimento contraditório acerca da concreta realização do crime”, permitindo a ampla atuação do Ministério Público, que busca a confissão, e da Defesa, que, por ser turno, busca a negativa do fato ou autoria. Para isso que existe o interrogatório, o qual deve ocorrer em momento oportuno do eventual processo de conhecimento, depois de instaurado o inquérito policial. A confissão ou qualquer outro ato que indique a antecipação do interrogatório ou que acarrete prejuízo ao preso viola o devido processo legal¹²².

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. aponta sobre a cautela que a autoridade judicial deve ter para que a audiência de custódia cumpra com sua finalidade e que não se transforme em procedimento – interrogatório – reservado para o (eventual e futuro)

¹²⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (org.). *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 69.

¹²¹ PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, pag. 547.

¹²² PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, pag. 549.

juízo. O referido autor vai mais além ao entender que o mais recomendável seria que a entrevista não integrasse os autos do processo, para reprimir “uma errônea (des)valorização”¹²³.

Em que pese o eventual desvirtuamento do instituto aqui exposto, em face da norma convencional – sobretudo da CADH – e das próprias normas processuais domésticas, ganha premência a sua implementação como um novo meio de enfrentamento dos problemas do sistema prisional, bem como ganha relevo o debate sobre a controvérsia acerca da adoção desse instituto como consequência da compatibilização das normas nacionais às convencionais; debate, esse, que será analisado no próximo capítulo.

¹²³ Lopes Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pag. 639.

3 A ADOÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO RESULTADO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS

3.1 Dos Aspectos Positivos da Adoção

A implementação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro ocorre em um momento oportuno, em que se instalou no País uma grave crise no sistema penitenciário – resultado de omissão estatal e de ineficiente política criminal de combate ao crime, que inclusive contribuiu para facilitar o aparecimento e o fortalecimento de facções criminosas –, pois surge como potencial solução para a superpopulação carcerária, mas também como motivo para reflexão acerca da efetividade das garantias constitucionais, a exemplo do (caro) devido processo legal, e da (não)observância dos direitos humanos reconhecidos pelas normas internacionais.

No tocante à implantação do instituto, o Estado brasileiro – embora tenha ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos, reconhecido como obrigatória a jurisdição da Corte IDH (em 1998) e, conseqüentemente, se submetido a suas sentenças –, esteve passível de ser responsabilizado ou condenado por permitir, em seu território, a violação dos direitos protegidos por essa norma convencional, ao não observar o direito do preso a ser apresentado à autoridade judicial e postergar medidas protetivas e efetivas de reforma de sua legislação¹²⁴. Nesse sentido, cabe ao Estado proteger tais direitos, não se preocupando apenas em declará-los ou fundamentá-los, pois “não se trata de saber quais e quantos são esses direitos (...), mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados¹²⁵”. Diante disso, para dar efetividade aos direitos humanos ou, ao menos, prevenir suas violações, conforme os ditames internacionais, o Estado obriga-se internacionalmente a compatibilizar suas normas internas às normas convencionais, pressupondo um desafiante diálogo entre elas¹²⁶.

¹²⁴ RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do Estado por violações de direitos humanos. *Revista CEJ*. Brasília, n. 29, p. 53-63, abr/jun 2005.

¹²⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

¹²⁶ MARTINS, Tahinah Albuquerque. *Controle de Convencionalidade: a influência das decisões da corte interamericana de direitos humanos no Brasil e a declaração de nulidade da Lei de Anistia*. Brasília: Universidade de Brasília – UnB, 2011, p. 87.

Assim, para Lopes e Rosa¹²⁷, a implantação da audiência de custódia, mediante a Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, “alinha-se com a necessária convencionalidade que deve guardar o processo penal brasileiro, adequando-se ao disposto no artigo 7.5 da CADH”. Ademais, esse diploma convencional determina claramente, em seu artigo 2º¹²⁸, que o Estado Parte adote medidas assecuratórias para sua observância e para tornar efetivos os direitos e as liberdades, obrigando, pois, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Quer dizer, tais medidas não se restringem apenas ao Poder Executivo – que, conforme o artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, detém a competência para “expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução¹²⁹” – porquanto o Poder Judiciário, por intermédio de provimento ou resolução, seria também apto a realizar atos normativos com o escopo de dar aplicabilidade àquela norma convencional. Assim, afirmam Andrade e Alflen:

[...] a utilização de um ato administrativo – no caso, uma resolução – estaria inserida nessa situação. Isso a elevaria à condição de ser instrumento apto a regulamentar a audiência de custódia em âmbito nacional, independentemente da atuação do Poder Legislativo, sobretudo, por respeitar as leis locais de organização judiciária¹³⁰.

Desse modo, as autoridades política e judiciária têm o compromisso de exercer o controle de compatibilidade das leis, tendo como parâmetro não apenas a Constituição Federal, mas também tratados ou convenções internacionais ratificados pelo Brasil, sobretudo, aqueles que versam sobre direitos humanos e têm natureza supralegal. Nesse sentido, Nereu Giacomolli¹³¹ assevera:

A normatividade da CADH impõe a sua observância pelos países signatários, não só no plano da produção legislativa, mas também na

¹²⁷ LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte 1)*. Artigo disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

¹²⁸ “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San Jose da Costa Rica: 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 5 fev. 2017.

¹²⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 fev. 2017.

¹³⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (org.). *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 116.

¹³¹ GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal*. 3ª edição. Atlas, 08/2016.

adequação da legislação doméstica à ordem internacional e na interpretação dos casos criminais. Essa obrigatoriedade atinge todos os poderes de Estado. Ao Legislativo cabe suprir a carência legislativa à efetivação da normatividade internacional, estatuidando um regramento assecuratório dos direitos fundamentais ou substituindo o que contrariar a convencionalidade (obrigação positiva), sendo-lhe vedado legislar em contrariedade às normas internacionais, salvo para dar maior proteção aos direitos humanos (obrigação negativa). O Poder Executivo, dentro de sua competência constitucional, também há de pautar sua atuação na efetivação dos direitos humanos. Ao Poder Judiciário reserva-se uma função essencial na efetivação dos direitos fundamentais, em cada situação concretizada, ou no plano abstrato ou concentrado de controle, mantendo a potencialidade assecuratória de maior amplitude protetiva. Nesse labor poderá afastar norma interna que confronte com a maior proteção internacional.

Portanto, para preservar os princípios do devido processo penal e da dignidade da pessoa humana, cabe ao juiz, durante a persecução penal, observar se o Código de Processo Penal alinha-se aos textos constitucional e convencional¹³². Desse modo, Nereu Giacomolli defende que o processo penal deve passar por uma análise também convencional, e não só constitucional, para que se assegure o processo penal humanitário, pois “há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, o do devido processo¹³³”.

Cabe lembrar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 466.343/SP, denegou a prisão civil por dívida do depositário infiel, ao interpretar o art. 5º, LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF/88 conforme as disposições da CADH, que proíbe prisão por dívida, ressalvada aquela decorrente de inadimplemento de obrigação alimentícia, prevalecendo, portanto, essa norma convencional cuja finalidade é tornar efetivas as normas *pro homine* por ela estabelecidas¹³⁴.

Da análise do artigo 306, *caput* e § 1º, do CPP (com redação alterada pela Lei 12.403/2011) – o qual dispõe que a prisão de qualquer pessoa deverá ser imediatamente comunicada ao juiz, que, de seu turno, deverá receber, no prazo de vinte e quatro horas, o auto da prisão em flagrante –, verifica-se que, não obstante a recente alteração, a referida disposição processual não é compatível com as disposições do PIDCP, que estabelece que

¹³² LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. *Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em 15 jan. 2017.

¹³³ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

¹³⁴ TEIXEIRA, Carlos Geraldo. Controle da Convencionalidade das Leis pelo Poder Judiciário. *Revista de Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público*, vol. 13, nº 73, p. 9. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2874/pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

“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 judiciais¹³⁵”, tampouco com os comandos da Corte IDH, a qual assevera que:

[...] o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente¹³⁶.

Tendo em vista que a CADH é norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, entende-se que a audiência de custódia foi internalizada no Brasil por meio dessa norma, que detém natureza supralegal – está abaixo da CF/88, mas acima das demais leis infraconstitucionais, como o CPP –, conforme entendimento da Suprema Corte¹³⁷. Desse modo, entende-se que não haveria necessidade de alterar esse diploma processual para incorporar a audiência de custódia aos demais procedimentos a serem cumpridos no curso da persecução penal¹³⁸; mas tão somente de regulamentar o referido procedimento, consoante as disposições daquela Convenção; assim o fez a Resolução nº 213 do CNJ, que, por seu turno, não criou direitos e obrigações, mas sim atuou dentro de sua atribuição normativa/regulamentar decorrente das disposições do Texto Constitucional, em seu parágrafo 4º e inciso I do art. 103-B¹³⁹. Cabe destacar que o CNJ se valeu daquele ato administrativo meramente para externar sua competência¹⁴⁰.

¹³⁵ BRASIL. *Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 25 out. 16.

¹³⁶ Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Sentença de 3010/2008.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. *RE 466.343-1/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%2E%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hvf5ssf>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

¹³⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (org.). *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 115.

¹³⁹ “§4º Compete ao Conselho o 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: I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2016.

¹⁴⁰ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 142.

3.2 Dos Aspectos Negativos da Adoção

Em que pese o reconhecimento do nobre escopo de pôr fim à omissão legislativa em face daquelas normas internacionais de direitos humanos, não é toda a doutrina que acolhe o ato administrativo – a Resolução 213/2015 – emanado por aquele Conselho, porquanto considera que esse ato exorbita os limites do poder regulamentar por criar modalidade de procedimento (processual), o que implica, inclusive, o questionamento acerca da natureza jurídica dessa resolução, ou em outras palavras, se ela teria força de lei (geral). Cabe recordar que o próprio STF já expressou que o CNJ possui atribuições *interna corporis* do Judiciário:

O art. 103-B da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, dispõe que o Conselho Nacional de Justiça é órgão com atribuições exclusivamente administrativas e correccionais, ainda que, estruturalmente, integre o Poder Judiciário. No exercício de suas atribuições administrativas, encontra-se o poder de “expedir atos regulamentares”. Esses, por sua vez, são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão. O Conselho Nacional de Justiça pode, no lícito exercício de suas funções, regulamentar condutas e impor a toda magistratura nacional o cumprimento de obrigações de essência puramente administrativa¹⁴¹.

Ter-se-ia, então, por ofendida a divisão de poderes em decorrência da determinação de atribuições a órgãos alheios ao Judiciário, como as polícias civil e militar, a Defensoria Pública e o Ministério Público, que integram o Poder Executivo. Cabe ainda lembrar que nem mesmo o Presidente da República tem total liberdade para disciplinar e alterar normas relativas do direito processual penal, pois é vedada a edição de medidas provisórias sobre essa matéria, nos termos do art. 62, § 1º, alínea b, da CF/88¹⁴². Da mesma forma, já entendeu a Suprema Corte:

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 27.621/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 07 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983588>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

¹⁴² Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: [...] b) direito penal, processual penal e processual civil [...]. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei - analisada sob tal perspectiva - constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Executivo (ou ao Poder Judiciário, acrescentou-se) em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo (ou o Poder Judiciário, acrescentou-se) passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes¹⁴³.

A lei, emanada pelo Poder Legislativo, cria direitos e obrigações e regula situações em abstrato diferentemente de atos regulamentares, como as resoluções e portaria, que concretizam e individualizam fatos restritos ao âmbito de seu órgão expedidor – sem a possibilidade de inovar –, são de hierarquia inferior e não têm a mesma força cogente que a lei. Nesse sentido, não é possível, no Estado Democrático de Direito¹⁴⁴, que órgão administrativo, tal qual o CNJ, emita atos com força de lei “cujos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais, circunstância que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos¹⁴⁵”, pois tais atos não são legitimados democraticamente, uma vez que não são originados da vontade coletiva (de órgão de representação popular)¹⁴⁶.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. *ADI 2.705-7/RJ*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 07 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=39689>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

¹⁴⁴ Estado regido principalmente pelos princípios: da Constitucionalidade (vinculação a uma Constituição como instrumento precípua de garantia jurídica); da Organização Democrática da Sociedade (democracia representativa, participação direta ou indireta do cidadão); da Separação de Poderes ou de Funções (divisão de competências); da Legalidade (instrumento de ordenação de regras, formas e procedimentos como exclusão do arbítrio, com a submissão de todos e respeito dos direitos e garantias fundamentais pelas autoridades políticas). STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 183 p.

¹⁴⁵ STRECK, Lênio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. *Os Limites Constitucionais das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-limites-constitucionais-das-resolu%C3%A7%C3%B5es-do-conselho-nacional-de-justi%C3%A7a-cnj-e-conselho-na>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

¹⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.877.

Entende-se que os dispositivos do PIDCP e da CADH, neste contexto, constituíram apenas direitos, limitando-se a estabelecer o comando de ser a pessoa presa apresentada ao juiz, contudo, não criaram o instituto jurídico, o procedimento em si. Nesse sentido, pode-se inferir que o Judiciário, por intermédio de seu conselho, de natureza eminentemente administrativa, legislou em matéria de direito processual penal¹⁴⁷, determinando atribuições aos membros do Ministério Público, aos policiais civis e outras autoridades ligadas à segurança pública, invadindo, pois, a competência do Legislativo e do Executivo e violando o princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88 c/c art. 22, inciso I, do mesmo diploma), por determinar deveres a agentes públicos alheios ao Judiciário, o da legalidade (arts. 5º, *caput*, e 37, *caput*, da CF/88) e o da reserva legal (o qual prega que determinadas matérias devem ser reguladas exclusivamente por lei formal¹⁴⁸).

Insta destacar que a Administração Pública rege-se, dentro outros, pelo princípio da legalidade¹⁴⁹ de forma ainda mais rigorosa se comparado ao particular, que somente por lei é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, pois o agente público apenas pode fazer o que estiver admitido em lei ou em demais atos normativos, independentemente de sua vontade, o que se coaduna com o respeito ao intento da lei e a preservação da ordem jurídica¹⁵⁰. Em outras palavras, somente lei poderia impor deveres aos sujeitos processuais: delegados, membros do Ministério Público, juízes e defensores públicos.

Esse também é o entendimento da Adepol, que expôs na ADI 5240/SP que não houve a observância do princípio da legalidade na regulação da audiência de custódia por intermédio de ato normativo administrativo, qual seja, o Provimento Conjunto (substituído, na prática, pela Resolução nº 213 do CNJ). Para aquela associação, esse ato normativo, sim, inovou no ordenamento jurídico, tendo em vista que possuiria “características de generalidade, abstração, primariedade e impessoalidade¹⁵¹” e que a CADH não teria instituído o procedimento devido, mas tão somente declarado o direito do preso a ser apresentado à autoridade judiciária. A competência de criar o referido procedimento, de legislar, é do

¹⁴⁷ VILELA, Hugo Otávio Tavares. Audiência de custódia: a inconstitucionalidade dos acórdãos da ADIn 5.240, da ADPF 347 MC/DF e da Resolução CNJ 213 de 15 de dezembro de 2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 105, n. 970, p. 195-208, ago. 2016.

¹⁴⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 43.

¹⁴⁹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência(...)”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

¹⁵⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 344.

¹⁵¹ ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL. *Petição inicial da ADI 5240/SP*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adi-audiencia-custodia.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

Congresso Nacional, conforme dispõe o inciso I do art. 22 da CF/88 – vale lembrar que ora tramita na Câmara dos Deputados projeto de lei sobre a matéria. Nesse aspecto, teríamos por violada, portanto, a norma constitucional e vulnerados os princípios da separação dos poderes e da legalidade.

Além da incompatibilidade com os princípios constitucionais, a Resolução nº 213 do CNJ mostrou-se também incompatível com o CPP, ao instalar uma antinomia entre essas normas, tendo em vista que § 2º do art. 306 desse diploma dispõe que a autoridade policial deve entregar a nota de culpa – documento que contém o nome dessa autoridade e o da pessoa que conduziu o preso, bem como o motivo da prisão¹⁵² – no prazo de 24 horas após a prisão; enquanto aquela resolução determina que o preso compareça à audiência de custódia de posse da referida nota, o que impõe um limite temporal para produção da nota por aquela autoridade, pois não seria viável a realização da audiência sem a informação do motivo da prisão. Ante essa antinomia, não seria razoável entender que o ato normativo do CNJ – frisa-se aqui, enquanto órgão administrativo do Judiciário – tenha revogado aquele dispositivo legal.

Além dessas incompatibilidades, a Resolução nº 213 do CNJ apresenta ainda incongruências com a própria CADH, uma vez que, nos termos dessa convenção, a pessoa presa deve ser conduzida à audiência “sem demora”. O Conselho, por analogia¹⁵³ dos dispositivos relativos à prisão em flagrante do art. 306, §§ 1º e 2º do CPP, deu à locução “sem demora” o sentido de 24 horas, o que não necessariamente representa a finalidade dos tratados internacionais, mas sim demonstra a dificuldade de se cumprir a norma.

A Corte IDH não tem produção expressiva de precedentes nem entendimento uniforme acerca daquele prazo, diferentemente da Corte Europeia de Direitos Humanos. A jurisprudência (predominante) dessa corte dá à expressão “imediatamente” do art. 5º, § 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos¹⁵⁴ o sentido de quatro dias. Nesse aspecto, indaga-se como o Brasil, cujas condições materiais ou estruturais são inferiores às dos países daquele continente, estabeleceu prazo inferior para a apresentação do preso à autoridade judiciária, o que demonstra um “(...) evidente descompasso, pois estamos garantindo aos nossos presos, ao

¹⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. [Minha Biblioteca].

¹⁵³ Trata-se de uma das formas de integração do direito, em que se estende “a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões”, conforme se extraiu da lição de Miguel Reale. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 296.

¹⁵⁴ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

menos em texto, um nível de proteção de direitos humanos que a Europa não consegue conceder¹⁵⁵.

Ocorre que não apenas a Resolução nº 213 do CNJ dispõe o prazo de 24 horas para a condução do preso à audiência de custódia, mas também o projeto de lei sobre esta matéria (PL-7871/2014, que ora tramita na Câmara dos Deputados), com a diferença de que o prazo na resolução é contado a partir da comunicação do flagrante, enquanto o do projeto de lei é contado a partir da prisão. Entretanto, em ambas as normas, não houve prévia discussão acerca da exequibilidade do prazo para sua realização e acerca da respeitabilidade da norma em todas as comarcas do País, pois cada localidade nacional possui realidade e condições econômicas diferenciadas. É notório que o estabelecimento desse prazo não pode ser aplicado uniformemente no Brasil, tendo em vista a existência de comarcas cuja extensão territorial equivale a de certos Estados – a título de exemplo: as comarcas de Altamira e Oriximiná, ambas situadas no Estado do Pará – e da dificuldade de acesso à comarca – também são exemplos as comarcas de Querência do Estado de Minas Gerais e comarca de Japurá do Estado do Amazonas¹⁵⁶.

Como apontado ao longo deste trabalho, o País esteve em mora (por mais de 20 anos!) com relação ao direito do preso a ser levado à presença da autoridade judicial – cuja principal finalidade é observar a legalidade da prisão –, previsto em tratados internacionais, como o PIDCP e a CADH, sendo, inclusive, passível de responder pelo descumprimento dessas normas convencionais. Assim, em virtude dessa omissão e da lenta tramitação do projeto de lei, o Judiciário tomou para si a função de regulamentar a audiência de custódia.

Em que pese a ânsia de fazer cumprir os tratados internacionais de direitos humanos e compatibilizar, por via da Resolução nº 213 do CNJ, as normas nacionais com aqueles, há quem entenda, como a Adepol, que Judiciário (mais precisamente o STF) agiu de forma truculenta, ao optar por ignorar a legalidade e a constitucionalidade¹⁵⁷, pois, quando determinou a implementação de audiência de custódia, em medida liminar concedida na ADPF nº 347 (o que impulsionou a edição daquela resolução), com fundamento no art. 7,5 da CADH e do art. 9,3 do PIDCP, foi muito além de preencher as lacunas ou ambiguidades

¹⁵⁵ VILELA, Hugo Otávio Tavares. Audiência de custódia: a inconstitucionalidade dos acórdãos da ADIn 5.240, da ADPF 347 MC/DF e da Resolução CNJ 213 de 15 de dezembro de 2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 105, n. 970, p. 195-208, ago. 2016.

¹⁵⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (org.). *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 69.

¹⁵⁷ VILELA, Hugo Otávio Tavares. Audiência de custódia: a inconstitucionalidade dos acórdãos da ADIn 5.240, da ADPF 347 MC/DF e da Resolução CNJ 213 de 15 de dezembro de 2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 105, n. 970, p. 195-208, ago. 2016.

deixadas nas leis para julgar um caso concreto ou de criar norma provisória em sede de mandado de injunção – instrumento processual¹⁵⁸ de defesa de direitos em face de ausência de norma que o garanta, de acordo com o disposto no art. 5º, inciso LXXI, c/c art. 102, inciso I, alínea q, ambos da CF/88¹⁵⁹.

Discutidas, então, as convergências e as divergências da adoção da audiência de custódia como resultado de controle de convencionalidade, isto é, como resultado da compatibilidade das normas domésticas, no caso as processuais penais, com normas convencionais, em razão da ausência de dispositivo legal, da omissão legislativa em regulamentar a referida audiência, indaga-se se o STF, por intermédio da Resolução nº 213 do CNJ, teria legislado, criando atribuições aos sujeitos processuais (como já apontado), ou teria permitido a implementação da audiência de custódia tão somente por entender se tratar de mera regulamentação e organização administrativa, sem incorrer na interferência da competência de outros Poderes, pois, ao julgar improcedente a ADI 5240/SP, teria adequado um dispositivo legal, o art. 306 do CPP, conforme a norma convencional interpretada (mormente a CADH, que foi considerada, no caso, norma de *status* supralegal). Dessa forma, o STF, para dar sentido e validade ao Provimento Conjunto do TJSP (e, conseqüentemente, àquela resolução) e garantir a proteção dos direitos humanos previstos na norma convencional, fez uma interpretação sistemática¹⁶⁰ legal, supralegal e constitucional para regular um instituto (eminentemente administrativo, ressalta-se), que deveria ser legal – mas que pretende sê-lo de fato sem o ser de direito.

¹⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 454.

¹⁵⁹ “Art. 5º, inciso LXXI: conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; e art. 102, inciso I, alínea q: o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal”. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁶⁰ Conforme lição de Betioli, trata-se de um método de interpretação em que as normas jurídicas são interpretadas e analisadas entre si e simultaneamente, não isoladamente, mediante a análise conjunta e sistemática do ordenamento jurídico, como se fosse um todo unitário. BETIOLI, Antônio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 450.

CONCLUSÃO

De toda a argumentação e digressão até aqui desenroladas, temos então que o advento da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro representou uma significativa problemática do ponto de vista, constitucional, convencional e processual penal. Não obstante, implicou uma obrigatória discussão e reflexão a respeito de como efetivarmos e concretizarmos os ditames dos tratados sobre direitos humanos, sobretudo a CADH, norma internacional, interpretada como norma supralegal pelo STF, que resultou na regulamentação e na implementação, em tese de âmbito nacional, do instituto por ato normativo administrativo, a Resolução nº 213 do CNJ em particular.

Com tal resolução, tornaram-se prementes discussões e iniciativas, políticas e jurídicas, de modo a se encontrar tanto um consenso político e teleológico quanto uma saída de cunho legal para a situação posta: em que se procura atender a uma convenção, cujo *status* normativo é superior à lei infraconstitucional, com vistas a garantir um direito fundamental do cidadão frente ao Estado e proteger contra seu potencial abusivo na esfera penal, mas ao possível preço de se desprezar a divisão de poderes – pilar fundamental do estado democrático de direito – e de se atropelar a legalidade da iniciativa de leis, com sua respectiva e necessária hierarquia. Afinal, muito se discute se a resolução, como tal, foi realmente apta a produzir seus efeitos e constitucional, apenas regulamentando normativo superior com *status* de lei, detalhando e tratando de casos concretos, ou se temos ali um “remendo” que funciona indevidamente como normativo hierarquicamente superior, criando novos ditames – inclusive de forma primária, abstrata e geral – para além da regulamentação do acordo internacional, gerando, por conseguinte, problemas legais, tanto na esfera processual quanto na constitucional.

Ainda talvez não tenha ficado claro se o remédio para curar a doença a tenha tratado, mas ao custo de gerar outro quadro patológico. Magistrados, políticos e agentes públicos se viram obrigados a agir de forma especificamente responsiva à citada resolução do CNJ, bem como a debater sobre sua constitucionalidade, sua eficácia e sua razão de ser.

Desse modo, diante da divergência entre a doutrina e a jurisprudência, dever-se-ia optar pelo entendimento de que a norma mais favorável ao indivíduo, no caso, a norma convencional, sobrepusesse-se a normas domésticas, inclusive a constitucional; ou aguardar que o Legislativo cessasse sua omissão para que, então regulamentasse a audiência de custódia, observando os princípios da legalidade e da separação dos poderes.

Por fim, como se viu até este ponto, foram apontados neste trabalho problemas formais da implantação da audiência, no ordenamento jurídico brasileiro, decorrentes da ausência de lei sobre o referido procedimento e, principalmente, da edição da Resolução nº 213 do CNJ. Contudo, mesmo com a eventual aprovação do PL 8045/2010, na Câmara dos Deputados, e promulgada a lei, o instituto continuará passível de críticas e enfrentará ainda dificuldades em sua implantação quanto à observância do prazo de apresentação do preso e à condução desse à comarca em que se exige grande deslocamento ou que seja de difícil acesso.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL. *Petição inicial da ADI 5.240/SP*. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/adi-audiencia-custodia.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. *Nota Técnica Nº 16/2014*. Brasília, 16 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=159456&tp=1>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. *Ofício*. São Paulo, 21 ago. 2014. Disponível em: http://www.ajd.org.br/documentos_ver.php?idConteudo=165. Acesso em: 15 nov. 2016.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; ANDREUS, Alexis. A Resistência à Audiência de Custódia no Brasil: Sintoma de Ilegalismo. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, a. XVI, nº 93, p. 62-66, ago./set. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BAZÁN, Victor. O Controle de Convencionalidade e a Necessidade de Intensificar um Adequado Diálogo Jurisprudencial (tradução de Paulo Paiva). *Revista de Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público*, vol. 8, n. 41, p. 223. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1953>>. Acesso em: 03 out. 2016.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL nº 7871 de 2014*. Altera o Decreto-Lei nº 3689, de outubro de 1941, Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621520>> . Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL nº 8045, de 2010*. Código de Processo Penal. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>> . Acesso em: 14 nov. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015*. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2234>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 25 out. mar. 2016.

_____. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. *Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 14 nov. 16.

_____. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 15 out. 2016.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei PLS nº 554/2011*. Reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>> . Acesso em: 14 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. *ADI nº 5.240/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 01 fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5240%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+5240%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lxjyskt>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. *ADI nº 5.448/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 05 fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/304121454/andamento-do-processo-n-5448-acao-direta-de-inconstitucionalidade-10-02-2016-do-stf?ref=topic_feed>. Acesso em 11 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF nº 347/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 19 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. *RE 349.703/RS*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 07 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 09 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário. *RE 466.343/SP*. Tribunal Pleno. Relator: Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 09 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 592.581/RS*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 1º fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=592581&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 25*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=25.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 20 out. 2016.

CABALLO, Gonzalo Aguilar. ¿Quién es el guardián de la convención americana sobre derechos humanos? *Revista de Derechos Fundamentales*, n. 6, 2011, Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3880010>>. Acesso em 14 nov. 2016.

CAMPOS, Bárbara Pincowska Cardoso. Controle de Convencionalidade: aproximação entre o Direito Internacional e o Constitucionalismo? *CENTRO DE DIREITO INTERNACIONAL. Revista Eletrônica de Direito Internacional*. v. 12, p. 92-113, 2013. Disponível em: <www.cedin.com.br/revistaeletronica>. Acesso em: 21 set. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn3>. Acesso em 10 nov. 2016.

CASAL, Jesús María. *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*. Fundación Bototá, Colômbia: Konrad Adenauer, 2014, p. 196. Disponível em: <<https://www.scjn.gob.mx/libreria/Documents/ConvencionAmericanaSobreDerechos20141209.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; COSTA, Adriano Sousa. *Condução coercitiva é legítimo mecanismo da persecução penal*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-11/conducao-coercitiva-legitimo-mecanismo-persecucao-penal#_ftn3>. Acesso em 15 nov. 2016.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Sentença de 29 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Sentença de 30 de outubro de 2008. Disponível: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf>. Acesso em 25 fev. 2017.

_____. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentença de 26 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

_____. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Sentença de 30 de março de 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=367&lang=es>. Acesso em: 03 nov. 2016.

_____. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentença de 25 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru*. Sentença de 24 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 03 out. 2016.

_____. *Caso Olmedo Bustos e outros versus Chile*. Sentença de 05 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/f30eb7942e6ea89e4d2ec4ca870784d3.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016.

_____. *Opinião Consultiva nº 1 de 24 de setembro de 1982*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2121opiniao.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

_____. *Opinião Consultiva nº 5/85 de 13 novembro de 1985*. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>>. Acesso em 15 out. 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. *O juiz de [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONTIJO, André Pires. *Constitucionalismo compensatório como discurso em matéria de direitos humanos: limites e possibilidades da interação dos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os Estados da América Latina*. Brasília: UniCEUB, 2016.

GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

IBCCRIM. Editorial. O esforço de Sísifo e a audiência de custódia. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 252, p. 1, nov. 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Nota Técnica*. São Paulo, 11 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/PLS_554_2011.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2016.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. *Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lobes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em 15 jan. 2017.

_____; ROSA, Alexandre Moraes da. *Afinal, quem tem medo da audiência de custódia? (parte 1)*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

_____. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano. In: MARINONI, Luiz G.; MAZZUOLI, Valério de O. (Coords). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 547-656.

MARTINS, Tahinah Albuquerque. *Controle de Convencionalidade: a influência das decisões da corte interamericana de direitos humanos no Brasil e a declaração de nulidade da Lei de Anistia*. Brasília: Universidade de Brasília – UnB, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Prisão Civil do Depositário Infiel no Brasil. In: MARINONI, Luiz G.; MAZZUOLI, Valério de O. (Coords). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 213-258.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 31ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus *iuris* interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación com el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz G.; MAZZUOLI, Valério de O. (Coords). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 465-544.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. VitalSource Bookshelf Online. Minha Biblioteca. Disponível em:

<[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5461-1/epubcfi/6/10\[;vnd.vst.idref=copyright\]!/4/8/2@0:0](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5461-1/epubcfi/6/10[;vnd.vst.idref=copyright]!/4/8/2@0:0)>. Acesso em 15 nov. 2016.

_____. *Prisão e Liberdade. 4ª edição*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5635-6/cfi/6/24!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz G.; MAZZUOLI, Valério de O. (Coords). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 115-145.

_____. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Temas de direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva: 2016.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Lições Preliminares acerca da Audiência de Custódia no Brasil. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, a. XVI, n. 93, ago./set. 2015.

RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANOTNIAZZI, Mariela Morales (Orgs.). *Estudos Avançados de Direitos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 560.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do Estado por violações de direitos humanos. *Revista CEJ*. Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. Modelos de controle de convencionalidade sob uma perspectiva otimizador. *Revista Libertas*, Santa Maria: UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013.

SÃO PAULO. Provimento Conjunto nº 04/2015. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Informativos%202/11_PROVIMENTO_N_04_2015_TJSP_AUDIENCIA_DE_CUSTODIA.pdf>. Acesso em: 04. Nov. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as Relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na Perspectiva do assim Chamado Controle de Convencionalidade. In: MARINONI, Luiz G.; MAZZUOLI, Valério de O. (Coords). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 87-113.

STRECK, Lenio Luiz. *Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____; MORAIS, José Luís Bolzan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. *Os Limites Constitucionais das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)*. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-limites-constitucionais-das-resolu%C3%A7%C3%B5es-do-conselho-nacional-de-justi%C3%A7a-cnj-e-conselho-na>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

TEIXEIRA, Carlos Geraldo. Controle da Convencionalidade das Leis pelo Poder Judiciário. *Revista de Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público*, v. 13, n. 73, p. 9. Disponível em: < <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2874/pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo J. A. *Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas; CONLEG; Senado Federal, dez. 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

VIEIRA, José Ribas; Bezerra, RAFAEL. *Estado de coisas fora do lugar (?)*. Disponível em: <<http://jota.info/estado-de-coisas-fora-lugar>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

VILELA, Hugo Otávio Tavares. Audiência de custódia: a inconstitucionalidade dos acórdãos da ADIn 5.240, da ADPF 347 MC/DF e da Resolução CNJ 213 de 15 de dezembro de 2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 105, n. 970, p. 195-208, ago. 2016.

WEIS, Carlos, JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. A Obrigatoriedade da Apresentação Imediata da Pessoa Presa ao Juiz. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 921, p. 331-355, 2012.