

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

FABIO HENRIQUE GAUDÊNCIO DE PAULA

**DA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA (IN)DISCRICIONARIEDADE DA REALIZAÇÃO
DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

Pouso Alegre – MG

2020

FABIO HENRIQUE GAUDÊNCIO DE PAULA

DA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA (IN)DISCRICIONARIEDADE DA REALIZAÇÃO DA
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Dissertação apresentada como requisito para a
obtenção do título de mestre em Direito pela
Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Cristiano Thadeu e Silva
Elias

FDSM – MG

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

--

Dedico este trabalho a todos os meus familiares e ao meu orientador Dr. Cristiano Thadeu e Silva Elias, que contribuiu com o meu processo de formação profissional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente e de forma especial, à minha esposa Betânia da Silva Pinto, à minha filha Olivia Pinto Gaudêncio e familiares, por sonhar os meus sonhos independentemente quais sejam eles, por acreditar em meu “atrevimento” ou, talvez, ousadia por buscar o título de mestre mesmo diante da ausência de condições favoráveis das mais diversas ordens.

Agradeço ao Ilustre Professor Orientador desse trabalho Dr. Cristiano Thadeu e Silva Elias, por ter cumprido brilhantemente o papel fundamental e imprescindível de um Educador (com “E” em maiúsculo) para o desenvolvimento de um ser humano. Meu caro Professor, em resposta tardia, não menos oportuna, eu registro: o Senhor foi e é “responsável” pela minha dedicação acadêmica a partir de seus ensinamentos, estímulo e, principalmente, a sua inspiração contagiante. E, quanto à “realização profissional”, buscarei incessantemente honrar as lições aprendidas, pois se assim o fizer, eu terei a certeza de que serei profissionalmente realizado. Muito obrigado!

Agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas pelos profícuos aprendizados.

Agradeço aos colegas mestrandos pelo convívio e amizade.

“ A dignidade humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para a vida saudável, para que tenha bem-estar físico, mental e social, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

(Ingo Sarlet – Juiz e Jurista brasileiro)

RESUMO

A presente Dissertação tem como tema central: a análise crítica acerca da (in)discricionariedade da realização da audiência de custódia. As Audiências de Custódia são mecanismos implantados recentemente no Brasil para controle de alguns problemas relacionados à primeira etapa de ingresso dos casos criminais no Sistema de Justiça: a violência policial e o superencarceramento de presos provisórios. O objetivo geral do trabalho foi analisar a compatibilidade entre a discricionariedade judicial sobre a realização ou não de audiências de custódia e o sistema de garantias penais da Constituição Federal de 1988. Inicialmente, esta pesquisa fez um estudo bibliográfico na doutrina especializada em Direito para compreender as audiências de custódia no âmbito teórico, a fim de identificar o objetivo do presente trabalho que consistiu numa análise fundamentada sobre esse novo instituto processual, que ainda traz grandes dúvidas e inquietação à comunidade jurídica, delineando-o com maior clareza à luz do atual ordenamento. Observou-se a evolução e a necessidade de um ambiente institucional até a formulação das audiências de custódia nos moldes da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça. Com base nas perspectivas que orientaram a elaboração deste trabalho, inferiu-se que a aplicação da audiência de custódia pode favorecer, em grande medida, o fortalecimento dos direitos e se constituir um instrumento de controle das ações abusivas e violentas, que prejudicam os princípios democráticos dos cidadãos, adotados como metas pelo país a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Garantismo. Direitos Fundamentais. Preso provisório.

ABSTRACT

This dissertation has as its central theme: “The critical analysis of the (in) discretionary nature of the custody hearing”. Custody hearings are mechanisms recently implemented in Brazil to control some problems related to the first stage of the entry of criminal cases in the Justice System: police violence and the super-incarceration of pre-trial prisoners. The general objective of the work was to analyze the compatibility between the judicial discretion regarding the holding or not of custody hearings and the criminal guarantees system of the Federal Constitution of 1988. Initially, this research made a bibliographic study in the specialized doctrine in Law, to understand the custody hearings at the theoretical level, in order to identify the objective of the present work, which consisted of a reasoned analysis about this new procedural institute, which still brings great doubts and concerns to the legal community, outlining it with greater clarity in light of the current order . The evolution and the need for an institutional environment were observed until the formulation of custody hearings along the lines of Resolution 213/2015 of the National Council of Justice. Based on the perspectives that guided the elaboration of this work, it was inferred that the application of the custody hearing can favor, to a large extent, the strengthening of rights and constitute an instrument to control abusive and violent actions, which undermine democratic principles. of citizens, adopted as goals by the country after the promulgation of the 1988 Constitution.

Keywords: Custody Hearing. Guarantee. Fundamental rights. Temporary prisoner.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADEPOL	Associação dos Delegados de Polícia
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPP	Código de Processo Penal
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
TCT7	Termo de Cooperação Técnica nº 7

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A PRISÃO EM FLAGRANTE	14
1.1 Dos Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e Acesso à Justiça.....	15
1.2 Da situação desumana e degradante para presos provisórios no Brasil	19
1.3 Do Regime Jurídico da prisão em flagrante	25
2 DA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL.....	28
2.1 Princípios de regras da Constituição Federal	31
2.2 Do surgimento das audiências de custódia e garantias individuais diante da prisão em flagrante.....	35
2.3 Da omissão da realização da audiência de custódia	44
3 DO CONFLITO COM O SISTEMA DE GARANTIAS PENAIS.....	53
3.1 Do Sopesamento entre Princípios Constitucionais.....	62
3.1.1 Princípio da presunção do estado de inocência.....	64
3.1.2 Princípios do contraditório e ampla defesa	66
3.1.3 Princípio acusatório.....	68
3.1.4 Princípio da razoável duração do processo	70
3.2 Do Sopesamento do Processo Penal.....	72
3.3 Da Imperatividade da realização da audiência de custódia	74
3.4 Imperatividade.....	76
CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	86

INTRODUÇÃO

A temática proposta trata-se: “Da análise crítica acerca da (in)discrecionalidade da realização da audiência de custódia”. No presente trabalho buscar-se-á uma análise eficaz e minuciosa a partir da constatação de inúmeras violações de direitos fundamentais aos presos em flagrantes (presos em audiência de custódia).

Sendo assim, nos idos de 2013 em São Paulo, iniciou a implantação das audiências de custódia, que independente da tipificação do crime cometido e em situação de flagrante ao acusado, é permitido que o mesmo seja levado à presença de uma autoridade judiciária em um curto espaço de tempo para realização da audiência de custódia, sendo em um prazo máximo de 90 dias.

É de notório que o sistema prisional está longe de ser modelo para qualquer país, vez que os estabelecimentos existentes (se diga sucateado) apresentam muitos problemas, tais problemas facilmente são apontados como insalubridade, violência, falta de ambulatórios, bibliotecas, atendimento psicológico, local digno para refeições, e não menos importante, local adequado para atendimento jurídico.

Pelas exposições midiáticas do referido problema carcerário, iniciou-se em 2015 no Brasil a designação das audiências de custódia, tal procedimento se deu através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 347, ou seja, foi a arguição que introduziu a ação inicial para realização das audiências de custódia. Com a finalidade de solucionar o alto índice do crescimento da população carcerária e evitar prisões desnecessárias, restou determinado que em situação de flagrante o conduzido deverá ser levado a autoridade judiciária em um prazo de 24 horas, tal prazo é contado a partir da prisão.

O Brasil é signatário em alguns pactos, onde conjuntamente Senado Federal e ADPF nº 347 lograram êxito nesse importante avanço. Com o advento da referida audiência, ocorreu também alteração do artigo 306 do Código de Processo Penal. Assim, como outros inúmeros Projetos de Lei que não foram ou aguardam aprovação, a obrigatoriedade da audiência de custódia ainda não foi aprovada. Ocorre que em alguns Estados sua realização é comum, a exemplo de São Paulo, que nos termos do Pacto de São José da Costa Rica adotando-se a equivalência supralegal.

Tem-se no ordenamento a falsa imagem que o juiz é soberano, sendo impossível a aproximação réu/juiz, porém, o ponto forte na realização da audiência de custódia é motivo de incessantes debates, é que essa aproximação viabiliza proximidade até mesmo com o processo.

Como determina a regra processual penal o contato do réu com o juiz é algo longínquo, algo quase imensurável, posto que como dito alhures, o interrogatório é a última fase, que dependendo da tipificação, clamor social ou até diligências inerentes ao processo, o contato do juiz com o réu somente ocorre após anos segregado, e digo, caso tal encontro não ocorra motivado pelas condições do estabelecimento prisional ou até mesmo pela morte do acusado no próprio cárcere, a probabilidade de ocorrer as colocações alhures poderiam facilmente serem resolvidas pela realização da referida audiência.

Por tais motivos explanados, a audiência de apresentação no prazo de 24 horas ceifaria com três dos principais problemas carcerários hoje enfrentados: a apuração da prática de tortura como meio de confissão, a conversão de prisão em flagrante em prisão preventiva de forma desnecessária e principalmente, o injusto encarceramento até a designação da audiência de instrução e julgamento.

Dentre os problemas narrados, que em tese seriam solucionados com a audiência de custódia, não se pode esquecer que também haveria um enorme desafogamento do judiciário, ao que se refere nas Varas do Juízo primeira e em segunda instância, onde é de conhecimento dos inúmeros Habeas Corpus, aguardando julgamento que demoram em média 40 dias para serem julgados, 40 dias para serem julgados heroicos remédios para que os cidadãos não sejam prejudicados no seu direito de ir e vir. Nos Habeas Corpus aguardando julgamento, o impetrante em grande maioria versa acerca do excesso de prazo e o constrangimento ilegal.

Portanto, dentre as plausíveis colaborações da audiência em comento os procedimentos cautelares determinados acerca das intervenções estatais restritivas à liberdade individual do segregado, constitui avanço significativo para o garantismo penal em sua constante evolução.

Com a finalidade de evitar as prisões desnecessárias, prisões arbitrárias, confissões adquiridas por meio de tortura, e, principalmente uma aplicação de pena preventiva mais gravosa que a prisão pena, foi criada a Lei 12.403/2011, que introduziu ao Código de Processo Penal significativas alterações.

O Pacto de São José da Costa Rica foi o marco inicial da para realização das audiência de custódia no território brasileiro, assim, com o Projeto de Lei do Senado - PLS nº 554/2011 que figura como autor o Senador Antônio Carlos Valadares, que logo foi substituído por emenda do Senador João Capiberibe, afirma que a apresentação pessoal do preso ao juiz, junto com o auto de prisão em flagrante delito, tem como finalidade a verificação quanto à aplicação de liberdade provisória e/ou outras medidas cautelares (art. 319, Código de Processo Penal). Além disso, intenciona-se que o magistrado possa verificar eventual violação aos direitos ou garantias do preso.

Porém, é motivo de divergência nas linhas da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e do consoante no parágrafo primeiro do artigo 306 do Código de Processo Penal Pátrio, pois, um texto aduz no sentido da apresentação realizar-se “sem demora” ao tempo que o outro texto o prazo é de 24 horas. Verá adiante, os autores afirmam duplos os sentidos, dado assim entendimento de estabelecimento para um novo prazo.

E assim destaca o Código de Processo Penal em seu artigo 306, §1º: § 1º “Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão”, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas, e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 11.449, de 2007).

Quando do prazo firmado em 24 horas consecutivas, é observado existir controvérsias, pois, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu texto utiliza o termo “sem demora”, esta expressão nos passa o entendimento inexistir a obrigação quanto ao tempo em horas, restando indeterminado seu prazo de apresentação.

Lado outro, partilha-se da terceira possibilidade de que devido aos percalços, a falta de estrutura do país apresenta que vão desde a falta de efetivo até mesmo a falta de transporte (viaturas), opinou o autor ser mais viável o prazo de 72 horas para apresentação do preso em flagrante a autoridade judiciária.

Alvo de inúmeras desinformações, tem-se a exemplo a Unidade Federativa do Maranhão, onde restou determinado que a apresentação deverá ser realizada em um prazo de 48 horas, tendo o início do prazo contado a partir do encerramento do APFD e não do momento do local do flagrante.

Contudo, como externado, quando falou-se do texto acerca da audiência de custódia é grande o abismo de pensamentos, e ainda sim sobre outros assuntos relevantes ao tema. Não é hercúlea a identificação de controvérsias no que tange ao recebimento pelo Código de Processo Penal Brasileiro, pois, existem Doutos Defensores para ambos os lados, toda essa divergência leva a um só caminho, o caminho da jurisprudência que pode decidir sobre ato processual nulo ante a ausência de mecanismos, ou, por ato dispensável ausente o efeito negativo.

Destarte são pessoas humanas, que por ato, quiçá contra vontade própria erraram, mas, se houver o interesse, respeito e voto de confiança à essas pessoas, no todo, ou pelo menos parte, tem-se que adotar uma nova postura, que deve se iniciar ainda na lavratura do APFD, como primeira e principal providência, e ato contínuo, seja o preso em flagrante levado a presença de uma autoridade judiciária para audiência de custódia. São enumerados vários motivos para que a nossa legislação processual penal receba tal alteração.

Argumento denso tem origem na recomendação desse procedimento pela Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos. A ideia ainda é defendida como forma de se eliminar a superlotação carcerária, diminuindo-se o número de presos provisórios. Destaca-se por oportuno, que no sistema vigente por força de garantia constitucional do preso, a prisão de qualquer pessoa deve ser informada imediatamente ao juiz, através da remessa do auto de prisão em flagrante delito. Não havendo motivos para sua manutenção ou verificada a ilegalidade, o juiz deve determinar automaticamente a soltura do preso (art. 5º, LXII, LXV e LXVI, CF/88).

Registre-se que a novidade na audiência de custódia consiste no contato pessoal do juiz com o preso e a instauração de um contraditório sobre as circunstâncias da prisão e a possibilidade de soltura. Não é que não exista o contato do preso com a autoridade, pois, a lavratura do auto de prisão em flagrante via de regra, é feita pelo delegado de polícia ou pelo próprio juiz, em casos residuais.

Neste sentido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, apresenta o contraditório como avanço ao instrumentalismo liberal, trago pela necessidade de propiciar a exposição de suas razões e de requererem a produção de provas que forem mais importantes, sendo este momento o confronto público das alegações em igualdade de condições processuais.

A problemática do trabalho se coloca diante da questão: como a discricionariedade judicial sobre a realização ou não de audiências de custódia pode ser compatível com o sistema de garantias penais da Constituição de 1988 (CF/88)?

O objetivo geral do trabalho será analisar a compatibilidade entre a discricionariedade judicial sobre a realização ou não de audiências de custódia e o sistema de garantias penais da Constituição Federal de 1988. Dentre os objetivos específicos serão destacados: Da prisão em flagrante e o surgimento das audiências de custódia; Da principiologia constitucional referente à adequação das audiências de custódia; Do conflito com o sistema de garantias penais: a ponderação da omissão judicial da realização da audiência.

A justificativa do presente trabalho, trata-se de um estudo com o intuito de demonstrar com maior clareza e evidenciar as diversas possibilidades de evitar a perda da dignidade que foi roubada, levando em consideração de maneira premente e relevante a contribuição para a futura ressocialização.

No âmbito acadêmico, o trabalho será de grande valia para a instituição FDSM, ao apontar as constituições brasileiras a fim de elencar os direitos relacionados ao tema. Assim, o trabalho desenvolvido, alcançará níveis multidisciplinares, podendo ser útil para outras frentes de estudo, além do mundo acadêmico jurídico.

Acredita-se que com o presente, será demonstrado de maneira mais ampla e diversificada, a real possibilidade da aplicação da audiência de custódia e seus benefícios para a sociedade e para o judiciário. Sobradas são as medidas que visem ao aperfeiçoamento das garantias penais no país, estabelecendo parâmetros de poder absolutista e contenção ao excesso punitivo praticado pelo Estado e que fortalecem a cidadania e em decorrência valorando e fortalecendo os anseios do cidadão, ainda que condenado e a democracia.

Motivos não faltam para que seja definitiva a decisão sobre o tema, onde pode-se trazer como ponto o princípio da imprescindibilidade da audiência de custódia ou aceitar a falácia que a audiência de custódia é um canal para “maquiar” o problema da superlotação dos estabelecimentos prisionais.

O presente trabalho se respaldará em pesquisa bibliográfica de cunho quantitativo, por meio de livros, revistas e artigos científico. O método científico que será adotado na pesquisa será o hipotético dedutivo, que de acordo Popper (1976), consiste na adoção da seguinte linha de raciocínio: quando os conhecimentos disponíveis sobre determinado assunto são insuficientes para a explicação de um fenômeno, surge o problema. Para tentar explicar a dificuldades expressas no problema, são formuladas conjecturas ou hipóteses.

O trabalho está organizado da seguinte forma: o primeiro capítulo, apresentará os Direitos Fundamentais. O Estado Democrático de Direito nos dias atuais tem um significado de fundamental importância no desenvolvimento das sociedades, após um amplo processo de afirmação dos direitos humanos, sendo um dos fundamentos essenciais de organização das sociedades políticas do mundo moderno. Mesmo assim, continuamos no Século XXI com o objetivo de buscarmos mecanismos de aperfeiçoamentos para o modelo do Estado, para que o mesmo atinja o quanto antes o equilíbrio entre a liberdade e igualdade dos seres humanos e possa proporcionar o ideal de oportunidades de desenvolvimento com saúde, segurança, habitações dignas, educação para todos.

O segundo capítulo, identificará a Principiologia Constitucional referente à audiência de custódia. Este procedimento albergado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), passou a ser denominado “audiência de custódia”, trazendo uma série de objetivos tais como: garantir o contraditório e a ampla defesa, reduzir torturas e maus-tratos e garantir a apresentação imediata do preso à autoridade judiciária. Também é objetivo das audiências de custódia, evitar prisões processuais desnecessárias ou que demorem além do tempo necessário.

O terceiro capítulo, tratará do conflito com o Sistema de Garantias Penais: A introdução da audiência de custódia no judiciário do Brasil que traz uma série de salvaguardas teóricas, pode não ter apresentado efeitos práticos quanto à redução de cárcere. Ademais, percebe-se que

existe certo distanciamento entre o prazo formalmente estabelecido de 24 horas para a apresentação do autuado e o tempo que efetivamente se leva para realização das audiências de custódia.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos pode reforçar a imperatividade de direitos constitucionalmente garantidos, portanto, a audiência de apresentação do preso em flagrante ao juiz é dever do Estado como um todo, decorrente de tratados internacionais aos quais o Brasil é signatário, e tem, de modo imperativo, que ser cumprido, em decorrência do processo justo e da dignidade humana.

Portanto, pretende-se a partir deste trabalho, compreender a forma como se deu a implementação do Instituto (Audiência de Custódia), a fim de identificar se está ou não está sendo adotado de fato um sistema garantista, e com respeito aos direitos dos autuados, como previsto doutrinariamente.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A PRISÃO EM FLAGRANTE

O Brasil, como Estado Democrático de Direito, tem deveres e responsabilidades fundamentais para com os indivíduos de acordo com a Constituição Federal de 1988. Como base e critério orientador da República Federativa, tem-se a dignidade da pessoa humana.

1.1 Dos Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e Acesso à Justiça

De acordo com Piovesan, foi após a segunda Guerra Mundial que os direitos humanos foram verdadeiramente reconhecidos, iniciando o processo de internacionalização dos direitos humanos. As atrocidades ocorridas durante o Holocausto, pelos nazistas, despertaram a comunidade internacional para a necessidade de um sistema de proteção e promoção dos direitos humanos, e, que isso, transcenderia a soberania dos Estados¹. A autora defende que o novo Direito Internacional dos Direitos Humanos decorre do pós-guerra, haja vista, que se acredita que parte das crueldades ocorridas no Holocausto poderiam ter sido prevenidas caso existisse um efetivo sistema de proteção internacional.

Para Piovesan:

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a esse campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos².

É possível observar, que a Declaração de 1948 possui pontos de suma importância que a elegem como o marco inicial e principal do processo de internacionalização e universalidade dos direitos humanos. É a partir dela que, após a Segunda Guerra Mundial, o respeito à dignidade humana e os valores básicos inerentes a todo ser humano começam a permear na nova ordem internacional de proteção dos direitos humanos.

No que diz respeito a questão da distinção entre as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, encontra-se ampla discussão na doutrina em torno da melhor terminologia. Ingo Wolfgang Sarlet, buscou demonstrar a distinção e os conceitos acerca das expressões. Para o autor, o espaço e a efetividade são dois importantes fatores para a distinção terminológica dessas expressões, pois, embora ambas as expressões sejam utilizadas como sinônimos, o termo “direitos fundamentais” refere-se a direitos reconhecidos e positivados na Constituição de um determinado Estado, ao passo que “direitos humanos” são direitos oriundos

¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.180.

² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeus, interamericano e africano. 6. ed. Rev.; ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 49.

de documentos internacionais, que reconhecem o ser humano como um ser humano, independentemente de vinculação com a ordem constitucional de um determinado Estado, sendo, portanto, direitos universais de ordem internacional³.

A universalidade dos direitos humanos consolida-se, na Constituição de 1988, a partir do momento em que ela consagra a dignidade da pessoa humana como núcleo informador da interpretação de todo o ordenamento jurídico, tendo em vista que a dignidade é inerente a toda e qualquer pessoa, sendo vedada qualquer discriminação. Quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, a Constituição de 1988 integra, ao elenco dos direitos fundamentais, os direitos sociais, que nas Cartas anteriores restavam espalhados no capítulo pertinente à ordem econômica e social.

É amplo o rol dos direitos fundamentais na Constituição do Brasil. Dentro do Título II da Constituição Federal, que trata especificamente dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, encontra-se o art. 5º, que, em 77 incisos, estabelece os direitos (e deveres) individuais e coletivos. Os artigos 6º e 7º (este último com 34 incisos) relacionam os denominados direitos sociais e dos trabalhadores. Fora do Título II, é reconhecido como direito fundamental (de terceira geração ou dimensão) o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, estabelecido pelo art. 225. Outros direitos previstos expressamente no texto constitucional, também excluídos do Título II, seriam passíveis de enquadramento entre os direitos fundamentais.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴, baseado na Constituição Federal de 1988, propõe a classificação dos direitos fundamentais em três categorias: direitos cujo objeto imediato é a liberdade (de locomoção: artigo 5º, XV e LXVIII; de pensamento: artigo 5º, IV, VI, VII, VIII, IX; de reunião: artigo 5º, XVI; de associação: artigo 5º, XVII a XXI; de profissão: artigo 5º, XIII; de ação: artigo 5º, II; sindical: artigo 8º; de direito de greve: artigo 9º); direitos cujo objeto imediato é a segurança (dos direitos subjetivos em geral: artigo 5º, XXXVI; em matéria penal: artigo 5º, XXXVII a LXVII; do domicílio: artigo 5º, XI); direitos cujo objeto imediato é a propriedade (em geral: artigo 5º, XXII; artística, literária e científica: artigo 5º, XXVII a XXIX; hereditária: artigo 5º, XXX e XXXI).

Segundo Robert Alexy, os direitos fundamentais possibilitam a formação das mais variadas teorias, assim,

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. ver. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 58-59.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 264.

Teorias históricas, que explicam o desenvolvimento dos direitos fundamentais, teorias filosóficas, que se empenham em esclarecer seus fundamentos, e teorias sociológicas, sobre a função dos direitos fundamentais no sistema social, são apenas três exemplos⁵.

Segundo Alexy, “mais conveniente que basear o conceito de norma de direito fundamental em critérios substanciais e/ou estruturais é vinculá-lo a um critério formal, relativo a forma de sua positivação”. O mencionado autor ressalta ser normas de direitos fundamentais aquelas contidas nas disposições dos arts. 1º a 19, da Constituição Alemã, bem como, as disposições garantidoras de direitos individuais. Finaliza Alexy, que “normas de direitos fundamentais são as normas diretamente expressas por essas disposições”⁶.

Na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, está escrito que: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III- a dignidade da pessoa humana⁷.

O Estado Democrático de Direito é um conceito que designa qualquer Estado que se aplica a garantir o respeito das liberdades civis, ou seja, o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica. Em um Estado Democrático de Direito, as próprias autoridades políticas estão sujeitas ao respeito das regras de direito⁸.

Alexy, tem explanado a noção de que o direito é um sistema não apenas de regras, mas também de princípios, que atuam não apenas como fontes subsidiárias, na lacuna do sistema ou na ausência de lei, mas como fontes primárias, sobrepondo-se inclusive aos textos legais⁹.

Aqui se faz importante entender o sentido da palavra justiça de maneira ampla, para que a partir daí possa-se melhor compreender essa palavra tão invocada pela sociedade atual. Na visão aristotélica “a justiça é a lei”, o indivíduo que cumpre a lei pratica a justiça, na sua concepção “o homem sem a lei seria injusto”, veja-se seu entendimento:

(...) vimos que o homem sem lei é injusto e o respeitador da lei é justo; evidentemente todos os atos legítimos são, em certo sentido, atos justos, porque os atos prescritos pela arte do legislador são legítimos, e cada um deles dizemos nós, é justo. Ora nas disposições que tomam sobre todos os assuntos, as leis têm em mira a vantagem

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 31.

⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 73.

⁷ BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm. Acesso em: 25 ago. 2019.

⁸ SANTOS, Adairson Alves dos. O Estado democrático de direito. **Âmbito Jurídico**, 01 ago. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-estado-democratico-de-direito/>. Acesso em: 07 jan. 2021.

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 73.

comum, quer de todos, quer dos melhores ou daqueles que detém o poder ou algo desse gênero; de modo que, em certo sentido, chamamos justos aqueles atos que tendem a produzir e a preservar, para a sociedade política, a felicidade e os elementos que a compõem. E a lei nos ordena praticar tanto os atos de um homem corajoso (...) quanto a de um homem morigerado (...) e os de um homem calmo (...); e do mesmo modo com respeito às outras virtudes e formas de maldade, prescrevendo certos atos e condenado outros; e a lei bem elaborada faz essas coisas retamente, enquanto as leis concebidas às pressas fazem menos bem¹⁰.

O direito de acesso à justiça está interligado aos direitos sociais que progrediram lado a lado de acordo com as necessidades e as exigências dos indivíduos, mas analisando originalmente o direito de acesso à justiça está nitidamente atrelado aos direitos naturais do homem, pois assim como o Estado moderno o conceito de acesso à justiça evoluiu na mesma proporção que surgem “novos direitos”, Cappelletti o maior estudioso do tema “acesso à justiça” discorreu sobre a evolução histórica desta:

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos Estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para a sua proteção. (...)

(...) A justiça, como outros bens, no sistema do laissez-faire, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos, aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva. À medida que as sociedades do laissez-faire cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos refletidas nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos¹¹.

A Carta Magna de 1988, sem dúvida trouxe avanços consideráveis no tocante ao acesso democrático à justiça, estabelecendo direitos e criando mecanismos para sua defesa,

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – (...);

II – (...);

III - a dignidade da pessoa humana;

IV – (...);

V – (...).

¹⁰ FREITAS, Juarez. **As Grandes Linhas da Filosofia do Direito**. 3.ed. Rio Grande do Sul: EDUCS, 1986. p. 44.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Fabros, 1988. p. 67.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 II - (...);
 III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
 XXXIII - (...)
 XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
 a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
 b) (...).
 LII - (...);
 LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;
 LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
 LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;
 LVI - (...);
 LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos¹².

A Constituição é rica em dispositivos que embasam o direito de acesso à prestação jurisdicional. Já no art. 1.º, III, disciplina, como fundamento constitucional a dignidade da pessoa humana logo, o indivíduo ao ter seus direitos garantidos e respeitados terá reconhecida a sua dignidade.

Ingo Sarlet ressalta a necessidade de separar os sentidos das expressões direitos fundamentais e direitos humanos. A primeira expressão (direitos fundamentais) deveria ser reservada “para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”, enquanto que a segunda (direitos humanos) deveria ser empregada para fazer referência “àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”¹³.

1.2 Da situação desumana e degradante para presos provisórios no Brasil

¹² BRASIL. Constituição Federal (1988). **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm. Acesso em: 25 ago. 2019.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 50.

Para que seja possível questionar a validade ou legitimidade do Direito Penal Brasileiro Contemporâneo em se tratando da “Audiência de Custódia, neste tópico será necessário fazer uma análise retrospectiva do problema a partir de um ponto em que se possam definir com clareza as causas que foram determinantes ou que contribuíram de forma fundamental para que o modelo vigente fosse implantado, sendo assim, será apresentado o sistema prisional brasileiro.

Nesse sentido, este tópico se debruçará sobre a compreensão do flagrante delito, dentro dos formatos delimitados pelo Código de Processo Penal, seguida pela análise das audiências de custódia e dos princípios das custódias, pela compreensão da Resolução nº 213/2015.

Os sistemas prisionais surgiram por iminência da necessidade do próprio homem de assegurar a paz na convivência em sociedade. Para tanto, em decorrência do contrato social, formou-se um ordenamento coercitivo integrado pelas prisões e casas de força. Para Rousseau, o contrato social seria um acordo entre os membros da sociedade, pelo qual reconhecem a autoridade, igualmente sobre todos, de um conjunto de regras, de um regime político ou de um governante¹⁴.

O sistema prisional é parte do conjunto de mecanismos de controle social que uma sociedade mobiliza para punir a transgressão da lei. O significado ideológico do sistema prisional brasileiro muitas vezes é utilizado como instrumento de exclusão ao definir condutas que objetivam conter as classes sociais inferiores. Muitas vezes resolve-se o problema da segurança pública encarcerando indivíduos das classes subalternas, os mais pobres, os desprovidos das políticas públicas e injustiçados pelo sistema econômico e social¹⁵.

O Ministério da Justiça, por meio do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, é responsável pela formulação da política carcerária. Este colegiado é o órgão superior de um sistema integrado pelo Departamento Penitenciário Nacional, apoiado pelo Fundo Penitenciário e, nos Estados, pelos respectivos conselhos e órgãos executivos.

No Estado Democrático de Direito é imprescindível que exista coerência entre legislação e políticas públicas. Fazem parte de nosso cotidiano leis que não são cumpridas e políticas públicas descoladas das leis. Na área do sistema penitenciário, esse descolamento, essa distância entre o que está estabelecido na legislação e o que os presos vivenciam é absolutamente dramática¹⁶.

Conforme exposto, o Plano Nacional de Segurança Pública visa aplicar com rigor e equilíbrio as leis no sistema penitenciário, respeitando os direitos dos apenados, eliminando

¹⁴ RODRIGUES, Thiago José de Oliveira. **Ressocialização**: como trabalhos sociais podem recuperar detentos. Trabalho de conclusão de Curso. Varginha: Unis, 2017, 59 p. p. 10.

¹⁵ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 04.

¹⁶ BRASIL. **Ministério da Justiça**. 2005. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/> Acesso em: 20 abr. 2020.

suas relações com o crime organizado, e contribuir para a democratização do Sistema de Justiça Criminal. Já o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania tem como uma de suas ações a reestruturação do sistema penitenciário.

O papel do sistema prisional é conflituoso, tanto no âmbito teórico, quanto no prático, onde o discurso predominante sobre o seu papel como instituição de controle social no mundo moderno se distingue pela valorização de uma proposta de ressocialização do apenado. Contrariando tal afirmação, verificamos que o Estado vem optando claramente pela criminalização da miséria e o encarceramento maciço como complemento da generalização da insegurança social.

A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um “mais Estado” policial e penitenciário o “menos Estado” econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo Mundo¹⁷.

O Sistema Penitenciário Nacional foi criado no ano de 2006, com a reestruturação do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Compete ao órgão ser o gestor e fiscalizador das Penitenciárias Federais em cumprimento à Lei de Execução Penal (LEP), em especial o que consta no artigo 72, parágrafo único, que lhe confere essa incumbência de forma exclusiva. O Sistema Penitenciário Federal é constituído pelos estabelecimentos penais federais, subordinados ao DEPEN do Ministério da Justiça¹⁸.

Segundo dados do Ministério da Justiça referente ao ano de 2019 no seu último levantamento, o Sistema Penitenciário Brasileiro considerando presos em estabelecimentos penais e presos detidos em outras carceragens, os dados de 2019 aponta que o Brasil possui uma população prisional de 773.151 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes. Caso sejam analisados presos custodiados apenas em unidades prisionais, sem contar delegacias, o país detém 758.676 presos¹⁹.

O Brasil hoje vive um momento de abandono e descaso para com o sistema carcerário por parte do governo. Para Assis²⁰, o Brasil convive com um abandono do sistema prisional e o que deveria ser um instrumento de ressocialização, muitas vezes funciona como escola do crime, devido à forma como é tratado pelo Estado e pela sociedade.

¹⁷ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 4.

¹⁸ LIMA, Érica Andréia de Andrade. **Sistema Prisional Brasileiro**. Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. 2011. Disponível em: <https://yumpu.com/pt/document/view/16443653/sistema-prisional-brasileiro-unipac>. Acesso em: 12 abr. 2020.

¹⁹ BRASIL. **Ministério da Justiça**. 2019. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

²⁰ ASSIS, Rafael Damasceno de. **A realidade atual do Sistema Penitenciário Brasileiro**. Disponível em: <http://diretonet.com.br/artigos/perfil/exibir/113914/Rafael-Damaceno-de-Assis>. Acesso em: 20 abr. 2020.

O autor Baratta, defende o uso do conceito de reintegração social ao invés de ressocialização, pois para ele esse conceito representa um papel passivo por parte da pessoa em conflito com a lei e, o outro, ativo por parte das instituições, que traz restos da velha criminologia positivista, que definia o condenado como um indivíduo anormal e inferior que deveria ser readaptado à sociedade, considerando esta como ‘boa’ e o condenado como ‘mau’[...]”²¹.

O sistema penitenciário no Brasil é conhecido especialmente por suas deficiências e mazelas, como por exemplo a insalubridade e superlotação das celas, fatores que auxiliam na proliferação de epidemias e ao contágio de doenças, corrupção, ociosidade dos detentos, formação de organizações criminosas, etc. Também, entende-se que o sistema prisional da maneira como está não contribui como deveria para recuperação dos detentos e funciona precariamente no que tange à reabilitação dos mesmos para que voltem ao convívio em sociedade tanto é que, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cerca de 70% dos presos brasileiros, assim que livres novamente, voltam a cometer crimes.

O sistema penitenciário brasileiro vive atualmente uma verdadeira falência gerencial. A realidade penitenciária é arcaica, os estabelecimentos prisionais na sua grande maioria representam para os reclusos um verdadeiro caos, onde o preso se amontoa a outros em celas sujas, úmidas, anti-higiênicas e superlotadas. Por sua vez, a promiscuidade interna das prisões é tamanha que faz com que o preso com o tempo, perca o sentido de dignidade e honra que ainda lhes resta, ou seja, em vez do Estado através do cumprimento da pena nortear a sua reintegração ao meio social, dotando o preso de capacidade ética, profissional e de honra, age de forma contrária, inserindo o condenado em um sistema que para Oliveira²², nada mais é do que:

Um aparelho destruidor de sua personalidade, pelo qual: não serve o que diz servir; neutraliza a formação ou o desenvolvimento de valores; estigmatiza o ser humano; funciona como máquina de reprodução da carreira no crime; introduz na personalidade e prisionalização da nefasta cultura carcerária; estimula o processo de despersonalização; legitima o desrespeito aos direitos humanos.

Sabe-se que o sistema carcerário no Brasil está falido. A precariedade e as condições subumanas que os detentos vivem hoje são de muita violência. Os presídios se tornaram depósitos humanos, onde a superlotação acarreta violência sexual entre presos, faz com que

²¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: Introdução a Sociologia do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 71.

²² OLIVEIRA, Eduardo. **Política criminal e alternativas à prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 55.

doenças graves se proliferem, as drogas cada vez mais são apreendidas dentro dos presídios, e o mais forte subordina o mais fraco.

Nos últimos anos, o Governo Federal tem reconhecido os inúmeros problemas enfrentados no âmbito do sistema prisional brasileiro, dessa maneira vem, desenvolvendo um conjunto de práticas que objetivam por assim dizer a “humanização” do Sistema Penitenciário, em cumprimento às convenções, diretrizes e orientações para tratamento de prisioneiros da ONU, Lei de Execuções Penais e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em respeito à dignidade do homem, a partir da harmonização dos procedimentos e ritos prisionais. Das inúmeras práticas, as que possuem grande relevância são a constituição do FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional), no ano de 1994, do PRONASCI (Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania), em 2007, o Plano Diretor do Sistema Penitenciário Brasileiro (2008), além da primeira Conferência Nacional da Segurança Pública. O elemento comum em todas estas ações é o incentivo a educação como ferramenta essencial ao processo de ressocialização dos apenados²³.

Para que haja uma efetiva ressocialização, o apenado ao dar entrada no sistema penitenciário, somente deve perder o direito de ir e vir sendo assegurados os demais direitos como à vida, saúde, bem-estar, educação, trabalho e assistência jurídica. Portanto, a ressocialização pode ser determinada como um trabalho de reestruturação psicossocial do apenado com a sociedade, através de ações, políticas públicas, incentivo e investimento no tratamento do apenado, para que a sociedade o receba de volta, livre de sua necessidade de reincidir no crime.

Assim como a ressocialização, outro trabalho que deve ser realizado com o apenado é a reintegração social, pois é a partir dela que o apenado irá ter uma aproximação com a sociedade, ou seja, na medida em que o cárcere se abre para a sociedade, a sociedade se abre para o cárcere, pois o apenado para a sociedade é um ser que se tornou invisível por causa dos altos muros²⁴.

A ressocialização é a humanização do indivíduo enquanto recluso pelo sistema prisional, buscando um foco humanista do criminoso na reflexão científica ao mesmo tempo que protege a sociedade deste. Através do reconhecimento da necessidade da ressocialização do indivíduo criminoso, a pena de prisão passa a ter uma nova finalidade além da simples

²³ ASSIS, Rafael Damasceno de. **A realidade atual do Sistema Penitenciário Brasileiro**. Disponível em <http://direitonet.com.br/artigos/perfil/exibir/113914/Rafael-Damaceno-de-Assis>. Acesso em: 20 abr. 2020.

²⁴ SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 117.

exclusão e retenção, passa a ter uma finalidade de orientação social e preparação para o seu retorno à sociedade, buscando assim a interrupção do comportamento reincidente.

Desta forma, o Estado abandona seu comportamento de castigar simplesmente por castigar, pois, da mesma forma que outros animais castigados, o resultado obtido apresenta-se muitas vezes diverso do esperado e o criminoso não ressocializado volta a cada reincidência, mais marginalizado e agressivo, conseqüentemente, mais distante de deixar de ser parte da anomia social. O conceito doutrinário de reincidência é dotado de uma amplitude significativa, se comparado ao conceito legal. Nos ensinamentos de Damásio de Jesus²⁵, Reincidência deriva de *recidere*, que significa recair, repetir o ato. Reincidência é, em termos comuns, repetir a prática do crime. Entenda-se que a pena de prisão nunca deve ser vista como instrumento de vingança, pois, seu objetivo é de restituí-lo de forma mais humana à sociedade.

Como foi exposto, é notório que o sistema prisional vigente atualmente no Brasil deixa muito a desejar. São diversos os erros e problemas da situação carcerária na qual se encontram os apelados brasileiros.

O ambiente lombrosiano do cárcere no Brasil afeta diretamente a dignidade e a integridade física do reeducando, suas garantias não são respeitadas e acabam por serem proteladas no período de sua reeducação.

Neste mesmo sentido, é o ensinamento de Greco²⁶:

Não se educa a sociedade por intermédio do Direito Penal. O raciocínio do Direito Penal Máximo nos conduz obrigatoriamente, à sua falta de credibilidade. Quanto mais infrações penais, menores são as possibilidades de serem efetivamente punidas as condutas infratoras, tornando-se ainda mais seletivo e maior a cifra negra.

Como afirma Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

A questão continua sendo a plena possibilidade de manipulação da lei pelos operadores de direito, contra a qual todos os mecanismos de controle eminentemente jurídicos fracassaram [...] pelo princípio do livre convencimento: basta a imunização da sentença com requisitos retóricos bem trabalhados e o magistrado decide da forma que quiser, sempre em nome da ‘segurança jurídica’, da ‘verdade’ e tantos outros conceitos substancialmente vagos, indeterminados [...]²⁷.

Esse procedimento é observado nas audiências de custódia (o que será explanado nos capítulos seguinte), onde a princípio e essencialmente devia se ater à defesa da integridade física e à necessidade de manutenção ou não da prisão, hoje, é tratada como uma forma de antecipação da pena e da condenação, a partir da análise de antecedentes de quais crimes foram cometidos

²⁵ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Vol.1: Parte Geral- 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 611.

²⁶ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do direito penal. 2. ed.. Revista, ampliada e atualizada até 01 de julho de 2006. Niterói – RJ: Impetus, 2006. p.19.

²⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *In: Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Ed. Nota Dez, n. 01, 2001. p. 6.

e até da cor da pele do indivíduo, restando em segundo plano o questionamento sobre a existência ou não de tortura ou violência policial, de se relatar como ocorreu o fato.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), de 1969 (OEA, 1978) – tratado do qual o Brasil é signatário desde o Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992, em seu art. 7º, ao tratar dos direitos à liberdade pessoal, estabelece o direito do preso em flagrante ser apresentado imediatamente à autoridade judiciária competente. Norma similar consta no pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. O art. 9º deste pacto traz também disposições aplicáveis ao ordenamento jurídico brasileiro, com caráter supralegal acerca dos direitos à liberdade e direitos processuais inerentes à condição de preso, seja este preso provisório ou definitivo²⁸.

1.3 Do Regime Jurídico da prisão em flagrante

O conceito de prisão, é a segregação da liberdade de locomoção do indivíduo, ou seja, o impedimento físico ou a restrição da possibilidade de ir e vir em decorrência de decisão do Estado. Nesse sentido, há duas classificações para a prisão: as prisões decorrentes de pena e aquelas prisões processuais (ou prisão sem pena). A distinção clássica que se fazia entre estas e aqueles estava no fato de que a prisão-pena seria decorrente de decisão judicial transitada em julgado, enquanto a prisão processual seria realizada no curso do processo penal, tanto em fase de investigação quanto de julgamento.

Para manter o rigor teórico, deve-se dizer que há não apenas duas modalidades de prisão, mas pelo menos quatro. A prisão pode ser decorrente de pena, aqui definida como aquela decorrente de decisão condenatória transitada em julgado, ou na qual pese decisão de execução antecipada de pena, enquanto pendente recurso em tribunal superior; a prisão pode ser processual, sendo aquela necessária para albergar alguma necessidade do processo; a prisão pode ser administrativa, extinta para civis, mas ainda prevista nos regramentos militares e no regramento constitucional (nos termos do art. 5º, inciso LXI da Constituição Federal); e a prisão pode ser civil, no caso de devedor de alimentos²⁹.

O objeto do presente tópico se refere a apenas uma das modalidades de prisão: as prisões em flagrante como modo de prisões processuais, cautelares ou procedimentos. Isso implica

²⁸ AVILA, Thiago André Pierobom de. Audiência de custódia: avanços e desafios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 35, p. 301-333, set. 2016. Disponível em: http://semadp;çeg;br/ri/edicoes/53/211/ri_v53_n211_p301.pdf. Acesso em: 05 abr. 2020.

²⁹ PENICHE, Walter Santos. **Prisão preventiva disciplinar militar**. Jusmilitares, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/pprevdisc.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

dizer que as prisões aqui analisadas são aquelas decorrentes do transcurso processual, não se confundindo com aquelas em razão de pena, quiçá com as prisões objeto de processos militares, aqui indicadas apenas para fins de rigor teórico.

A palavra “flagrante” em etimologia no latim decorrendo da palavra *flagrans* ou *flagrantis*, termos derivados do verbo *flagare*, que significa “queimar”³⁰. Assim, a ideia do flagrante está vinculada ao fogo, àquilo que demonstra um crime que estaria crepitando, do qual o Estado não poderia se furtar. Assim, o Estado segrega a liberdade do indivíduo em decorrência da existência de um crime que estaria às vistas de qualquer pessoa.

A nomenclatura “flagrante delito” representa uma expressão histórica e doutrinária que serve para delimitar tanto crimes quanto contravenções penais, mas que traz ranço histórico por sugerir a quase certeza do crime e da consequência punitiva. Por tal razão, há autores como Melo³¹, que repudiam a expressão “delito”, mantendo apenas o termo “flagrante”.

A prisão em flagrante delito é uma modalidade prevista nos artigos 301º e 302º do Código de Processo Penal. Assim, como a prisão em flagrante é decorrente de um crime que está evidente, considera-se em flagrante delito quem está cometendo infração penal, ou quem acabou de cometê-la, tendo sido perseguido logo após a realização da infração ou encontrado logo após esta com instrumentos do delito, nos termos do art. 302º do Código de Processo Penal.

Beccaria afirma que no caso de um delito, haveria duas partes: o soberano, afirmando que o contrato social foi violado, e o acusado, que nega essa violação. “É preciso, pois, que haja entre ambos um terceiro que decida a contestação. Esse terceiro é o magistrado, cujas sentenças devem ser sem apelo e que deve simplesmente pronunciar se há um delito ou se não há”. Beccaria alega que era comum outorgar-se ao magistrado poderes discricionários, para prender cidadãos sem critérios pré-estabelecidos. Para o autor, somente a lei deve definir os casos em que a pena de prisão deve ser aplicada. Assim, a lei deve estabelecer, de maneira fixa, por que indícios de delito um acusado pode ser preso e submetido a interrogatório³².

Dessa forma, define-se a prisão em flagrante como aquela modalidade de segregação na qual verifica-se a possível existência de crime, de modo que, para instaurar e garantir o processo apreende-se a pessoa. Verifica-se a natureza administrativa da prisão em flagrante enquanto realizada por qualquer do povo e lavrada pela autoridade policial, convertendo-se à natureza

³⁰ PAULA, Eidimar de. Audiência de custódia no estado do Tocantins, implantação, resultados e desafios. Palmas, 2019, 127p. Dissertação (mestrado profissional). p. 35.

³¹ MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal conforme a Resolução nº 213 do CNJ e Projeto de Lei nº 554/2011 do Senado**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016. p. 79-81.

³² BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3. ed. São Paulo: Edijur, 2012. p. 24.

procedimental quando passada pelo crivo do Poder Judiciário³³. A atuação de qualquer povo, bem como a atividade policial, para um Estado Democrático de Direito, deve ser controlada. Apesar disso, verifica-se uma administrativização do direito penal, fenômeno pelo qual as polícias passam a ter mais liberdade de atuação, e os árbitros, menos freios, enquanto os arcabouços normativos deveriam gerar tendência contrária³⁴.

Como exposto, as críticas de Diniz Neto³⁵, tomam por referência os textos de Luigi Ferrajoli³⁶, que por sua vez, também critica a “administrativização” do processo penal, mesmo sem utilizar expressamente o termo “administrativização da polícia”. Desse modo, permitir o procedimento sem os devidos crivos judiciários facilitaria os processos autoritários, tornando o procedimento um mero mecanismo punitivo, e não um garantidor de direitos. Portanto, os mecanismos de prisão não devem ficar restritos ao aparato policial, mas ter a pronta apreciação do Poder Judiciário.

Compreende-se o flagrante como o Instituto Jurídico pelo qual qualquer do povo fica autorizado a levar à autoridade policial o conhecimento imediato de um crime, enquanto a autoridade policial é obrigada a lavrar o flagrante, quando toma conhecimento de um crime em estado de flagrância. Bem como, tal procedimento tem formalidades que representam limitações ao Estado e ao próprio arbítrio, e também vinculam a validade do ato de restrição de liberdade. Há limitação do prazo de 24 horas para comunicação da prisão à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao juiz competente. Por sua vez, um sistema com mecanismo de limitação e controle, com fiscalização de prazos e imposição de formas, seria aquele que melhor se adequaria à proposição de garantia de direitos³⁷.

Posto isto, verifica-se que as audiências de custódia seria o mecanismo jurídico de transmutação da prisão flagrancial administrativa em ato procedimental, pelo qual busca-se assegurar o processo e a garantia dos direitos. Desse modo, os limites dos direitos fundamentais estariam melhor assegurados quanto mais precisos forem os procedimentos de flagrante e controle desses atos.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 716-717.

³⁴ DINIZ NETO, Eduardo. Sociedade de risco, direito penal e política criminal. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 5, n. 2, p. 202-220, ago. 2010, p. 211.

³⁵ DINIZ NETO, Eduardo. *Ibidem*.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 785.

³⁷ FROTA, Camila Espíndola Jefferson. **A efetivação de direitos e garantias do preso e a problemática dos prazos para a realização das audiências de custódia**. 2017. 55 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/?cdConteudo=8163986>. Acesso em: 20 abr. 2020.

2 DA PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL

Com o advento da Carta Magna de 1988, e o gradativo processo de redemocratização, consagraram-se novas questões no que diz respeito ao controle dos mecanismos de aplicação do Direito Penal e Processual Penal, como os princípios da Legalidade e do devido Processo Legal, verdadeiras balizas a aplicação da lei. E, inegavelmente, a Constituição de 1988 abriu os horizontes para a consolidação dos princípios que lhes serviram de alicerce.

Tratando-se do princípio da reserva absoluta de lei formal, verifica-se que incidirá nos casos em que seja imperativa a privação de liberdade, mesmo que provisória. As formalidades legais são exigência precípua, referem-se tanto a imposição de penas privativas de liberdade, quanto à fixação de medidas de caráter cautelar que afetam a liberdade em sua amplitude.

É impositivo constitucional que toda prisão seja fielmente fiscalizada por juiz de direito. Estipula o art. 5.º, LXV, que: “A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade

judiciária”. No mesmo sentido, dispõe o art. 310, I, do Código de Processo Penal (CPP): Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal³⁸.

Além disso, não se pode esquecer que, mesmo a prisão decretada por magistrado, fica sob o crivo de autoridade judiciária superior, através da utilização dos instrumentos cabíveis, entre eles, o habeas corpus: Art. 5º, LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. (Art. 5.º, LXVIII, CF)³⁹.

Constitui abuso de autoridade efetuar prisão ilegal, deixar de relaxar, nesse caso válido apenas para o juiz, prisão ilegalmente realizada, bem como deixar de comunicar ao magistrado a prisão efetivada, ainda que legal. Quando a prisão for indevidamente concretizada, por pessoa não considerada autoridade, trata-se de crime comum (constrangimento ilegal, sequestro ou cárcere privado).

A prisão em flagrante é, por natureza jurídica, uma medida cautelar de segregação provisória do autor de uma infração penal, o que faz com que a aparência de tipicidade, por si só, apresente-se como elemento suficiente para a sua realização. Neste sentido, não se exige previamente uma valoração em torno da ilicitude e da culpabilidade, já que estes são requisitos para a configuração do crime, a serem aferidos e processados ao longo da instrução probatória processual.

Tal modalidade de prisão, é preciso que ocorra sem a expedição de mandado de prisão pela autoridade judiciária, conforme aduz a Carta Magna em seu (art. 5.º, LXI), daí emerge a fundamentação de seu caráter administrativo, apresentando-se como incompreensível que qualquer do povo (autoridade policial legalmente constituída ou não) ao se deparar com um crime em pleno curso, fosse impedido por força de lei, de tomar providências no intuito de cessar a ação criminosa, quando possível, e de deter o autor imediatamente, ficando por outro lado, sujeito aos excessos de suas atitudes. Conforme nos mostra Nucci:

O fundamento da prisão em flagrante é justamente poder ser constatada a ocorrência do delito de maneira manifesta e evidente, sendo desnecessária, para a finalidade cautelar e provisória da prisão, a análise de um juiz de direito. Por outro lado, assegura-se, prontamente, a colheita de provas da materialidade e da autoria, o que também é salutar para a verdade real, almejada pelo processo penal. Certamente, o

³⁸ Decreto-Lei nº 3.689. **Código de Processo Penal**. Projeto de Francisco Campos. Brasília. 1941.

³⁹ BRASIL. Constituição Federal (1988). **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm. Acesso em: 25 ago. 2019.

realizador da prisão fica por ela responsável, podendo responder pelo abuso em que houver incidido⁴⁰.

A prisão em flagrante, realizada ao largo da existência de um mandado da autoridade competente, sujeita-se ao crivo imediato do magistrado, conforme previsão legal, poderá relaxar a prisão quando constatada qualquer ilegalidade à luz do art. 5.º, LXV, CF. “Cabendo a ressalva de que ao ser analisada e mantida pelo juiz, imbuí-se de conteúdo jurisdicional, configurando como a autoridade coatora o magistrado que a deu sustentação”⁴¹.

De acordo com Pacelli⁴², a reforma implementada pela Lei 12.403/2011 tornou obrigatório, para o magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante as seguintes medidas:

(Art. 310, CPP): a) relaxar a prisão ilegal; b) converter a prisão em flagrante em preventiva, desde que presentes os requisitos do art. 312 do CPP e se forem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP; c) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Portanto, não há mais espaço para que o juiz simplesmente mantenha a prisão em flagrante, considerando a “em ordem”. Ele deve convertê-la em preventiva ou determinar a soltura do indiciado, por meio da liberdade provisória. A única hipótese de se manter alguém no cárcere, com base na prisão em flagrante, decorre da revogação da liberdade provisória, pelo não cumprimento de suas condições⁴³.

Outra questão estabelece que eventual nulidade no auto de prisão em flagrante devido à ausência de assistência por advogado somente se verifica caso não seja disponibilizado ao conduzido o direito de ser assistido por defensor técnico, sendo suficiente a lembrança, pela autoridade policial, dos direitos do preso previstos no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal.

Mediante o exposto, todos aqueles que trabalham com a questão criminal: policiais, juízes, promotores, advogados, defensores, deveriam ouvir um conselho de Zaffaroni⁴⁴: “o conjunto nos recomenda antes de tudo prudência, cautela no uso do poder repressivo, muita cautela”.

Conforme Greco⁴⁵, mesmo sendo importante e necessário o bem para manutenção e a subsistência da sociedade, se não houver uma lei penal protegendo o indivíduo, por mais relevante que seja não haverá crime se o agente vier a atacá-lo, em face do princípio da

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**: 13. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Forense, 2018. p. 294.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**: 13. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Forense, 2018. p. 294.

⁴² PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 526.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**: 13. ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Forense, 2018. p. 294.

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 12.

⁴⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Niterói – RJ: Impetus, 2007. V.1. p. 141.

legalidade. Desse modo, embora haja o indivíduo cometido uma conduta eivada de reprovação social, se não houver descrição para o fato na lei penal, estaremos diante de um nada jurídico.

O controle das decisões judiciais constitui-se como uma importante conquista da doutrina brasileira, para a produção de um direito mais democrático. É um caminho ainda a ser trilhado. É uma garantia ainda a ser devidamente concretizada no Brasil⁴⁶.

Nilo Batista aponta que o direito penal existe para cumprir finalidades, para que algo se realize, não para a simples celebração de valores eternos ou para a glorificação de paradigmas morais. Nesse sentido, não cabe ao julgador aplicar rótulos sociais ao preso que se encontra à sua frente na audiência de custódia, mas, pelo contrário, contextualizar sua prisão, a fim de evitar o encarceramento ilegal e desnecessário⁴⁷.

2.1 Princípios de regras da Constituição Federal

Contemplada na Constituição Brasileira de 1988, como uma de suas vigas mestras, cumpre-nos ir além no intuito de dimensionar a sua importância e abrangência. Constatamos, que o significado e o conteúdo da dignidade humana foram sendo delineados ao longo de muitos séculos, ganhando especial relevância para o Direito a partir do século XX, em resposta às atrocidades e abusos cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, que ceifaram milhões de vidas, ameaçando de extinção a própria raça humana.

A dignidade é um valor que não tem preço, não pode ser comercializada e é um atributo inato a cada ser humano, que não pode ser considerado dádiva ou concessão do Direito, mas que deve ser por ele amparado e protegido, independentemente de raça, crença, ideologia, posição social, enfim, qualquer diferença que possa existir entre as pessoas.

A Constituição Brasileira de 1988, em especial, apresentou importante avanço em relação às Constituições anteriores no que diz respeito aos direitos fundamentais conforme defesa de Dalmo de Abreu Dallari⁴⁸:

A última das Constituições anteriores elaborada por uma Assembleia Constituinte, a de 1949, falava em ‘direitos e garantias individuais’. Na Constituição de 1988, que sofreu influência da Constituição Portuguesa de 1976, aparecem as expressões ‘direitos humanos’, ‘direitos e garantias fundamentais’, ‘direitos sociais’, além de

⁴⁶ TRINDADE, André. K. 2015. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD**, 7(3): 244-245.

⁴⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 23.

⁴⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 225.

direitos individuais e coletivos' – que demonstra a ênfase dada aos direitos fundamentais da pessoa humana e a pressão irresistível de novas forças democráticas.

O ponto culminante da dignidade da pessoa humana na atual Constituição Federal está em seu Artigo 1º, inciso III, constituindo um dos fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro. No Título dos Direitos e Garantias Constitucionais. Nota-se preocupação relativa à dignidade da pessoa humana ao assegurar igualdade de direitos entre homens e mulheres, preferindo o legislador constituinte não afirmar, genericamente, como constava em Constituições anteriores, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, mas acrescentou conforme consta no Artigo 5º, inciso I, que os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Estabelece o Art. 5º, inciso III, que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Outras garantias inseridas expressamente como direito fundamental da pessoa humana são o direito à indenização por danos morais (Art. 5º, Inciso V), preservando a imagem e a integridade da pessoa; o intuito que garante o *habeas data*, a fim de proteger a esfera íntima dos indivíduos (Art. 5º, Inciso LXXII). Como garantia constitucional, assegurou-se, no Artigo 5º, inciso LIV, o respeito ao devido processo legal, com o fim de legitimar qualquer ato de privação da liberdade ou dos bens do cidadão.

O inciso LV do Art. 5º assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa. Fica claro que o legislador constituinte conferiu grande importância à dignidade da pessoa humana, na Constituição de 1988, elevando-a, ainda que tardiamente, ao lugar que ela sempre mereceu estar: como fundamento da Constituição Federal.

Robert Alexy procurou contribuir para a doutrina a fim de construir um sistema analítico de conceitos vinculados às normas de direitos fundamentais. Esse sistema conceitual pode ser muito útil à resolução dos problemas jurídicos cujo objeto são as possíveis violações aos direitos fundamentais.

Alexy constrói toda a sua teoria dos direitos fundamentais sobre a ideia da dicotomia entre regras e princípios. Tanto a regra quanto princípios são normas, mas há de distingui-las quanto à espécie de cada uma delas. Busca em Hart e Dworkin a ideia de que o que as distingue é a generalidade ou elasticidade de conteúdo de cada uma delas, adotando a ideia de que a diferença entre regra e princípio, ao contrário de Hart, é qualitativa e adota um critério para distingui-los.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte,

mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isto significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio⁴⁹.

Regras são normas que são ou não são satisfeitas, cuja abertura semântica é baixa, diria, se analisada sob a perspectiva do direito como produto da linguagem. A regra é posta sob o limite da validade, por exemplo, ou vale ou não vale. Seus conflitos são resolvidos pelos critérios de temporalidade e especialidade.

Alexy, faz uma distinção entre regras e princípios. Assim, imprescindivelmente se faz expor a distinção entre regras e princípios dentro de uma teoria cuja qual tem por objetivo estruturar a aplicabilidade dos direitos fundamentais. A distinção se baseia na aplicabilidade, no grau de generalidade e na diferença qualitativa destas normas. Princípios são mandamentos de otimização, ou seja, devem ser aplicados ao máximo dentro das possibilidades que o caso concreto e o conteúdo normativo permitir. Este tipo de norma possui um grau de generalidade maior, por ser usado como ponto cardeal a ser seguido com o cumprimento das regras. A característica principal das regras é que elas possuem determinações⁵⁰.

Dworkin⁵¹, estabelece uma distinção importante entre regras (rules), princípios (principles) e políticas públicas (policies). Essa distinção de Dworkin, é tão importante que hoje não mais se fala em norma jurídica, apenas em regras e princípios. Os princípios são questões de fundamento e não precisam estar necessariamente positivados em leis.

O autor supracitado, observa que, na prática das decisões judiciais e especialmente nos casos difíceis, os juízes recorrem a regras que não fazem parte do direito positivo. Especialmente, nos casos em que não há uma solução fácil no direito positivo, as decisões jurídicas muitas vezes recorrem a padrões normativos exteriores ao direito positivo. E, geralmente esses padrões exteriores ao direito positivo, são princípios morais e objetivos políticos, além de outros padrões não tão recorrentes⁵².

⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90-91.

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 22-24. (Título original: Taking rights seriously).

⁵² DWORKIN. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 22.

As regras são as normas jurídicas do direito positivo, isto é, as normas jurídicas escritas, que impõem direitos e obrigações⁵³, ou em termos de lógica moral, normas jurídicas que obrigam, proíbem ou facultam algo. A aplicação das regras é uma questão de tudo ou nada. Ou a regra é válida ou não é. A regra ou se aplica ou não se aplica, é válida ou não é, é cumprida ou é descumprida⁵⁴.

Nestes casos, seria como legislar novos direitos a partir de fatos novos, agindo coerentemente com o que determina a legislação vigente e também estabelecendo uma coerência nas decisões. Isso significa que, nos casos em que não for possível aplicar uma regra específica, os princípios devem ser utilizados para a tomada de decisões, e neste momento, o juiz deve agir como se o legislador fosse. Para os casos acima descritos, Robert Alexy descreve quatro motivos:

1 - a imprecisão da linguagem do direito. 2- a possibilidade de conflitos entre as normas. 3- o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como a 4 possibilidade: em casos especiais de uma decisão que contraria⁵⁵.

Tal descrição, especifica os casos em que, em virtude da ausência de uma norma de direito clara, há a necessidade de aplicação de princípios a fim de fundamentar as decisões judiciais.

Já os princípios, são todos os demais padrões de moralidade transcendentais ao direito positivo, isto é, são todos aqueles padrões morais e políticos à que as decisões jurídicas recorrem para decidir os casos que não são suficientemente solucionados pelas regras do direito positivo⁵⁶.

Os princípios abrangem tanto os princípios morais quanto os objetivos políticos do governo. Assim, dentro do gênero princípios, Dworkin⁵⁷, observa inicialmente que existem duas espécies muito importantes na prática das decisões judiciais, e que são bastante recorrentes nas decisões sobre casos difíceis: o uso de argumentos baseados em princípios morais e o uso de argumentos baseados na conformidade da decisão com os objetivos das políticas públicas do governo que chama de *policies*.

⁵³ DWORKIN. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 24.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 22-24. (Título original: Taking rights seriously).

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda. 2001. p. 7.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 22-24. Título original: Taking rights seriously.

⁵⁷ DWORKIN. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 22.

Os objetivos políticos do governo (policies), na linguagem do direito e da política brasileira, podem ser simplesmente identificados sob o nome de políticas públicas, tais como as políticas econômicas, afirmativas, ambientais, de segurança pública, de desenvolvimento agrário etc. Esses objetivos políticos não são regras jurídicas, mas padrões que, de fato, as decisões judiciais utilizam para justificar suas conclusões⁵⁸.

A Constituição de 1988, assim como as constituições do pós-segunda guerra mundial, trouxe os princípios jurídicos e os direitos fundamentais. Nesse sentido, o princípio da ponderação tem sido apresentado no Brasil, muitas vezes, como a única solução para os casos difíceis, para a colisão de princípios ou para que o direito constitucional seja corretamente aplicado ao caso concreto. Porém, sobre o pretexto da ponderação de princípios, amplamente descrita por Robert Alexy, tem havido o exercício do arbítrio, de vontade de poder. Isto porque o princípio da ponderação é utilizado de maneira equivocada para embasar decisões. Magistrados afirmam que “ponderam princípios” a depender do caso que lhes é apresentado, mas apenas escolhem aquele que mais se adequa a decisão que pretendem tomar⁵⁹

Os princípios ponderados são considerados como valores, o que nem mesmo Alexy, que trabalha a partir de uma matriz teórica alicerçada no racionalismo discursivo e analítico, autoriza, tendo em vista que os princípios são deontológicos. Assim, o neoconstitucionalista desvirtua a ponderação Alexyana escolhendo o “valor” que lhe interessa.

A questão é que o julgador não deve impor seus próprios valores a aqueles que lhe apresentam um caso concreto para decisão, não pode tomar sua decisão com base em argumentos de política, pois a democracia há que ser preservada. O magistrado deve aplicar a norma, encontrar a resposta correta e não há como fazer isso se acreditar que pode “ponderar princípios” sempre que se vir diante de um caso difícil de ser solucionado.

Neste viés, a teoria dos princípios é discutida à exaustão por filósofos e juristas, como Ronald Dworkin, e Robert Alexy, em virtude do sucesso do novo constitucionalismo, pois, esta foi a forma que o Direito encontrou para se reestruturar após a segunda guerra mundial.

2.2 Do surgimento das audiências de custódia e garantias individuais diante da prisão em flagrante

⁵⁸ DWORKIN, R. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 22.

⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda. 2001. p. 90.

Após apresentar o arcabouço teórico processual penal como limitador do poder do Estado e garantidor dos direitos do cidadão previstos nas leis, na CF/88 e nos Tratados Internacionais, é possível pesquisar de forma mais precisa o Instituto Jurídico das Audiências de Custódia. Assim, pretende-se neste tópico fazer a análise jurídica do Instituto de Audiência de Custódia de acordo com a positivação constitucional de forma ampla.

Será apresentado a audiência de custódia, a fim de entender seu funcionamento, sua implementação e compreender de que maneira ela pode contribuir para o sistema prisional, tendo em vista, que um dos objetivos desse Instituto pode resultar consideravelmente na redução da população carcerária (presos provisórios) no Brasil.

Para se adentrar de fato na questão do surgimento da audiência de custódia no âmbito nacional, primeiramente faz-se necessário destacar o ambiente internacional até a formulação do Projeto de Audiência de Custódia no Brasil.

A relação entre países, com a constituição de tratados e convenções e com uma efetiva integração internacional, depende não apenas de um ambiente externo propício à realização de negociações. Essa relação depende também de um ambiente interno de equilíbrio e aceitação do estrangeiro, com a constituição de um sistema normativo permissivo à ordem internacional.

O Direito Internacional e o Direito Nacional, para coexistirem, dependem de um ambiente favorável. Essa constatação é vista como fator histórico relevante ao surgimento do próprio Direito Internacional. Assim, Hugo Grotius, já percebia desde o tratado de paz de Vestefália, conjunto de tratados firmados em 1648, que encerraram a Guerra dos 30 anos, que a partir de um ambiente de paz seria possível ter uma estrutura política com conceitos de autonomia e liberdade, garantindo a existência de um efetivo direito que não o da força⁶⁰.

No âmbito do Direito Internacional, a Convenção de Viena sobre os direitos dos tratados, firmada em 1969, identifica na natureza dos tratados a expressão da vontade entre países, pela estipulação de direitos e obrigações entre sujeitos do plano internacional. Assim, os tratados definidos como normas, têm efeito jurídico, que os Estados assumem com caráter contratual, para que seus cidadãos cumpram direitos e obrigações⁶¹.

Esse ambiente institucional permissivo ao direito externo depende de um conjunto de fatores que oscilam entre a estabilidade interna, a inexistência de guerras e mesmo as políticas e os paradigmas adotados pelos governantes e assumidos por aquele povo naquele momento do

⁶⁰ JESUS, Diego Santos Vieira de. **O baile do monstro**: o mito da paz de Vestefália na história das relações internacionais modernas. História, França, v. 29, n. 2, p. 221, dez. 2010.

⁶¹ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 20-23.

tempo. Portanto, permeia a própria existência do Direito Internacional não apenas um fator jurídico de obrigatoriedade, mas uma desordem política institucional a garantir a florescência do direito.

O Brasil passou por quatro paradigmas de integração internacional, ou seja, por quatro momentos com estruturas e teorias para a aceitação de uma ordem externa que traz efeitos à ordem interna. O primeiro foi o paradigma liberal-conservador, entre 1810 e 1930, pelo qual se firmava o esquema de relações entre exportações primárias e importações industriais, com a aceitação de tratados desiguais, principalmente voltados ao comércio. O segundo paradigma foi o de Estado desenvolvimentista, entre 1930 e 1989, neste momento, o Estado voltava-se para uma política de impulsionamento do desenvolvimento interno, o que gerava conflitos quanto à abertura aos tratados internacionais, tendo como elemento estruturante a independência nacional. O terceiro paradigma é transcrito como o Estado Normal, entre 1990 e 2002, pelo qual houve uma abertura aos sistemas internacionais, sobretudo pela liberalização do mercado e das normas e de integração aos sistemas internacionais. Por fim, consta o paradigma do Estado Logístico, de 2003 em diante, pelo qual houve o retorno a certo controle sobre os aspectos internacionais, mas com uma estratégia de inserção internacional estruturada não somente no eixo americano, o que fez com que a integração regional passasse a ter maior aporte⁶².

No plano jurídico, é perceptível que, em meados dos anos 1980, o Direito Internacional, e sobretudo, os direitos humanos, pautara as discussões do processo de redemocratização brasileira. Dessa forma, nota-se em certa medida que a Constituição Federal de 1988 (CF) traz a prevalência dos direitos humanos e um processo de assimilação da norma internacional ao direito interno⁶³.

Assim, a Constituição Federal/88 introduz um projeto maior: a assimilação de valores internacionais, propagadora de uma ordem respeitadora dos direitos humanos, afastando os antigos valores autoritários⁶⁴. Mazzuoli⁶⁵, trata da redemocratização como fator fundamental para a introjeção dos tratados de direitos humanos no Brasil, segundo o autor, ela permitiu a assimilação de uma série de tratados internacionais de respeito aos direitos humanos, consolidando a aplicação de uma teoria de controle de convencionalidade no Brasil.

⁶² CERVO, Amado Luiz. Política exterior e relações internacionais do Brasil: enfoque paradigmático. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 46, n. 2, p. 5-25, dez. 2003.

⁶³ MIGUEL, Alexandre. A Constituição Brasileira e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional, Brasília**, v. 55, p. 286-326, jun. 2006, p. 286-287.

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 67.

⁶⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 889, p. 105-147, nov. 2009, p. 113.

Os tratados internacionais relativos aos direitos humanos têm efervescência após o término da II Grande Guerra, sobretudo em decorrência da constatação das barbáries cometidas pelo regime nazista, o que sugeriu a necessidade do restabelecimento do valor humano como um modelo ético ideal. Com a geopolítica mundial orientada por essas perspectivas, é criada em 1945 a Organização das Nações Unidas (ONU). Três anos depois, em 1948, é ratificada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), consagrando-a como princípio ético universal.

Desenvolvida a ideia de que a defesa dos direitos humanos não é restrita à competência nacional exclusiva, por ter em seu âmago a tutela humanitária e de todo ser humano, é que se pode compreender a inserção de institutos convencionais. Portanto, com a reformulação do tradicional entendimento de soberania absoluta do Estado, tem-se um processo de relativização que dá margem a intervenções no plano pátrio, tendo em vista o benefício da proteção dos direitos humanos. Assim, institui-se a vigilância e a responsabilização internacional e nacional quanto ao respeito ao princípio ético comum⁶⁶.

Com este cenário, foi possível a elaboração do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, pelo qual o Brasil tornou-se signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), e do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, que promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), de 22 de novembro de 1969⁶⁷.

Nessa esteia, tem-se que, a partir de 1988, houve um ambiente institucional que permitiu de forma paulatina, a aceitação dos tratados de direitos humanos. Deram-se também, ao longo do tempo, a interpretação e o controle do ingresso e da efetividade desses direitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Em 06 de fevereiro de 2015, foi lançado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em São Paulo o Projeto Audiência de Custódia, que concretizou as previsões realizadas anos antes pelo Pacto de São José da Costa Rica. Este projeto busca dar efetividade aos tratados internacionais de direitos humanos, instituindo mecanismo de apresentação imediata do preso em flagrante à autoridade judiciária competente. Assim, o Projeto Audiência de Custódia trouxe a cada Estado da Federação a audiência de apresentação do preso em flagrante⁶⁸.

O CNJ estabeleceu uma espécie de controle de convencionalidade administrativo ao estabelecer procedimento adequado aos normativos internacionais. Destarte, define-se

⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 67.

⁶⁷ MIGUEL, Alexandre. A Constituição Brasileira e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional, Brasília**, v. 55, p. 286-326, jun. 2006, p. 286-287.

⁶⁸ MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal conforme a Resolução nº 213 do CNJ e Projeto de Lei nº 554/2011 do Senado**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 79-81.

audiência de custódia ou audiência de apresentação, como a garantia do preso de ser levado à autoridade judiciária competente para que se verifique a legalidade do flagrante, sem demora, e mediante a verificação dos requisitos do art. 310 do Código de Processo Penal. Assim, a audiência de custódia passa a ser não apenas um procedimento burocrático, mas uma necessidade para a humanização do processo penal e da prisão em flagrante⁶⁹.

Depreende-se dos textos dos pactos internacionais, que a audiência de custódia consiste basicamente: no direito de (todo) cidadão preso, ser conduzido sem demora, à presença de um juiz para que nesta ocasião se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e também para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão⁷⁰.

Quanto aos efeitos da não apresentação no prazo indicado, tem-se mantido o dever do magistrado de analisar não somente a legalidade da prisão em flagrante, mas também a duração da própria custódia. Desse modo, além de questões atinentes à própria prisão em flagrante, analisadas sob o crivo do art. 310 do Código de Processo Penal, a própria demora na submissão do investigado à apresentação à autoridade judiciária deve constituir ato de ilegalidade. A prisão em flagrante, mesmo que realizada de forma adequada, estaria passível de relaxamento pela ilegalidade referente ao prazo⁷¹.

A primeira menção à audiência de custódia surgiu em 1966 com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que em seu artigo 9º, item 3 diz:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença⁷².

Na audiência de custódia deverão ser analisadas fundamentalmente duas questões: a legalidade da prisão, ou seja, se foram respeitados todos os procedimentos legais, a dignidade do preso e se houve excesso por parte da polícia, deve analisar também a necessidade de

⁶⁹ MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 960, p. 77-120, out. 2015.

⁷⁰ LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**, [S.l.], p. 11-23, set. 2014. Disponível em: https://ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/22-Revista-no-17-Setembro-Dezembro-de-2014. Acesso em: 25 ago. 2019.

⁷¹ MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal conforme a Resolução no 213 do CNJ e Projeto de Lei nº 554/2011 do Senado**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 79-81.

⁷² BRASIL. Decreto nº 592. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Brasília. 1992.

manutenção da prisão decretada, convertendo-se a prisão em flagrante em prisão preventiva, se o caso⁷³.

A audiência de custódia tem natureza garantista e visa principalmente assegurar a validade e a eficácia dos atos produzidos. Possui também, uma natureza fiscalizatória da atividade policial, pois, mostra ser um meio eficaz de controlar os excessos policiais e carcerários, objetivando assim, cumprir os preceitos norteadores dos Direitos Humanos.

Em 22 de janeiro de 2015, o presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo conjuntamente com o corregedor geral da Corregedoria Geral da Justiça, assinou o Provimento Conjunto nº 03/2015, que prevê e regulamenta os primeiros passos para a efetivação das audiências de custódia no Estado de São Paulo. Em 06 de fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça lança oficialmente o Projeto Audiência de Custódia em parceria com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e inicia, em nível experimental, as primeiras audiências de custódia no Brasil⁷⁴.

Dois meses após, em 09 de abril do mesmo ano o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) assinaram três acordos que têm por objetivo: incentivar a difusão do projeto Audiências de Custódia no Brasil. Já em 15 de dezembro, também do mesmo ano, foi assinada pelo Conselho Nacional de Justiça a Resolução 213, que traz de maneira pormenorizada as diretrizes e previsões acerca da audiência de custódia para sua aplicação no território nacional, bem como as previsões que arquitetam o futuro desse Instituto⁷⁵.

Muito embora não seja imprescindível a positivação dos direitos previstos nos referidos acordos internacionais, a ausência de legislação nacional incomoda e traz insegurança jurídica, por tanto, em 14 de julho de 2016, o Senado aprovou em primeiro turno o PLS nº 554/2011, que propõe a seguinte ementa: Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante⁷⁶.

⁷³ MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal conforme a Resolução nº 213 do CNJ e Projeto de Lei nº 554/2011 do Senado**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 79-81.

⁷⁴ BRASIL. **Provimento Conjunto nº 03/2015 de 22 de janeiro de 2015**, DJE-SP de 27 de janeiro de 2015, Ano VIII, Edição 1814, São Paulo, 1-2 p.

⁷⁵ MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal conforme a Resolução nº 213 do CNJ e Projeto de Lei nº 554/2011 do Senado**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 79-81.

⁷⁶ BRASIL. Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011. **LEI Nº 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, p. 1-1, maio. 2011. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12403.htm. Acesso em: 25 ago. 2019.

O PLS nº 554/11 teve início em 06 de setembro de 2011, através de protocolo feito pelo Senador Antônio Carlos Valadares, aguardando posteriores propostas de emenda. O Senador João Capiberibe em 25 de junho de 2013 apresentou emenda ao PLS nº 554/11, e, posteriormente, a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Parlamentar aprovou por unanimidade o relatório apresentado pelo mesmo. Assim que apresentada as emendas, em 05 de agosto de 2015, a Comissão de Cidadania e Justiça aprovou o substitutivo ao PLS, relatado pelo Senador Humberto Costa e, em 09 de setembro de 2015, em turno suplementar, rejeitou outras emendas especificando àquelas já aprovadas. Em 30 de novembro de 2016, foi aprovado o substitutivo com todas as emendas em turno suplementar e encaminhado o projeto final em 06 de dezembro de 2016 à Câmara dos Deputados para aprovação do projeto onde se encontra até a presente data⁷⁷.

Sendo assim, o PLS nº 554/2011, combate e previne casos de tortura tratamento cruel, desumano ou degradante à medida em que “prevê que a pessoa detida, que foi agredida ou não, tenha a oportunidade de encontrar com um juiz fisicamente em 24 horas, o que representa também o início da instauração de um processo, a fim de saber as circunstâncias da prisão, em casos que se identifique violência.

O PLS nº 554/2011, vem a definir de alguma forma o elevado número de presos provisórios no Brasil, já que uma das funções da audiência de custódia, é ajuizar a legalidade e as circunstâncias da prisão de forma, que em 24 horas seja possível determinar se é o caso de aplicação de uma medida ou pena alternativa.

A Resolução 213 do CNJ e o Termo de Cooperação Técnica nº 07/2015 trazem a previsão das Centrais Integradas de Alternativas Penais e Centrais de Monitoração Eletrônica. Tais centrais, serão responsáveis pelo monitoramento das medidas cautelares diversas da prisão, pelo monitoramento eletrônico e pela combinação de esforços, junto à Assistência Social e à saúde em busca de não apenas impor medidas de cumprimento pelo preso, mas, de olhá-lo como ser humano em situação de necessidade, e dentro do possível ajudá-lo⁷⁸.

Com a aplicação supralegal dos tratados internacionais, o CNJ designou a implementação do Projeto Nacional Audiência de Custódia. Com ele houve a implementação

⁷⁷ MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal conforme a Resolução nº 213 do CNJ e Projeto de Lei nº 554/2011 do Senado**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 79-81.

⁷⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <http://cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 27 ago. 2019.

administrativa da norma internacional no panorama nacional, gerando a sua obrigatoriedade em todos os Estados, com a sugestão do Termo de Cooperação Técnica nº 07/2015 (TCT7)⁷⁹.

De fato, um movimento nacional unificado exigindo a realização de audiências de custódia em todo o território brasileiro, se deu apenas com a implementação do TCT7. Entretanto, já havia a experiência das audiências de custódia como por exemplo, no Código Eleitoral, no art. 236º, § 2º, bem como, no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 180º e 184º. Na mesma esteira, a Lei nº 7960/89, em seu art. 2º, § 5º, bem como, no art. 656º do Código de Processo Penal, facultava a realização da audiência de custódia⁸⁰.

No ano de 2015, o CNJ tomou por política judiciária a realização do TCT7, estando chancelado por instituições como o Instituto de Defesa dos Direitos de Defesa (IDDD) organização da sociedade civil voltada para mapear violações de direitos e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), entidade não governamental que busca a promoção de direitos humanos. Assim, em 6 de fevereiro de 2016, foi lançado o Projeto no primeiro Estado, São Paulo. Em seguida, ingressaram os Estados do Amazonas, Mato Grosso, Tocantins, Piauí, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Minas Gerais, Espírito Santo, Paraná, Santa Catarina, Rio de Janeiro e Maranhão, bem como, o Distrito Federal⁸¹.

Após a conjugação de esforços e a aceitabilidade via resolução destes Estados, passou-se a adotar as audiências nos demais Estados e na Justiça Federal, sobretudo, com a edição da Resolução nº 213/2015, que não só instituiu que os Estados deveriam aderir às audiências de custódia, como também regulamentou os procedimentos existentes.

Nesse ínterim, entre o lançamento do Projeto e a Resolução 213/2015, chamam a atenção duas ações judiciais movidas: a primeira delas é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5240/2015. A ADI nº 5.240/ 2015 foi uma ação movida pela Associação dos Delegados de Polícia (ADEPOL), em face do Provimento Conjunto nº 03/2015, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que regulamentou internamente o TCT7, iniciando o Projeto Nacional de Audiências de Custódia⁸². A segunda é a Arguição de Descumprimento de Preceito

⁷⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <http://cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 27 ago. 2019.

⁸⁰CASSIOLATO, Bruno L. **Considerações sobre audiência de custódia: pontos positivos e negativos**. Disponível em: <http://apamagis.com.br/site/consideraes-sobre-audincia-de-custdia-pontos-positivos-e-negativos/>. Acesso em: 25 ago. 2019.

⁸¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <http://cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 27 ago. 2019.

⁸² ROSA, Alexandre Moraes da; BECKER, Fernanda E. N. *In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Org.). Audiência de Custódia*. Rio de Janeiro: D'Plácido, 2017. cap. 1, p. 18.

Fundamental nº 347/2015/ADPF 347, processo este que postula o reconhecimento da violação dos direitos fundamentais dos encarcerados no país⁸³.

A audiência de custódia encontra amparo em dois importantes documentos internacionais sobre direitos humanos, sendo eles⁸⁴:

a) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos- PIDCP, adotado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, que estabelece em seu art. 9º, § 3º, 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 e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença.

b) Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH, adotada no âmbito das Organizações dos Estados Americanos, em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, que prevê em seu art. 7º, § 5º, 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 e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

A audiência de custódia surge em um momento da história jurídica nacional em que se busca ainda embrionariamente, uma nova forma de pensar o direito, a justiça e a sociedade. Inicia-se um processo de inconformismo com a atual realidade, e a percepção de que apenas o novo e o diferente podem conduzir a novos e diferentes resultados.

Assim, na audiência de custódia, o preso deverá ser visto com um olhar diferenciado do que se está acostumado até então, ele torna-se uma pessoa cuja ação em certos casos pode sequer ter sido possível de ser praticada, se se permitir um olhar mais apurado. Na audiência de custódia o juiz deverá se despir de seus preconceitos estabelecidos, pelos estereótipos penais, e passar a olhar para aquele preso como um ser humano, a priori inocente, cabendo ao Ministério Público, apresentar ali os motivos e circunstâncias ensejadores da prisão ou de

⁸³ BRASIL. Diário de Justiça Eletrônico. **PROVIMENTO CONJUNTO Nº 03/2015** – Audiência de Custódia. Disponível em: http://tjsp.jus.br/Handlers/File_Fetch.ashx?id_arquivo=65062. Acesso em: 29 ago. 2019.

⁸⁴ CUNHA, Rogério Sanches. **Temas de Processo Penal** – Audiência de Custódia. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 88.

qualquer outra medida cautelar. Desta forma, o princípio do Estado de Inocência acompanha o Instituto da Audiência de Custódia, como uma ferramenta necessária a toda uma nova forma de olhar para o acusado.

2.3 Da omissão da realização da audiência de custódia

A não realização da audiência de custódia pode enfraquecer os princípios democráticos dos direitos do cidadão, afetando assim, o garantismo constitucional e a segurança jurídica, pois, estaria violando o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, violando a Convenção Americana de Direitos Humanos, e violando a Constituição Federal, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito⁸⁵.

O tema da segurança jurídica nunca esteve tão em discussão como no presente momento no Direito brasileiro contemporâneo. A insegurança jurídica, é um elemento indesejável para os cidadãos que necessitam de apoio jurisdicional, pois, a cada momento e a cada decisão, se tem uma nova posição, tendo em vista, entendimentos daqueles que fazem o julgamento.

A segurança jurídica é uma forma de garantir ao cidadão seus direitos e deveres para com o Estado e os demais cidadãos. Desta forma, serve ao ordenamento jurídico e às relações político-sociais, delimitando benefícios e obrigações nas relações sociais.

De acordo com Melo⁸⁶, segurança jurídica deve garantir que os instrumentos coercitivos dos Estados sejam suficientemente eficazes para que a norma substantiva seja aplicada. Neste sentido, tem-se a segurança jurídica como garantia, como meio de direito, como meio social e como proteção aos direitos subjetivos.

O Poder Judiciário, membro da tripartição dos Poderes do Estado, responsável pela análise e solução dos conflitos humanos, quando provocada a sua Jurisdição, deve conforme preceitos Estadísticos, Constitucionais, Sociais e de Direito, servir à sociedade em todas as suas camadas, espécies e atuações⁸⁷.

A concepção de Três Poderes é gerada a partir do século XVII, após um intenso trabalho de análise social de pensadores ainda anteriores a este século e que com o iluminista Montesquieu, em 1748, vem a ser elaborada de maneira mais clara e definitiva. Todo estado tido como

⁸⁵ CURY, Rogério. **Breve reflexão sobre prisão preventiva, medidas cautelares e garantia da liberdade**. 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/breve-reflexao-sobre-prisao-preventiva-medidas-cautelares-e-garantia-da-liberdade/>. Acesso em: 13 abr. 2020.

⁸⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1. ed. Santa Catarina: SAFE – FABRIS, 1998. p. 38.

⁸⁷ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 117.

democrático ou não absolutista tem em sua estruturação a identificação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário mesmo com defasagens possíveis ou mesmo nomenclaturas diferentes⁸⁸.

A separação ou tripartição dos três poderes é uma teoria desenvolvida por Charles de Montesquieu, na obra o “O Espírito das Leis”, (1748), foi criada a partir de influências de outros pensadores anteriores a ele, como Aristóteles na obra intitulada “Política” e posteriormente por John Locke cem anos antes de “O Espírito das Leis”. Porém, nenhuma obra anterior explica de forma mais coerente e detalhada a estruturação de um estado regido sob os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) como a de Charles-Louis de Secondat Montesquieu⁸⁹.

A existência do Estado, segundo Verbicaro⁹⁰, está subordinada à existência de poder, sendo este uno. Podendo, contudo, ser concentrado em um único órgão ou dividido. A divisão do poder consiste na distribuição de competências a vários órgãos independentes entre si, sendo o critério funcional um dos principais critérios, no qual o poder é dividido conforme as três funções do Estado.

A repartição dos poderes estatais surgiu da evolução jurídica, política e social das teorias de Montesquieu, baseado nas ideias de Locke sobre a necessidade de divisão dos poderes que compõem o Estado, como forma de coibir os abusos dos soberanos absolutistas da época⁹¹.

De acordo com Montesquieu, “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou divergências dos indivíduos⁹²”. Ou seja, segundo o autor tudo estaria perdido se uma só pessoa exercesse os três cargos, pois, haveria muito abuso de poder, já que uma só pessoa controlaria tudo, sem precisar do consentimento de um terceiro.

Um dos objetivos principais que regiam o pensamento de vários filósofos, teóricos e pensadores desde a antiguidade, sempre foi o de encontrar uma forma, um modelo de estado onde o poder não se centralizasse somente nas mãos de uma pessoa ou de um pequeno grupo e/ou instituição. Preocupados em encontrar uma forma de governo que não favorecesse tiranias nem absolutismos, para obter uma igualdade de direitos entre todos e um Estado justo e

⁸⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo, Editora Saraiva, 2012. p. 479-480.

⁸⁹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 181.

⁹⁰ VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017. p. 70-73.

⁹¹ VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017. p. 70-74.

⁹² MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 181.

democrático, esses pensadores, a partir de Platão e Aristóteles, e chegando ao século XVI no ápice do iluminismo com John Locke, apontavam como forma de se obter uma sociedade mais justa uma divisão entre os tipos de poderes⁹³.

Conforme supracitado, Montesquieu desenvolveu uma ideia que dá o parâmetro do constitucionalismo, ou seja, do conjunto de leis contidas numa constituição. É o tipo de regência mais comum em quase todos os tipos de governos de hoje e que busca de maneira democrática designar as autoridades competentes a cada âmbito da sociedade. Isso ocorre para se evitar o autoritarismo, a arbitrariedade e a violência.

A partir dessa concepção de constitucionalismo, Montesquieu começou a traçar um pensamento de forma a dividir os poderes dentro de um governo. Inspirado pela constituição inglesa da época, que apesar de não ter essa divisão clara em sua estruturação, o francês dividiu de maneira cuidadosa e detalhada para os moldes de sua época os três poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário⁹⁴.

De acordo com Verbicaro⁹⁵, a ideia central da teoria dos três poderes é de que um poder em suas atribuições equilibraria a autonomia e interviria quando necessário no outro, propondo uma harmonia e uma maior organização na esfera governamental de um estado.

A partir dos padrões da constituição inglesa, Montesquieu dividiu os três poderes, resumidamente da seguinte forma:

- O Executivo seria regido pelo rei, com o poder de veto sobre as decisões do legislativo que era formado pelo parlamento (ou legislativo).
- O Legislativo, sempre convocado pelo executivo, seria formado por duas esferas: uma de pessoas da própria sociedade (o “corpo dos comuns”) que era composta por pessoas do povo, que representavam as mais diferentes classes sociais e outra formada por nobres, intelectuais e pessoas influentes que tinham herança hereditária de influência ou poder (o “corpo dos nobres”) e tinha o poder de veto sobre as decisões e propostas do corpo dos comuns. Eram assembleias independentes que propunham propostas de leis e estatutos que iriam reger a monarquia e o estado, tendo de passar pela aprovação do rei.
- O Judiciário não deveria ser único, pois considerava que nobres deveriam ser julgados por outros nobres, o que segundo alguns teóricos, indica que Montesquieu não defendia uma

⁹³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo, Editora Saraiva, 2012. p. 479-480.

⁹⁴ VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017. p. 73-75.

⁹⁵ VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017. p. 80-83.

igualdade de todos perante a lei. Outra visão é de que, para diferentes particularidades de cada caso, existissem diferentes tribunais, todos eles refletindo segundo a constituição do país a sentença de acordo com o caso.

Observa-se que o trabalho de Montesquieu influenciou logo em seguida na criação da constituição dos Estados Unidos e, conseqüentemente, a tripartição dos poderes se tornou a base de qualquer esfera democrática no mundo contemporâneo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da separação dos poderes no artigo 2º da qual prevê “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Lenza⁹⁶, lembra que o constituinte originário garantiu à separação dos poderes a categoria de cláusula pétreia, circunstância que impede qualquer tentativa de mudança na Constituição que venha a ferir a separação dos poderes.

Atualmente o Sistema Democrático de Direito, adotado no Brasil, que permite a expansão da atuação do Judiciário sobre os poderes e políticas do Legislativo e do Executivo. E o fundamento de tal atuação é, em última análise, o primado da Supremacia da Constituição, justificada pela imperiosa necessidade de preservação de dados direitos, tais como os fundamentais, cabendo à Corte Constitucional sua guarda e respeitabilidade. Essa participação mais ativa do Judiciário não invade a seara do Legislativo, que continua a ter por função típica a criação das leis, mas permite resguardar as instituições democráticas e os princípios constitucionais garantindo a segurança jurídica⁹⁷.

O princípio da segurança jurídica se encontra difundido nas sociedades muito antes de receber tal denominação, e desta maneira, encontrar um marco preciso e claro de seu surgimento não é uma tarefa fácil. Seguindo o pensamento de Canotilho, a ideia de segurança jurídica surgiu da necessidade humana de alguma certeza, sem variações ou mudanças no decorrer do tempo, de forma a coordenar e organizar a vida social⁹⁸.

A segurança jurídica como sobre princípio, é reflexo da necessidade que o homem tem de conduzir e planejar as suas relações jurídicas. Ela é elemento componente do Estado Democrático de Direito, inspiradora de confiança a ser sentida pelo cidadão ao praticar qualquer jurídico de natureza pública ou privada.

⁹⁶ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo, Editora Saraiva, 2012. p. 479-480.

⁹⁷ VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017. p. 98-90.

⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 257-266. Apud CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, BALARINI, Flávia Gonçalves. A segurança jurídica na doutrina e nos tribunais. **Pública direito**. Trabalho submetido ao XXI Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Niterói RJ entre os dias 31 de outubro de 03 de novembro de 2012, p. 04.

Por essa razão, Canotilho⁹⁹, ressalta que a ideia de segurança jurídica se reconduz a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da determinabilidade de leis exposto na exigência de leis claras e densas, e o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis essencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos. Entende-se conforme o autor supracitado, havendo conflito na segurança jurídica surge a insegurança jurídica.

Tem-se que a segurança jurídica, é a garantia de concretização da justiça, objetivo maior do Direito. Ou seja, a certeza do cidadão da utilização de normas e garantias constitucionais e infraconstitucionais, preestabelecidas para o julgamento das lides.

Desta forma, já se tem de forma inversa a conceituação de insegurança jurídica, que nada mais é do que a incerteza acerca do alcance da justiça, ou sequer da tentativa de alcance, utilizando todas as formas permitidas pelo ordenamento jurídico¹⁰⁰.

Ademais, a insegurança jurídica pode ser considerada um elemento que enfraquece o Estado Democrático de Direito e por conseguinte a democracia. Se a democracia de um lado está cercada de incertezas, no sentido de que por exemplo os atores políticos sabem o que é provável, mas não sabem o que ocorrerá, por outro lado ela não suporta regras frágeis e que podem desdobrar em casuísmos.

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, bem como, o respeito às autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais proclamado no caput do artigo, adotou igualmente o parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que “todo poder emana do povo, que exerce por meio de seus representantes eleito ou diretamente, nos termos desta constituição”¹⁰¹.

Ou seja, o Estado Democrático de Direito é um conceito que se refere a um Estado em que existe o respeito pelos direitos humanos e pelas e garantias fundamentais. Deve existir a garantia dos direitos individuais e coletivos, dos direitos sociais e dos direitos políticos.

Diante a esse conceito, percebe-se que para que a base estrutural do Estado, seja um Estado Democrático de Direito, não depende apenas da lei, mas, uma abrangente ideia de obediência aos princípios fundamentais que dão garantia ao cidadão. Enquanto as leis não são imutáveis e pode ser mudada a qualquer momento, já os princípios são sólidos e inabaláveis,

⁹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 1228.

¹⁰⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1ª Ed.. Santa Catarina: SAFE – FABRIS, 1998. p. 38.

¹⁰¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 17.

pois, são eles que moldam nosso ordenamento jurídico, que asseguram e atuam regulando a jurisdição em nosso Estado Democrático de Direito.

Os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito são:

Constitucionalidade: espelha-se a luz da supremacia da constituição, vinculada o legislador e todos os atos estatais à Constituição, instrumentos básicos das garantias jurídicas;

Sistema de direitos fundamentais: individuais e coletivos, seja como o Estado de Distância, por que os direitos fundamentais asseguram ao homem a autonomia perante as Funções públicas, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a Dignidade da pessoa humana e respalda na defesa e garantia da liberdade, da jurisdição e solidariedade;

Jurisdição social: exerce como mecanismo corretivo da desigualdade;

Igualdade: não apenas como possibilidade frontal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa¹⁰².

Os Estados estão incorporados a seu ordenamento jurídico, também seus princípios e regras jurídicas internacionais. Hoje, os limites jurídicos impostos ao Estado advêm também, em medida crescente, de princípios e regras jurídicas internacionais. Estes princípios e regras, estão em grande número, recebidos ou incorporados no direito interno, fazendo parte *of the Law of the land* (CRP, art. 8º/1 e 2). Nenhum Estado pode permanecer out, isso é, fora de comunidade internacional. Por isso, deve submeter-se as normas de Direito Internacional quer nas relações internacionais, quer no próprio atuar interno. A doutrina mais recente acentua mesmo a amizade e a abertura ao Direito Internacional como uma das dimensões caracterizadoras do Estado Democrático de Direito¹⁰³.

Desse modo, pode-se afirmar, que os princípios são reguladores da jurisdição do Estado Democrático de Direito, diante que qualquer norma que venha contra eles, será inconstitucional e não deve ser considerado.

Na célebre visão de Montesquieu, o Estado deve ter instituições fortes e com atribuições bem definidas, com a famosa subdivisão dos Poderes: (Executivo, Legislativo e Judiciário), independentes e harmônicos entre si, sendo o tripé das culturas modernas, ainda que diversas formas e os regimes de governo adotados por cada nação. A visão de Estado Democrático de Direito conflita com o absolutismo, sendo que o primeiro, se apegua a produção de leis como marco regulatório da vida em sociedade, primando ainda pelo rateio das atribuições estatais,

¹⁰² STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 90.

¹⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 257-266. Apud CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, BALARINI, Flávia Gonçalves. A segurança jurídica na doutrina e nos tribunais. **Pública direito**. Trabalho submetido ao XXI Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Niterói RJ entre os dias 31 de outubro de 03 de novembro de 2012, p. 04.

vedando que haja a interferência de um poder sobre o outro, colocando em xeque o primado da democracia participativa, em que o povo é o alvo de todas as ações do Poder Público¹⁰⁴.

Uma das maiores conquistas da democracia moderna foi a independência do Poder Judiciário em relação ao Poder Executivo, já que nas culturas antigas os julgamentos se davam no interesse do soberano, sem a mínima garantia do direito ao contraditório e a ampla defesa, tão defendida nos dias atuais. Entretanto, não se pode dizer que o judiciário não é falho, além da morosidade dos processos judiciais, e da tentativa que se tem dado para dinamizar a prestação jurisdicional, seja na imposição de metas, seja na virtualização processual, muitas vezes a entrega da decisão judicial não atinge ao primado da justiça, causando enorme constrangimento ao próprio direito e ao primado das leis¹⁰⁵.

O que correntemente denomina-se 'Estado Democrático de Direito', pois há 'Estados' para todos os gostos e um extenso cardápio de 'direitos' a última Ditadura Militar (1964-1985), por exemplo, era um Estado definido como burocrático autoritário, distingue-se pelo fato de estar assentado em uma ordem jurídica legítima, isto é, derivada da soberania popular e democrática, assim, caracterizada pelos direitos assegurados em igualdade de condições à todos os cidadãos¹⁰⁶.

Um desses direitos é a existência de uma ordem jurídica conhecida e estável, fundada em uma legislação democrática e igualmente conhecida e em uma jurisprudência estabelecida, também estável e também conhecida, construída pelo pronunciamento reiterado dos tribunais.

Por trás de tudo isso, e dando-lhe fundamentação filosófica, está a clássica divisão tripartite dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), com suas competências privativas que na democracia não podem ser invadidas¹⁰⁷.

A ordem constitucional depende da chamada "harmonia de poderes": compete ao Legislativo formular as leis, ao Executivo aplicá-las e ao Judiciário vigiar sua execução (é o que se chama de controle jurisdicional). Todo esse mecanismo cujo objetivo, é assegurar a ordem jurídica democrática assenta-se nos textos constitucionais, cuja legitimidade decorre de sua origem, a soberania popular expressada mediante uma Assembleia Constituinte. Nessa engrenagem, cumpre a uma Suprema Corte no topo do Poder Judiciário assegurar a incolumidade da ordem jurídica constitucional e democrática, que impera sobre todos os poderes e sobre a sociedade e seus agentes. Quando essa segurança ditada por um direito (leis

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 43.

¹⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 43.

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 43.

¹⁰⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 43.

e jurisprudência) conhecido e estável cessa, desaparece com ela o Estado Democrático de Direito e emerge o Estado de Exceção¹⁰⁸.

E a insegurança jurídica que contempla os três elementos Legislativa, Jurisprudencial e Doutrinária nos leva até a democracia, será que seria benéfica ou maléfica para os pilares democráticos de direito? Esses critérios asseguram que todos aqueles que participam em uma sociedade democrática, tenha um peso político igual, colocando fim aos interesses de algumas pequenas classes dominantes sobre uma maioria dominada.

A acentuada imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático. A presença da não uniformidade das decisões judiciais por inexistência de causas jurídicas justificadoras para a mudança de entendimento por parte dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal gera intranquilidade, tornando-se causa aumentativa dos conflitos. Ofende de modo fundamental, aos princípios do regime democrático, do respeito à dignidade humana, da valorização da cidadania e da estabilidade das instituições¹⁰⁹.

O princípio da segurança jurídica é fundamento do Estado Democrático de Direito, e se relaciona estritamente à questão da legalidade. Contudo, os cidadãos devem sentir os efeitos diretos da segurança oferecida pelos tribunais ao interpretarem e aplicarem as leis.

Frente à quantidade de vertentes doutrinárias divergentes sobre o cumprimento da audiência de custódia, o grande debate ainda em voga nos dias atuais, e o fato de pairar mais incertezas que segurança jurídica.

A origem incomum ao ordenamento jurídico nacional, ainda muito habituado e apegado ao positivismo do século passado, traz certa insegurança quanto à sua real aplicabilidade, gerando dúvidas e incertezas.

O Brasil, atualmente enfrenta um cenário político construído por corrupção e falta de representatividade dos administradores e legisladores eleitos. Assim, o legislativo não consegue regulamentar matérias de grande importância para a sociedade. Por sua vez, o executivo diante da burocracia estatal e da ineficiência dos administradores, por muitas vezes, não consegue garantir aos brasileiros a efetividade dos direitos da maneira determinada na Carta Constitucional.

A implementação da audiência de custódia no sistema processual penal tem como intuito evitar prisões ilegais, feitas de maneiras arbitrárias ou desnecessárias. Destaca-se que o principal objetivo de sua criação foi desafogar o atual sistema carcerário brasileiro, tendo em

¹⁰⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 43.

¹⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 43.

vista, que a prisão é medida excepcional. Porém, a sua aplicabilidade vem sendo realizada de diferentes formas em cada órgão jurisdicional, descumprindo as normas regulamentadoras contidas na Resolução do CNJ no 213/2015. Sobre isso destaca-se Lima:

[...] o objetivo precípua desta audiência de custódia diz respeito não apenas à averiguação da legalidade da prisão em flagrante para fins de possível relaxamento, coibindo, assim, eventuais excessos tão comuns no Brasil como torturas e/ou maus tratos, mas também o de conferir ao juiz uma ferramenta mais eficaz para aferir a necessidade da decretação da prisão preventiva (ou temporária) ou a imposição isolada ou cumulativa das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 310, I, II e III), sem prejuízo de possível substituição da prisão preventiva pela domiciliar, se acaso presentes os pressupostos do art. 318 do CPP¹¹⁰.

A distância entre a realidade e a teoria nas audiências de custódia é motivo recorrente de preocupação acadêmica. Wermuth¹¹¹ fala de audiências de custódia protocolares, que servem apenas para cumprir o requisito formal exigido pelo CNJ e não atingem na prática os efeitos legalmente impostos.

A audiência de custódia tem o objetivo de demonstrar que a liberdade é a regra enquanto que a prisão é a exceção, sendo relevante instrumento de descarcerização no país. Em relação à omissão da realização da audiência de custódia, vale destacar o artigo 310, do Código de Processo Penal:

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva¹¹².

Entende-se, que não poderia ser a mera substituição de um tipo de prisão processual por outro a solução prevista para o descumprimento desmotivado do prazo legal. Além das sanções impostas à autoridade que deu causa imotivada à não realização da audiência, sua não ocorrência, em prazo razoável, deve, ou deveria ter, como consequência, a liberdade do conduzido.

¹¹⁰ LIMA, R. B. **Manual de processo penal**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1258.

¹¹¹ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Audiências de custódia e proteção/efetivação de direitos humanos no Brasil. Direitos Sociais e Políticas Públicas**. Bebedouro, v. 5, n. 1, dez. 2017. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/viewFile/201/pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

¹¹² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689. **Código de Processo Penal**. Projeto de Francisco Campos. Brasília. 1941.

3 DO CONFLITO COM O SISTEMA DE GARANTIAS PENAIS

O conceito contemporâneo de garantismo está nas noções de efetivação, seguridade, defesa e preservação do Estado Democrático de Direito, este entendido como aquele descrito na Constituição. Portanto, o garantismo é como uma teoria liberal, que se afirma também sobre a construção da legalidade, prezando sobretudo, a constitucionalidade e o respeito material às liberdades individuais, com mecanismos de proteção e tutela a essas liberdades¹¹³.

O autor Luigi Ferrajoli, em sua obra “Direito e razão: teoria do garantismo penal”, explana que o garantismo penal é um modelo que compreende o direito penal como um sistema de limites, as autoridades punitivas e a garantia da defesa e liberdade contra toda forma de poder e autoritarismo, até mesmo privado. O mesmo descreve o confronto do Direito penal mínimo contra o direito penal máximo e através de vários axiomas preliminares, acaba por realizar teoremas fundamentais que sedimentam o que é conhecido como modelo garantista, o qual propõe:

1 - Não há pena sem crime; Princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito.

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 74.

- 2 - Não há crime sem lei; Princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito.
- 3 - Não há lei penal sem necessidade; Princípio da necessidade ou da economia do direito penal.
- 4 - Não há necessidade sem ofensa a bem jurídico; Princípio da lesividade ou ofensividade do evento.
- 5 - Não há ofensa ao bem jurídico sem ação; Princípio da materialidade ou da exterioridade da ação.
- 6 - Não há ação sem culpa; Princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal.
- 7 - Não há culpa sem processo; Princípio da jurisdicionalidade no sentido lato ou estrito.
- 8 - Não há processo sem acusação; Princípio acusatório ou da separação entre o juiz e a acusação.
- 9 - Não há acusação sem prova; Princípio do ônus da prova ou da verificação.
- 10 - Não há prova sem defesa¹¹⁴.

Portanto, extrai-se inicialmente da etiologia do termo “garantismo”, a ideia de garantia, efetivação, seguridade, defesa e preservação de indivíduos frente ao arbítrio estatal. Há no garantismo, um modelo de direito e uma teoria geral pelas quais garante-se a liberdade individual, por meio de um sistema de proteções e tutelas lastreadas na legalidade e na constitucionalidade, sob aspectos formais e materiais¹¹⁵.

Os aspectos da teoria do garantismo estão conformados com a concepção de um contrato social prévio. Portanto, remontando contratualistas clássicos, Ferrajoli, compreende que o contrato social existe para que os seres humanos, de forma voluntária, limitem seus arbítrios, todavia sem conferir ao Estado poderes superiores àqueles inerentes a sua condição axiológica prévia. Assim, Ferrajoli pressupõe, como Locke, uma igualdade na capacidade de agir e de utilizar a razão, o que remonta à constituição liberal¹¹⁶.

Tem-se o garantismo como uma teoria liberal, e isso implica dizer que, para a compreensão do garantismo seja pelos liberais clássicos, como Locke, Kant ou Mill, seja pelos contemporâneos, como Dworkin, Rawls e mesmo Ferrajoli, é preciso considerar que as restrições à liberdade só surgem de forma aceitável em um sistema jurídico com pretensão de democrático, se forem formuladas com justificação plausível, racional e legítima. É com essa

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: RT, 2002. p. 74.

¹¹⁵ AVILA, Jheison Torres. La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado Contemporáneo. **Revista Derecho**, Barranquilla, n. 47, p. 138-166, jun. 2017, p. 141.

¹¹⁶ MATTOS, Elizângela Inocência. Os direitos fundamentais a partir do contrato social: o garantismo de Luigi Ferrajoli. **Lex Humana**, Petrópolis, v. 4, n. 1, p. 20-32, out. 2012, p. 29.

visão que autores como Dworkin, estariam propondo um modelo de autonomia formatado pela não intervenção e pelos cuidados com as formulações pessoais de cada indivíduo¹¹⁷.

As facetas de tutela formal e material sob a visão liberal não são mera restrição da atuação estatal, visando a liberdade em sentido material; a liberdade só pode ser vista em sentido material, assim como a igualdade, se mediante um sistema que garanta a autonomia individual¹¹⁸. É com esse pressuposto ideológico de liberdade e igualdade material que se funda a lógica garantista, isto é, mediante a formulação de teorias prévias de garantias de direitos sob as quais têm sido fundados os direitos naturais e a possibilidade de autodeterminação individual.

Uma possibilidade de ilustração do modelo liberal de igualdade material está nas ideias de Ronald Dworkin. Ele considera que um sistema de liberdades para garantir o exercício da autonomia individual, objetivo de um governo democrático, poderia ser ilustrado pela fábula da ilha. O autor descreve uma fábula na qual, um grupo de indivíduos ficaria preso em uma ilha, e seriam então distribuídos os bens da forma mais justa possível¹¹⁹.

Na busca pelo formato mais justo, faz-se uma série de suposições: a primeira propõe uma distribuição igualitária dos bens. Tal formato configura-se inadequado, uma vez que culmina em uma injustiça real. Isso seria inaplicável, porque um quinhão maior de bens patrimoniais destinar-se-ia a quem não o merecesse, bem como implicaria má distribuição dos recursos que são necessariamente escassos. Portanto, para Dworkin e sob uma lógica liberal, a divisão mecânica dos recursos seria insuficiente para estabelecer um padrão de igualdade materialmente justo, bem como afrontaria a liberdade e a autonomia dos indivíduos¹²⁰.

A sugestão de solução ao problema da divisão mecânica estaria em um sistema pelo qual se atribuiria a todos os bens da ilha uma ficha. Tais fichas deveriam ser distribuídas a cada cidadão e, então, os indivíduos seriam apresentados a um modelo similar ao de um leilão. O leilão permite que se aplique um mecanismo de mercado pelo qual cada pessoa suporta gastar suas fichas até o limite que lhes traga satisfação pessoal. Portanto, cada pessoa aquinharia a parcela que melhor proviesse seus interesses, de modo que, estaria formulada a distribuição mais justa possível¹²¹.

¹¹⁷ IOSA, Juan. Libertad negativa, autonomia personal y constitución. **Revista chilena de derecho**, Santiago, v. 44, n. 2, p. 495-518, ago. 2017, p. 499.

¹¹⁸ FACHIN, Luis Edson; SCHULMAN, Gabriel. Contratos, Ordem Econômica e Princípios: um diálogo entre o Direito Civil e a Constituição 20 anos depois. In: DANTAS, B. et. al. (Orgs.). **Constituição de 1988, o Brasil 20 anos depois**, v. 4. Brasília: Senado Federal, 2008. p. 347.

¹¹⁹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. IX-X.

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. IX-X.

¹²¹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. IX-X.

A visão Dworkiana é fundada na existência de uma axiologia prévia existencialista, democrática e humanista que respalda as decisões individuais sobre o binômio liberdade/responsabilidade. Dessa forma, a construção de Dworkin impõe a necessidade de um sistema justo de distribuição das riquezas sociais, entendido “sistema justo” como aquele que permite a autonomia individual e a florescência dos interesses de cada indivíduo de forma livre¹²².

Essa autonomia implica também a necessidade de arcar com as consequências de seus atos, isto é, implica a formulação completa entre liberdade e responsabilidade. O leilão na ilha representaria um marco hipotético e lúdico sobre como as pessoas poderiam distribuir sua riqueza com base em uma igualdade de dignidade prévia, mas sob o respeito de modelos de vida, sem que viesse a gerar uma construção homogeneizadora ou ditatorial¹²³.

Assim, tem-se na teoria de Dworkin pressupostos democráticos para igualdade e liberdade, de modo que a justiça recebe conformação formal e material. O primado liberal, estaria filosoficamente insculpido no pressuposto de um direito natural, mas, que respeita a legitimidade democrática formulada mediante as decisões e os modos de vida não homogêneos. Tal visão, foi constituída com base nos sistemas de Common Law, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, que estabeleceu a base de pensamento do filósofo estadunidense.

O garantismo parte de primados liberais para a compreensão do sistema democrático. A questão seria compreender como fora do plano hipotético, seria justo formular os critérios de distribuição? Em alusão às fichas de Dworkin, como seria a sua justa distribuição? Quem seria o leiloeiro? Para tal, é estabelecida a necessidade de um padrão democrático a respeitar de forma legítima, primados constitucionais e valores axiologicamente constituídos.

Há a percepção de certa tensão entre a previsão de direitos fundamentais e a intervenção do Estado, sob uma forma objetiva. Isso porque a existência de direitos axiológicos prévios, cujos valores transbordam os limites individuais, implicam limitações que devem ser assumidas no plano constitucional. Nesse sentido, a participação democrática estaria garantida na medida em que fossem respeitados os princípios de maioria, com o respeito aos valores objetivos, de modo a garantir que os modelos de vida possam ser considerados válidos e aceitáveis¹²⁴.

O conceito liberal aqui tomado de acordo com o descrito por Ronald Dworkin, implica uma condição democrática, constituindo um modelo justo ou adequado ao Estado e que atenda

¹²² MONTARROYOS, H. Observatório constitucional Ronald Dworkin: reconstruindo o liberalismo do livro “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade”. *Universitas Jus*, v. 24, n. 1, p. 89-117, jan. 2013, p. 101.

¹²³ MONTARROYOS, H. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. IX-X.

¹²⁴ RUIZ, S. Democracia, desacuerdo y derecho constitucional: una revisión a la tensión entre constitucionalismo y democracia en el debate Dworkin-Waldron. *Revista De Derecho Público*, Santiago, v. 35, p. 1-31, maio de 2015, p. 13.

a todos de forma igualitária. Um modelo de direito não deve se afastar do democrático para o autoritário; ele precisa ser constituído de bases lógicas de funcionamento. Portanto, um modelo liberal adequado depende de respeito aos anseios coletivos, com um império do direito. Um modelo interpretativo liberal, então, seria pautado sobretudo pela legalidade, fato que remonta à construção positivista. Entretanto, o recorte à legalidade não quer dizer que a interpretação literal seja a única possível; pelo contrário, as bases legais assumem os axiomas e o modelo interpretativo a garantir os valores inerentes à sociedade.

Para o CNJ a definição é a seguinte: “Projeto Audiência de Custódia consiste na criação de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que recebera presos em flagrante para uma primeira análise sobre cabimento de medidas alternativas ao cárcere, garantido que presos em flagrante sejam apresentados a um juiz de Direito, em 24 horas no máximo”¹²⁵.

Resta claro, que as definições de audiência de custódia são divergentes, CNJ atribui o intervalo máximo de 24 horas para a realização da audiência de custódia, diferentemente de Lima¹²⁶, Lopes Junior e Paiva¹²⁷, que trazem à baila a falta de estrutura para tal realização e ato contínuo, sugere o prazo de 72 horas, essa sugestão trazida pelo autor merece atenção, posto que muitas vezes o plantão judicial é em Comarca.

Como alhures dito, é digno lembrar que somente houve a possibilidade de introduzir no Brasil a Audiência de Custódia, por haver o Brasil com outros países Pactos Internacionais, dentre eles o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto São José da Costa Rica, que passaram a vigorar nos idos de 1992 em 1978 respectivamente, neste lapso temporal o Brasil se manteve inerte acerca do assunto, quando apenas tardiamente no ano de 2007 pela Lei 11.449 passou ganhar linhas de texto normativo trazendo significativa alteração no artigo 306, §1º do Código de Processo Penal. Destarte, se faz necessário explanar acerca dos textos que ensejaram criação de uma das maiores garantias do preso em flagrante que é a audiência de custódia.

O Pacto São José e Políticos em seu item 9 consigna sobre a audiência de custódia e também sobre os direitos da pessoa presa em flagrante:

¹²⁵CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <http://cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 27 ago. 2019.

¹²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

¹²⁷ LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**, [S.l.], p. 11-23, set. 2014. Disponível em: https://ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/22-Revista-no-17-Setembro-Dezembro-de-2014. Acesso em: 25 ago. 2019.

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoal. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo, pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.
2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora das acusações formuladas contra ela.
3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais, e terá o direito de ser julgada em prazo razoável, ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas, a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença¹²⁸.

Como externado alhures, surge uma incógnita: os países Uruguai, Paraguai e Equador, nações igualitárias ao nosso ordenamento, já utilizam da audiência de custódia em um longo pretérito, por qual motivo nosso país ainda está a passos curtos aplicando este procedimento? Seria correto dizer o Brasil falta com suas responsabilidades frente ao problema carcerário para adotar tal medida? Porque uma medida tão simples que ao país e ao sistema carcerário seria de enorme positividade, qual seja apenas apresentar o preso a uma autoridade judiciária, evitando-se assim enormes problemas que afetam diretamente a saúde, educação, economia e o desafogamento do judiciário em todas as instancias.

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos, consignou da seguinte forma: 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.

Em relação do prazo Lopes Junior¹²⁹, coaduna no sentido de o prazo ser 24 horas, posto que, ocorreram casos em que o flagranteado somente foi apresentado a autoridade judiciária cinco dias após sua prisão, incorrendo nulidade.

A ressocialização, a humanização, a dignidade da pessoa humana, em outros termos a tentativa para tornar tolerável o processo de reeducação pelo cárcere, é uma tarefa hercúlea para o Brasil, posto que inúmeros são os problemas do cárcere no país, as ilegalidades do sistema

¹²⁸ COSTA RICA. **Decreto n° 592. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Brasília. 1992.

¹²⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 639.

não estão elencadas apenas pela falta da audiência de custódia, mas também no cenário de desrespeito à Lei de Execução Penal.

A respeito dos pontos positivos como visto no decorrer do trabalho, expondo que de forma mais ampla, a audiência de custódia pode se apresentar como uma autodefesa do suposto autor do fato, mesmo se tiver sido a ele imposta medida cautelar diversa da prisão no intervalo de 24 horas a contar da prisão.

Há também um fator negativo alegado por Cassiolato, juiz de Direito da vara Criminal de Caraguatatuba/SP, em seu artigo publicado no site da Associação Paulista de Magistrados, na qual acredita que o custo benefício seja muito baixo e que os resultados não sejam alcançados, além do que nossa pouca estrutura material será ainda mais onerada, sem ganhos efetivos para a defesa¹³⁰.

Entre outras manifestações contrárias à medida, consta a rapidez da avaliação da autoridade judicial, com base em elementos disponíveis por ocasião da condução do acusado, o que impede o confronto com outros elementos, que possam confirmar ou fundamentar a prisão. Segue-se a necessidade de uma organização grandiosa envolvendo incontáveis pautas de audiências com juiz, Ministério Público e Defensoria Pública diariamente para dar conta de avaliar todas as prisões em flagrantes, condição quase impossível para a maioria dos lugares, especialmente as cidades pequenas¹³¹.

Outro aspecto a ser considerado diz respeito ao expressivo fluxo de presos nos fóruns, em razão da demanda de audiência de custódias, o que representará um risco para magistrados e auxiliares a justiça, e tornará os fóruns cadeias transitórias. E por fim, se por um lado o Estado economizará pelo fato de não efetuar prisões, por outro deverá investir de forma significativa em segurança pública, para garantir que a medida seja aplicada na sua plenitude¹³².

Portanto, por um lado Foucault tem razão, quando admite que se conhecem todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E, entretanto, não ‘vemos’ o que pôr em seu lugar¹³³. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”, por outro, é preocupante o diagnóstico feito por Ferrajoli, de que a prisão tem se convertido no sinal mais

¹³⁰CASSIOLATO, Bruno L. **Considerações sobre audiência de custódia: pontos positivos e negativos**. Disponível em: <http://apamagis.com.br/site/consideraes-sobre-audincia-de-custdia-pontos-positivos-e-negativos/>. Acesso em: 25 ago. 2019.

¹³¹ PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 31.

¹³² PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 31.

¹³³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 23. ed. Petrópolis: Tradução de: Raquel Ramalhe. Vozes, 1975. p. 218.

evidente da crise da jurisdicionalidade, da tendência de administrativização do processo penal e, sobretudo, da sua degeneração em um mecanismo diretamente punitivo¹³⁴.

Como visto, a audiência de custódia se trata de um Instituto criado para apresentar a pessoa presa, sem demora, à autoridade judiciária. Foi instituída no ano de 2015, por meio da Resolução n° 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), buscando uma adequação no processo penal brasileiro. Apesar de não alterar o Código de Processo Penal, impôs a obrigatoriedade da implementação deste Instituto nos Tribunais de Justiça¹³⁵.

No dia 15 de dezembro de 2015, o CNJ aprovou a Resolução 213, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, para primeira análise da prisão ou da adoção de medidas alternativas e criação de Centrais de Monitoração Eletrônica, Centrais Integradas de Alternativas Penais e Câmaras de Mediação Penal¹³⁶.

Nesse sentido, de acordo com a Resolução n° 213 do Conselho Nacional de Justiça, a audiência de custódia é conceituada como um Instituto Processual criado para assegurar, a todo acusado preso em flagrante, o direito de ser apresentado à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Durante a audiência, o juiz averigua o possível cometimento de ilegalidades por parte dos policiais, como tortura, por exemplo, bem como preserva os direitos do preso, visto que pode apreciar o caso concreto com mais propriedade antes de decidir sobre a conversão em prisão preventiva ou decretação das medidas cautelares diversas da prisão.

O art. 1º, da Resolução determina que qualquer pessoa em flagrante delito deve ser apresentada à autoridade judiciária, em transcrição próxima aos termos do art. 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Logo, neste artigo já há o regramento do prazo de 24 horas, inexistente no regramento originário.

É exposto ainda no art. 1º da Resolução n° 213, de 2015, que é obrigatório o envio do auto de prisão em flagrante, e que deve ocorrer a presença pessoal do preso em audiência. De outra forma, a mera comunicação do flagrante (art. 306, parágrafo único, do Código de Processo Penal), bem como a apresentação de decisão não suprem a necessidade da realização da audiência de custódia.

A Resolução n° 213, de 2015, prevê ainda que a estrutura da custódia seja direcionada ao local em que o preso estiver, caso não seja possível que ele se locomova até o local designado

¹³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Boyón Mahino, Juan Terradillos Bosoca e Rocio Cantarero Bondrés. Madrid: Trotta, 2001. p. 770.

¹³⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 2015. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <http://cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 27 ago. 2019.

¹³⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 2015. **Resolução N° 213 de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em: <http://cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 20 abr. 2020.

(§ 4º do art. 1º da Resolução). Todavia, nos casos em que isso se torne inviável, deve ser realizada audiência com a presença do preso tão logo seja possível.

O art. 2º, distribui a responsabilidade de quem deverá transportar o preso nos casos de custódia e de prisão preventiva. Desse modo, fica a cargo da Secretaria de Administração Penitenciária ou da Secretaria de Segurança Pública, nos termos dos regramentos locais, o estabelecimento de quem deve transportar os flagrados.

O princípio acusatório é consubstanciado no regramento do art. 4º, que exige a participação de um membro do Ministério Público e de um defensor público, constituído ou dativo, na audiência. Ademais, esse princípio indica também a preocupação com a aferição de eventuais violações ou abusos ocorridos no flagrante, de modo que há a vedação expressa da presença de qualquer policial que tenha atuado no flagrante durante o procedimento de custódia. O art. 5º, garante o direito de o advogado ser notificado acerca da audiência de custódia, ou notificado pelo delegado, quando constituído previamente.

Dessa forma, esse artigo formaliza a publicidade e o contraditório, mantendo a defesa técnica informada dos atos processuais. Na mesma esteira, o art. 6º garante à defesa técnica o direito de entrevistar o preso em local reservado. O art. 7º estabelece as diretrizes para o Sistema de Audiências de Custódia (SISTAC) – sistema eletrônico que padroniza as audiências de custódia e serve para guardar dados, informações e orientar as diretrizes do Poder Judiciário quanto aos flagrantes. É, portanto, um sistema útil ao controle e à coleta de informações para que se possa verificar o impacto das medidas e políticas públicas relativas à custódia.

As diretrizes ao magistrado, no que diz respeito ao que deve ser esclarecido nas audiências de custódia e quanto ao que lhes é vedado, são estabelecidas no art. 8º. Assim, incumbe ao magistrado averiguar o flagrante, as condições da prisão, as circunstâncias da flagrância e a legalidade do auto, sem que isso implique julgamento prévio. Esse artigo também indica as possibilidades decisórias do magistrado, ou seja, o relaxamento de flagrante, a decretação de preventiva e a concessão de liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares diversas da prisão. As medidas cautelares diversas à prisão, por sua vez, são regidas nos artigos 9 e 10, consideradas medidas preferenciais ao ato prisional. São, portanto, merecedoras de regramento mais detalhado que justificam a atuação do magistrado.

Já no art. 11, indica-se o procedimento a ser tomado quando da verificação de tortura e maus-tratos, fatos combatidos pelo ordenamento jurídico, os quais a audiência de custódia busca reprimir. O art. 13, indica a necessidade da realização de custódia em qualquer tipo de prisão, seja cautelar ou definitiva, entretanto, apenas nos pontos que forem aplicáveis, uma vez

que as definitivas já possuíam regramento para audiência admonitória, e as preventivas já adotavam procedimento de análise judicial.

Os demais dispositivos dizem respeito a prazos e normas, para que os tribunais venham a cumprir as determinações da R213/2015 e da ADPF 347, de modo que os tribunais, alguns forçosamente, outros apenas mediante adequação, vieram a realizar o cumprimento da norma delimitada pelo CNJ.

Assim, depreende-se que a Resolução 213/15 CNJ é mais uma importante ferramenta do Direito que torna o processo penal mais humanitário, pois representa uma garantia dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988.

De acordo com Lima¹³⁷, a nova espécie de audiência enaltece o sistema processual penal, na medida em que permite uma visão ampla sobre a possibilidade de se converter a prisão em flagrante, além de viabilizar a observação acerca da necessidade ou não da manutenção de prisão cautelar. Ademais, o autor valorizou a importância do contato do juiz com o preso para o crescimento na porcentagem de conflitos solucionados.

No entanto, no tocante ao prazo para a realização da audiência de custódia, o autor entende que a apresentação deveria ser realizada em um prazo mais compatível com o atual cenário brasileiro, qual seja, em até 72 (setenta e duas) horas, pois, nos precedentes de Cortes Internacionais de Direitos Humanos, a expressão “sem demora” não significa que são 24 horas improrrogáveis, podendo ser considerado como “poucos dias”.

Nesse contexto, acredita-se que o grande desafio para o Congresso Nacional, por ocasião do Projeto de Lei nº 554/2011 do Senado Federal, cujo o objetivo é alterar o Código de Processo Penal, seja definir um prazo que não seja tão curto que inviabilize a realização da audiência, e nem tão longo que acaba comprometendo a finalidade da mesma¹³⁸.

3.1 Do Sopesamento entre Princípios Constitucionais

A aplicação de sopesamento é destinada aos princípios colidentes, face ao fato de, às regras conflitantes, não ser permitida a permanência da regra vencida no âmbito jurídico. É aplicada quando dois princípios que colidem entre si, não apresentando solução no caso concreto cuja aplicação simultânea de ambas as normas colidentes, ainda que parcial, é contraditória. Esta lei define que, quando na colisão de dois princípios, um destes deverá ceder para que o outro seja aplicado. Devido ao fato de que a colisão deste tipo de norma não gera a

¹³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 950.

¹³⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 950.

extinção do princípio cedido, estes devem ser balanceados sem a faculdade de criação de uma cláusula de exceção como nas regras¹³⁹.

As audiências de custódia, criadas para que possam ser aplicadas de forma a servir como mecanismo de garantia de direitos, e não somente como mero ato burocrático pré-prisional, garantem o impedimento à tortura e à violência dentro do sistema de justiça. Por isso, elas são pautadas por alguns princípios e procedimentos.

Nesse sentido, os princípios da audiência de custódia se posicionam de forma crítica à chamada Filosofia da Consciência, aqui definida como aquela que busca afastar o resquício da Filosofia do Solipsismo – termo que representa o entendimento filosófico baseado na ideia de que a existência humana é definida pelas suas experiências. O chamado “solipsismo jurídico” implica a introdução de valores pessoais no sistema jurídico, como o caso do “decido conforma a minha consciência”, em contrariedade ao princípio republicano¹⁴⁰.

A concepção utilizada para compreender a ideia de princípios neste trabalho delimita-se no âmbito de garantismo lastreado no respeito ao que está positivado, afastando a noção de panprincipiologismo. Os princípios aqui verificados são reflexos da legislação, e sobretudo, da constituição escrita¹⁴¹. Dessa forma, os princípios, à luz do garantismo penal, trazem a concepção de limitação ao poder estatal, cumulado com as atribuições positivas inerentes ao Estado Social. O objetivo é minimizar a violência estatal e maximizar os avanços das liberdades individuais e dos direitos fundamentais¹⁴².

Nesse sentido, o magistrado averigua, frente à ideia do garantismo, princípios e regras constituintes distintos do gênero norma. Ferrajoli¹⁴³, aponta que as “normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou vínculo”. Assim, os princípios e as regras seriam as normas aplicáveis aos casos concretos.

Por definição, os princípios têm caráter interpretativo e direcionador do ordenamento jurídico no aspecto hermenêutico. Ademais, mantêm também aspecto normativo e impositivo, representando parte do processo de decantação e generalização das normas. Assim, o princípio não é meramente um início, mas um mandamento nuclear do sistema, os princípios seriam as

¹³⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 90-91.

¹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Ativismo e Garantismo na Corte interamericana de direitos humanos. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Org.). **Ativismo e Garantismo Processual**. Salvador: Juspodium, 2013, p. 413-414.

¹⁴¹ ROSA, Alexandre Moraes da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003, p. 20.

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 24.

¹⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 24.

normas de caráter abstrato cuja observância deve se dar nos casos concretos¹⁴⁴. Por outro lado, regras são definidas como padrões de comportamento que devem ser seguidos: guias de conduta e imposições de padrão aplicáveis para viabilizar a vida social. Dessa forma, a regra seria a decantação normativa próxima, ou seja, aquela que depende de hermenêutica mais literal e aplicação imediata. O princípio seria o mandamento nuclear que fundamenta a regra.

Nesse sentido, o termo “princípio” traz as normas como maior carga valorativa, ou axiológica, mas que de maneira abstrata ou menos densa no plano normativo guiam a conduta. Ao contrário, as regras são partículas de menor carga valorativa, ou seja, axiologicamente menos densas, mas também mais precisas¹⁴⁵.

Conforme Alexy, a colisão de princípios é solucionada de maneira diversa, pois princípios são mandado de otimização. A solução é encontrada na dimensão de peso ou de valor, pois, diferentemente das regras, não exige que uma das normas envolvidas seja excluída do ordenamento jurídico, bem como não possui aqui aplicação a cláusula de exceção.

As colisões entre princípios, na teoria de Robert Alexy, são superadas quando da imposição a um dos princípios em tela ou a ambos os princípios certas restrições, o que acaba por minimizar o seu grau de aplicabilidade. Quando dois princípios colidem, um deles tem que ceder frente ao outro. O que não quer dizer declarar inválido o princípio desprezado, tampouco que no princípio desprezado há que ser inserido uma cláusula de exceção¹⁴⁶.

Tal forma para a solução é chamada por Alexy de ‘lei da colisão’. Indica esta lei que em toda situação que se tenha um conflito de interesses materializados sob a forma de princípios o modo de resolução se dá por meio de uma ponderação dos interesses opostos envolvidos, que ocorre na dimensão de peso¹⁴⁷.

As audiências de custódia são guiadas por princípios, aqui elencados: presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, princípio acusatório e razoável duração do processo.

3.1.1 Princípio da presunção do estado de inocência

Ao tratar de procedimentos cautelares, a presunção do estado de inocência é um princípio que não pode deixar de ser analisado. A ideia de presumir o cidadão como inocente

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 24.

¹⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 284.

¹⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 90.91.

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 90.91.

até que pese condenação final contra ele é representativo de limitação do Estado e sobretudo, garantia de que o Estado natural do ser humano é a liberdade, de modo que esta só é justificadamente restrita após a persecução de um devido processo legal.

A expressão “presunção do estado de inocência” é adequado à Corte Americana de Direitos Humanos, enquanto parte da doutrina utiliza o termo “princípio da não culpabilidade”, inadequada em razão da origem remontada ao fascismo italiano¹⁴⁸.

A presunção do estado de inocência reflete o axioma de Ferrajoli, que afirma que não há culpa sem juízo formado, configurando a primeira garantia do processo. Portanto, seria ela a garantia de segurança e liberdade aos cidadãos; nenhum inocente deve ser considerado culpado, o que permite sempre a legitimidade da defesa e a efetivação das limitações do arbítrio estatal¹⁴⁹.

Nesse sentido, as audiências de custódia são realizadas mediante a presunção de que aquele apreendido seja presumidamente inocente, mesmo que em estado de “flagrância”, notadamente porque no curso do procedimento poderá ser demonstrada sua inocência, causa de isenção de pena ou qualquer outra circunstância que afaste a culpabilidade. Portanto, trazer imputação a um presumidamente inocente no momento da custódia representa contrassenso à própria finalidade do processo.

As audiências de custódia representam à primeira vista do Judiciário ao acusado, de modo que ainda possuem natureza cautelar. Assim, as decisões possíveis e uma audiência de custódia são restritas à transmutação do flagrante em prisão preventiva, concessão de liberdade provisória ou outra medida cautelar não prisional, ou, ainda, relaxamento de flagrante por ilegalidade. Então, por consequência lógica, em momento algum há como se formar culpa, assegurando-se aqui a condição inerente de inocente ao preso¹⁵⁰.

A conclusão racional da presunção de inocência é a impossibilidade da formulação probatória nas audiências de custódia. Torna-se defeso ao juiz produzir provas em custódia, como descrito na regra delimitada no art. 8º, inciso VIII, da Resolução nº 213/ 2015.

Extrai-se, por fim, que a presunção de inocência se afigura como a garantia, no caso da audiência de custódia, de que a condição de inocente só será revertida após decisão judicial finda. Portanto, é inviável trazer elementos da custódia ou elementos de convicção como

¹⁴⁸ FRIEDE, Reis. Do princípio constitucional do contraditório: vertentes material e formal à luz da evolução jurisprudencial e legislativa do regramento processual civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 946, p. 113-124, ago. 2014, p. 118-119.

¹⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 24.

¹⁵⁰ MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal conforme a Resolução no 213 do CNJ e Projeto de Lei nº 554/2011 do Senado**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 79-81.

justificadores de decreto condenatório para justificar a perda da liberdade, salvo nas condições cautelares.

3.1.2 Princípios do contraditório e ampla defesa

As audiências de custódia também são guiadas pela noção de contraditório e de ampla defesa, princípios também correlatos à noção do devido processo legal e com reflexo constitucional que irradia pelos diversos atos do processo penal.

O contraditório é tido para Araújo¹⁵¹, não como um princípio propriamente dito, mas como uma garantia, ou seja, um mecanismo de manifestação para realizar o princípio do devido processo legal. Entretanto, estas distinções não causam embaraço hermenêutico na aplicação das audiências de custódia.

A noção de contraditório como princípio parece mais adequada por aludir a um mecanismo de proteção a outros direitos. O contraditório estaria, no entendimento de Nunes¹⁵², vinculado a uma noção de admissibilidade axiológica própria, uma vez que reflete valores que inculcados no sistema, tais como a necessidade de motivação. Portanto, o contraditório serviria como guia de direitos e não como mera salvaguarda destes, por mais que também possa assim ser entendido.

Tem-se no contraditório a ideia de que todos os atos judiciais devem ser informados às partes e, na ampla defesa, a noção de que as partes têm o direito de se manifestar sobre todos os atos que lhes sejam do interesse, conforme os mecanismos facultados dentro do devido processo legal¹⁵³. Assim, contraditório e ampla defesa, por mais que diferentes, são frentes da mesma ideia: a capacidade de influir dialeticamente no processo.

A ampla defesa é definida por Santos¹⁵⁴, como “o conjunto de garantias que asseguram ao réu o direito de impugnar a pretensão do autor em todos os seus termos”. Tal conceito advém de uma teoria geral do processo, mas, quando aplicado ao processo penal, implica na visão de que a ampla defesa estaria consubstanciada na possibilidade do réu se utilizar de todos os meios de direito para influir na decisão judicial.

¹⁵¹ ARAÚJO, Francisco Firmo Barreto de. **O contraditório no inquérito policial e a atuação da Defensoria Pública**. 2016. 126f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2016. p. 37.

¹⁵² NUNES, M.A. O contraditório prévio e a motivação no juízo de admissibilidade da acusação: o reconhecimento como um fundamento filosófico-político. **Revista Jurídica**, Blumenau, v. 3, n. 40, p. 395, abr. 2015.

¹⁵³ ARAÚJO, Francisco Firmo Barreto de. **O contraditório no inquérito policial e a atuação da Defensoria Pública**. 2016. 126f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2016. p. 39-40.

¹⁵⁴ SANTOS, Júlia Ângela. Audiência de custódia: considerações e possibilidades. **Revista Esmal**, Maceió, n. 1, p. 322-339, mar. 2016. Disponível em: <http://revistadaesmal.tjal.jus.br/indez.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/24/12>. Acesso em: 15 out. 2020.

Ainda assim, no âmbito do processo penal, percebe-se uma distinção entre o contraditório e a ampla defesa produzida em juízo e aquela na fase administrativa. Desse modo, verifica-se a aplicação mitigada do contraditório e da ampla defesa, uma vez que não se trataria propriamente do convencimento judicial, mas tão somente da coleta de informações, elementos de prova da existência de crime e indícios suficientes de autoria. Entretanto, menos nesta fase de inquérito ou em outro procedimento investigatório, há possibilidade de dialeticidade e manifestação ampla para garantia de direitos¹⁵⁵.

Ferrajoli¹⁵⁶, estabelece no contraditório a possibilidade de refutação racional na busca da verdade no processo. Assim, uma vez considerando que o processo apenas retrata parte da realidade, os fatos ali constituídos representam *flashes* de verdade, é necessário estabelecer mecanismos que garantam a maior dialeticidade possível.

O princípio do contraditório estaria delimitado a um aspecto formal e material. O aspecto formal reside na mera possibilidade de manifestação. Por outro lado, o aspecto material do contraditório afigura-se na possibilidade significativa de interferir na decisão judicial, ou seja, na condição que a parte tem de influenciar o julgador, permitindo maior dialeticidade¹⁵⁷.

Cumpra destacar que não se está delimitando o contraditório como produção de contraprovas no caso das audiências de custódia, mas descrevendo-o como possibilidade de influir na decisão racional do magistrado pela dialeticidade. Portanto, o magistrado terá à disposição a opinião do Ministério Público e o pleito da defesa, para que, diante do contexto racional, possa apresentar a melhor aplicação das normas ao caso concreto, ou seja, para apresentar a decisão de liberdade provisória ou de outra medida cautelar não prisional, decretação de preventiva ou relaxamento da prisão por ilegalidade.

Tem-se ainda nas audiências de custódia a vedação à decisão surpresa, em decorrência da dialeticidade e do contraditório necessários. Assim, o magistrado deve decidir conforme os argumentos apresentados pelas partes. Privilegia-se a não surpresa e garante-se a possibilidade de defesa e acusação se manifestarem com paridade de forças frente ao Estado judicante¹⁵⁸.

¹⁵⁵ TOMÉ, Semiramys Fernandes. A mitigação dos princípios da ampla defesa e do contraditório durante o inquérito policial. **Revista Expressão Católica**, Quixadá, v. 5, n. 1, ago. 2017. Disponível em: <http://publicacoiesacademicas.fcrs.edu.br/indez/php/rec/article/view/1469>. Acesso em: 13 out. 2020.

¹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 13.

¹⁵⁷ FRIEDE, Reis. Do princípio constitucional do contraditório: vertentes material e formal à luz da evolução jurisprudencial e legislativa do regramento processual civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 946, p. 113-124, ago. 2014, p. 120.

¹⁵⁸ MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal conforme a Resolução no 213 do CNJ e Projeto de Lei nº 554/2011 do Senado**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 79-81.

Nessa esteia, o procedimento de custódia serve para dar oportunidade ao magistrado de realizar uma análise do caso mais profunda do que aquela realizada exclusivamente com o auto de prisão em flagrante. Assim, se no procedimento anterior o magistrado ficava restrito ao registrado nos fólios processuais, na custódia pode-se incluir nestes fólios os elementos da realidade aos quais o magistrado não teria acesso sem a presença do preso. Portanto, a audiência de custódia permite uma maior interação a fim de formular a convicção do julgador¹⁵⁹.

Também como reflexo do contraditório e da ampla defesa nas audiências de custódia, tem-se a presença obrigatória do advogado e do membro do Ministério Público. Com este formato, garante-se que tanto acusação quanto defesa possam influir na decisão de forma dialética e com paridade de armas. O contraditório é então melhor albergado do que no mero procedimento da apresentação dos autos, procedimento pelo qual o magistrado pode decidir sem a manifestação de alguma das partes¹⁶⁰.

Assim, as audiências de custódia devem ser regidas, de forma axiológica, para garantir de forma mais ampla a manifestação das partes, de modo que o magistrado, ao julgar, esteja vinculado a essas manifestações. A garantia do contraditório permite ainda a melhor consecução dos objetivos das custódias, seja por possibilitar de forma mais precisa a verificação do binômio legalidade/ necessidade da prisão, seja por permitir a proximidade do magistrado às mazelas do processo penal, auferindo eventuais abusos ocorridos no procedimento de flagrante.

3.1.3 Princípio acusatório

O princípio acusatório é tido como a representação da distribuição de funções investigativas, de acusação, defesa e julgamento com atores processuais distintos. Dessa forma, um sistema acusatório garante um debate paritário de maior consecução à dialeticidade e a conformação de um raciocínio garantista.

O sistema acusatório é aquele no qual o magistrado possui posição orgânica suficientemente independente para aplicar as garantias legais. Acusação e defesa, em um

¹⁵⁹ MESQUITA, Ivonaldo da Silva; PEREIRA, Natália Ila Veras. A audiência de custódia como direito humano fundamental à luz das garantias constitucionais e internacionais. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 19-42, dez. 2015, p. 21-22.

¹⁶⁰ ANDRADE, Flávia Silva. Audiência de custódia ou de apresentação do preso: análise crítica da disciplina normativa prevista no projeto de lei do senado 554/ 2011. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 137, p. 223-252. nov. 2017, p. 224-225.

sistema acusatório, possui a mesma capacidade de influir na posição judicante; a dicotomia acusação/ defesa tornaria o procedimento mais adequado à garantia de direitos¹⁶¹.

O sistema brasileiro seria, por imposição constitucional, acusatório, uma vez que este seria o formato que tornaria mais próxima a aplicação de primados como o da presunção de inocência e do contraditório e ampla defesa. Portanto, a divisão de funções representaria o formato materialmente mais adequado à Constituição e também às normas de direitos humanos, sobretudo do Pacto de San José¹⁶².

Por outro lado, cabe comentar mais detidamente o sistema acusatório no ordenamento brasileiro. Isso porque, mesmo que exista divisão entre as funções de acusar, defender e julgar, percebe-se a imersão da função jurisdicional na atividade do Ministério Público. Assim, tem-se o reconhecimento, por exemplo, da possibilidade de realização de prisão preventiva de ofício no curso do processo, ou da possibilidade de produção de provas de ofício, como reflexos tipicamente não acusatórios e respeitadas na doutrina e na legislação.

Nesse sentido, o sistema acusatório é tido, no ordenamento jurídico brasileiro, como constitucionalmente adequado, contudo conflitante com diversas normas do ordenamento interno. Portanto, a disposição constitucional segue uma conformação que favorece o sistema acusatório, mas não é perfeitamente seguida no sistema interno¹⁶³.

Assim, verifica-se que a imposição constitucional defende a noção de que a atividade do magistrado deve ser limitada, de modo que a função acusatória seja exercida somente pelo órgão competente. Então, o magistrado não pode realizar coleta de provas de ofício ou mesmo tomar medidas sem o devido impulso do Ministério Público, inclusive estando previstas normas do gênero do projeto de reforma do Código de Processo Penal, como descrito no Projeto de Lei nº 156, de 2009¹⁶⁴.

Assim, é possível compreender como melhor conformação constitucional a aplicação do princípio acusatório. Tal formulação, constituída na rígida separação de atividade, implica

¹⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 57.

¹⁶² SUXBERGER, Antônio H.G.; AMARAL, Marianne G. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. **Revista Brasileira de Direito**, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 186-210, abr. 2017. Disponível em: <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/500/328>. Acesso em: 20 out. 2020.

¹⁶³ VASCONCELLOS, V. G. O “Sistema Acusatório” do Processo Penal Brasileiro: Apontamentos Acerca do Conteúdo da acusatoriedade a partir de Decisões do Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 47, p. 181-204, jul. 2015.

¹⁶⁴ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz: inteligência do princípio da separação dos poderes e do princípio acusatório. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 141-153, set. 2009, p. 142-143.

maior garantia de direitos, maior limitação do arbítrio estatal e, conseqüentemente, um sistema mais garantista.

As audiências de custódia estão de acordo com o sistema acusatório, sobretudo por estabelecer uma divisão rígida entre juízo de custódias, ou juízo de garantias e o juízo julgante. Dessa forma, conforme orientou o Projeto Nacional Audiência de Custódia, em diversos Estados houve a fixação de varas com competência exclusiva para custódias, fato que torna o juízo de garantias não contaminado pela necessidade do julgamento. Verificou-se, assim, a criação de varas exclusivas com pessoal próprio e organização voltada exclusivamente para a realização deste ato – portanto, em conformidade com a aplicação do sistema acusatório e de modo a impor o melhor aproveitamento da divisão de funções¹⁶⁵.

A implementação das audiências de custódia é regida também pelo princípio acusatório, orientador do processo penal garantista. O princípio permite uma distribuição de funções com maior possibilidade de efetivar garantias do que o sistema anterior à aplicação das custódias, que incluía o mero envio dos autos de prisão em flagrante para a análise do juízo da causa.

3.1.4 Princípio da razoável duração do processo

A razoável duração do processo, de forma similar à confusão gerada como o princípio do contraditório, também se afigura em um limiar entre o princípio e a garantia. Isso porque trata-se não apenas de um direito conferido, mas também de um mecanismo de tutela de outros direitos.

Para a definição da razoável duração do processo como direito ou como garantia, há de se analisar sob o aspecto da autonomia este elemento jurídico constitucional e os direitos advindo dos conceitos de devido processo legal, acesso à justiça e efetividade jurisdicional. Nesse sentido, a razoável duração do processo estaria localizada juridicamente entre direitos e garantias, mas sem definição clara se como uma ou outra¹⁶⁶.

O direito à razoável duração do processo, por mais que seja entendido como princípio desde momento anterior, apenas ingressou juridicamente no ordenamento após a Emenda Constitucional nº 45. A partir de então o leque de direitos fundamentais teve sua ampliação. Resta a necessidade de compreender esta positivação e seus efeitos no ordenamento jurídico. A

¹⁶⁵ BALLESTEROS, Paula. **Interpretação das audiências de custódia no Brasil**: análise de experiências e recomendações de aprimoramento. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. p. 62.

¹⁶⁶ MOURÃO, Carolina Monteiro Duarte. **A razoável duração do processo**: um estudo sobre a natureza jurídica e a efetividade. 156f. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito) - Uniceub, Brasília, 2011.

concepção de razoável duração do processo implica limites hermenêuticos que certas vezes se estabelece com um termo temporal regular disciplina, noutras horas apenas afigura-se como indicativo de limite temporal desarrazoado¹⁶⁷.

Assim, há a noção nítida de um intervalo de tempo que não pode se prolongar injustificadamente, o que é demarcado pelo adjetivo “razoável”. Nessa ideia, “razoável duração” remeteria à noção de transcurso temporal dos e entre os atos processuais isoladamente considerados, e ao processo como um todo. A existência de uma razoável duração indica que os atos devem ocorrer de forma ajustada, adequada, não se confundindo com celeridade, que seria a mera velocidade¹⁶⁸.

Daí o termo “duração razoável” no âmbito do processo penal, delimitando a eficiência da persecução penal, isto é, da atuação do Estado e das partes, de modo que os atos do processo não se prolonguem de forma injustificada. Portanto, este termo implica o não prolongamento dos atos individualmente, bem como a ausência de dilação injustificada do processo como um todo, que deve funcionar como *standard* de cumprimento dos direitos humanos e dos direitos fundamentais¹⁶⁹.

Há de se mencionar o cuidado com termos como “atos dilatatórios injustificados” e “direito à celeridade”, criticáveis em razão da indefinição que lhes é peculiar, motivo pelo qual não são adequados à compreensão imposta constitucionalmente. Outrossim, mesmo diante de imprecisão natural dos conceitos genéricos que utilizam o termo “duração”, firma-se de forma mais adequada o termo “razoável duração”, por não trazer noção tão restritiva, bem como por sinalizar a possibilidade de contornos mais fechados, a depender dos normativos verificados¹⁷⁰.

Assim, a audiência de custódia deve ocorrer dentro do prazo razoável, em princípio. Tem-se que o termo “razoável duração do processo” integra o arcabouço constitucional no inciso LXXVIII do art. 5º da CF, fato constituído após a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Tal modificação constitucional não alterou apenas a consolidação da razoável duração do processo como cláusula constitucional, uma vez que esta já era convencionalizada nos tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário, em especial a Corte

¹⁶⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 375-376.

¹⁶⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 375-376.

¹⁶⁹ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; DUARTE, Ana Caroline Pinho Duarte. Um conceito de duração razoável do processo penal. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 2, dez. 2010. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/indez/php/nej/article/view/2596>. Acesso em: 10 set. 2020.

¹⁷⁰ ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 289.

Americana de Direitos Humanos: ela estabeleceu também mudança estrutural ao impor limite temporal razoável para a prática dos atos processuais. A consequência desta imposição jurídica é a limitação de prazos e de atos que deve ser observada pelo Legislativo e pelos órgãos regulamentares, como o CNJ.

As audiências de custódia, por sua vez, são pautadas na razoável duração do processo com as concepções de prazos e de limites de razoabilidade para a limitação da atuação estatal quanto à verificação da legalidade prisional. Desse modo, tem-se como princípio norteador da realização deste instituto jurídico a razoabilidade no cumprimento dos prazos e a imposição dos limites temporais das resoluções.

3.2 Do Sopesamento do Processo Penal

No Brasil, apesar do progresso, poucos doutrinadores dão a devida importância para a teoria dos direitos fundamentais, seu conteúdo essencial, suporte fático, restrições, eficácia e a distinção das regras e princípios como seu primeiro pressuposto teórico. Ainda assim, àqueles que se dedicam a estudar o tema o faz como algo pertencente, tão somente, a disciplina do direito constitucional, imaginando que Constituição e Processo Penal não possuem qualquer tipo de relação

A Lei 12.403/2011 realizou uma significativa reforma ao Código de Processo Penal, especialmente no que diz respeito às prisões. Na esfera policial aboliu o famigerado “livrar-se solto”, já esvaziado pela Lei 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), autorizando o delegado de polícia a conceder a liberdade provisória não apenas para as contravenções penais e crimes de menor potencial ofensivo, mas também, mediante fiança, para aqueles delitos cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos, pouco importando a sua espécie, ou seja, se de reclusão ou detenção. Porém, no âmbito judicial, as alterações foram ainda mais profundas. Em consonância com o art. 310 do Código de Processo Penal, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deve determinar o relaxamento se constatar a sua ilegalidade; ou convertê-la em prisão preventiva, desde que presentes os requisitos que a autorizam, bem como se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (institutos criados pela lei em comento); ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança¹⁷¹.

¹⁷¹ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. Ver. e ampliada – Florianópolis. Editora Empório do Direito, 2017. p. 21.

O artigo 157 do CPP, determina que: o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova. Em decorrência disso, vários são os princípios que regem a prova e sua produção em juízo, portanto, deve, o juiz criminal, sopesar as provas apresentadas nos autos¹⁷².

Sobre a técnica de sopesamento José Afonso da Silva é muito esclarecedor ao explicar:

Esses conceitos restringem-se à solução de conflitos normativos, ainda que, nesses limites, sejam técnicas de formação na norma subconstitucional: fique claro que o sopesamento não é um procedimento por meio do qual um interesse é realizado às custas de outro ‘de forma precipitada. De acordo com esse modelo, o sopesamento é tudo, menos um procedimento abstrato ou generalizante. Seu resultado é um enunciado de preferências condicionadas, ao qual, de acordo com lei de colisão, corresponde uma regra de decisão diferenciada. Esse “enunciado de preferência” é precisamente a norma subconstitucional extraída, por via de preferência, entre os princípios em colisão¹⁷³.

A importância do sopesamento se aplica como instrumento da proporcionalidade na teoria dos direitos e garantias fundamentais. O sopesamento vem a ser o instrumento de grande importância no instante de aplicação da maximização dos direitos fundamentais, tarefa difícil para os operadores do direito, agentes do Poder Executivo e legisladores diante da complexidade que envolve a necessidade de valoração de interesses.

A necessidade de dirimir conflitos entre direitos vem fazendo emergir a importância do princípio da proporcionalidade na teoria dos direitos e garantias fundamentais. Lembrando da origem do princípio da proporcionalidade, que se deu propriamente no Direito Penal, cabe não olvidar a referência ao instituto da legítima defesa, de natureza jurídica penal, como exemplo modelar. A redação do art. 25 do Código Penal brasileiro resume a precisão a ser alcançada por quem pretende agir dentro da excludente da ilicitude: Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem¹⁷⁴.

A noção de proporcionalidade como regra de aplicação de justiça veio de Aristóteles, quando lançou as noções de equidade e prudência para justificar a intenção de evitar os excessos, onde se defendia a limitação das ações do aplicador para garantir aquilo que a cada pessoa fosse devido. Era a chamada justiça distributiva. Para Aristóteles¹⁷⁵, o justo era uma das

¹⁷² PACHELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 526.

¹⁷³ SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 895.

¹⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 392-398. Apud FREITAS, Eduardo Silva de; GUIMARÃES, Isaac Newton Belota Sabbá. A aplicação do princípio da proporcionalidade às matérias processuais penais. **Jus**, 08, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41898/a-aplicacao-do-principio-da-proporcionalidade-as-materias-processuais-penais>. Acesso em 20 jan. 2021.

¹⁷⁵ ARISTÓTELES. **Pensadores**. Livro V de Ética à Nicômano. São Paulo: Nova Cultura, 1996. p. 198.

espécies do gênero “proporcional”, sendo a noção de proporcionalidade não meramente para definir quantidades numéricas, mas para dimensionar a quantidade em geral. Seria a proporção uma igualdade de razões, ou relação de grandezas de mesma espécie. E fazendo demonstração entre quatro elementos que se relacionam proporcionalmente, Aristóteles concluiu que o justo é o que é proporcional, pois o que é proporcional é de fato meio levando em conta a relação entre os extremos. Assim, inferiu que o injusto seria o que estava a violar a proporcionalidade.

De acordo com Bonavides¹⁷⁶, há sempre violação do princípio da proporcionalidade quando, havendo arbítrio, os meios destinados a realizar um fim não seriam por si mesmos apropriados. Dita violação também ocorreria quando a desproporção entre meios e fins fosse manifesta. Assim, teria o princípio da proporcionalidade também já chamado de mandamento da proibição do excesso.

Das doutrinas mais notáveis, o sopesamento (ponderação) é a forma de resolução de conflitos entre princípios, e, conforme Alexy, meio adequado para sua aplicação. Se dois princípios colidem, um deles terá que ceder, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições¹⁷⁷.

3.3 Da Imperatividade da realização da audiência de custódia

Nos últimos tempos, o Poder Judiciário vem tomando decisões, baseadas diretamente no texto constitucional, para tentar efetivar os Direitos Fundamentais garantidos pela Constituição de 1988, a fim de evitar o arbítrio judicial, o subjetivismo, bem como, a conversão de um regime democrático em um ativismo que prejudique a solução dos principais problemas sociais, políticos e econômicos da sociedade contemporânea.

A imperatividade dos tratados internacionais e o movimento do CNJ para a implementação das audiências de custódia culminaram no Projeto de Audiência de Custódia, que no âmbito nacional implicou, inicialmente, na aceitação dos termos de cooperação e posteriormente da Resolução nº 213/2015 por cada Estado da Federação e pela Justiça Federal.

¹⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 392-398. Apud FREITAS, Eduardo Silva de; GUIMARÃES, Isaac Newton Belota Sabbá. A aplicação do princípio da proporcionalidade às matérias processuais penais. **Jus**, 08, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41898/a-aplicacao-do-principio-da-proporcionalidade-as-materias-processuais-penais>. Acesso em 20 jan. 2021.

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 90-91.

Essas mudanças constituíram a introdução do procedimento de audiências de custódia no processo penal brasileiro¹⁷⁸.

A alteração procedimental faz jus à análise científica, dado demonstrar a realidade de vários operadores jurídicos. É meio de efetividade do direito fundamental a razoável duração do processo no âmbito do processo penal e das prisões cautelares; esta é uma garantia que influencia diretamente a práxis forense, atingindo não só a pessoa do investigado, acusado, ou mesmo condenado, mas também a de todos aqueles que trabalham no dia-a-dia criminalista.

O efetivo cumprimento no Brasil, dos pactos internacionais invocados pela Resolução nº 213/2015, por uma simples análise de tal normativo, pode-se perceber, claramente que este inovou o ordenamento, legislando sobre matéria penal e processual penal, aplicando a lei de forma imperativa ao estabelecer obrigações e vedações anteriormente não previstas em lei. É evidente que, até mesmo, os tribunais reconheceram que a ausência de realização da denominada “audiência de custódia” não causava nulidade ou ilegalidades, o que, não poderiam, caso interpretassem a Resolução nº 213/2015 nos termos em que esta foi posta e a seguissem¹⁷⁹.

A Resolução nº 213/2015 do CNJ é imperativa em vários artigos mas principalmente no seu artigo 8º, senão vejamos:

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

I - esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial;

II - assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito;

III - dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio;

IV - questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares;

V - indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;

VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;

¹⁷⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 2015. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <http://cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 27 ago. 2019.

VII - verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que:

- a) não tiver sido realizado;
- b) os registros se mostrarem insuficientes;
- c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado;
- d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito;

VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;

IX - adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades;

X - averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar.

§ 5º Proferida a decisão que resultar no relaxamento da prisão em flagrante, na concessão da liberdade provisória sem ou com a imposição de medida cautelar alternativa à prisão, ou quando determinado o imediato arquivamento do inquérito, a pessoa presa em flagrante delito será prontamente colocada em liberdade, mediante a expedição de alvará de soltura, e será informada sobre seus direitos e obrigações, salvo se por outro motivo tenha que continuar presa.

Pode-se observar que quando se fala sobre a imperatividade das normas jurídicas, tem-se a aparente impressão de que a aplicação dessas normas é feita de maneira aprofundada e coletiva. No entanto, o que se vê, é que essa efetividade nem sempre coincide com a realidade para a qual foi criada.

Embora as normas trazidas pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos citados nos tópicos anteriores serem bastante claras, e a despeito de o Brasil havê-las incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, são recentes as iniciativas reais para possibilitar a prática da audiência de custódia no sistema de justiça brasileiro. Trata-se, positivamente, de medida de comprometimento com os cidadãos, a fim de efetivar as diretrizes estabelecidas pela Resolução nº 213.

3.4 Imperatividade

Com o intuito de buscar analisar a imperatividade da norma jurídica em seu aspecto prático teve-se como foco no decorrer deste trabalho a efetividade desses preceitos, e a

verificação de que, em alguns casos, para que uma norma jurídica seja seguida plenamente é necessário que haja uma atuação mais abrangente por parte dos órgãos que são incumbidos.

Porém, a norma para ser cumprida e observada por todos, deverá ser imperativa, ou seja, impor aos destinatários a obrigação de obedecer. Não depende da vontade dos indivíduos, pois a norma não é conselho, mas ordem a ser seguida.

Como visto no decorrer do trabalho, o CNJ iniciou, no ano de 2015, o Projeto Audiência de Custódia com vistas a compatibilizar o procedimento processual penal brasileiro aos tratados do art. 7º da Corte Americana de Direitos Humanos, item 5, bem como do art. 9º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos, quer nas categorias de tratado ou nas categorias de convenção, asseveram tutela aos seres humanos, incluindo aqueles investigados ou acusados em procedimentos penais. Tal proteção torna delicada a efetividade das medidas, do ponto de vista jurídico, sobretudo, em questões relativas à duração das prisões e dos atos processuais.

A previsão normativa do instituto da audiência de custódia encontra-se, conforme já exposto neste trabalho, em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, são eles: a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Sendo que ambos versam sobre a apresentação do detido à autoridade judiciária, sem, contudo, postular um prazo específico para que isso ocorra, apenas que seja sem demora, portanto, devendo ser um prazo razoável. A ideia é levar o preso em flagrante à presença de um juiz em até 24 (vinte e quatro) horas. A omissão legislativa brasileira não impediu que o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tendo em vista a defesa à Constituição Federal e aos direitos humanos dos indivíduos detidos, determinassem e regulamentassem, respectivamente, a adoção da audiência de custódia na prática processual penal¹⁸⁰.

Dessa forma, deve-se avaliar quando uma norma, por se tornar inevidente o ineficaz, é prejudicial à justiça. Outrossim, a demora e a ineficiência dos meios constituem forma de manter a pessoa presumidamente inocente no degradante sistema carcerários brasileiro. Por essa razão, as normas insculpidas no pacto de São José (Costa Rica) privilegiam a solução célere dos casos penais, de modo que se torna cogente a sua aceitação.

¹⁸⁰ PAIVA, Caio. **Depoimento da audiência de custódia pode ser utilizado na Ação Penal?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-23/tribuna-defensoriadepoimento-audiencia-custodia-utilizado-acao-penal>. Acesso em: 13 set. 2020.

A constituição de 1988 foi um marco divisor de períodos: antes um pensamento restritivo; a chamada autocontenção judicial, pelo que o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações de outros poderes, depois, pode-se verificar um Judiciário mais ativo, com participação ampliada.

Nas palavras de Barroso¹⁸¹, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, é uma conduta comprometida dos magistrados, não apenas das altas cortes, de ativamente se utilizarem do processo judicial para concretização de direitos, sobretudo, ligados aos direitos fundamentais, e que não foram ou não estão sendo plenamente satisfeitos.

O ativismo é repellido pela esfera mais tradicional da doutrina, justamente pelo perigo de cometimento de ilegalidades em prol da suposta aplicação da justiça, sem obrigatoriamente observar-se a segurança jurídica das atitudes cometidas pelos magistrados em suas decisões em um modelo discricionário¹⁸².

O modelo discricionário inclui teóricos que, como Hans Kelsen, reconhecem a presença da discricionariedade judicial para eleger entre as distintas possibilidades interpretativas que oferece a norma, com a cautela de que este poder não é ilimitado, porquanto não autoriza o intérprete a transcender a norma como moldura legal. Incluem-se também autores positivistas que, como John Austin e Herbert Hart, reconhecem um sentido forte de discricionariedade judicial nas hipóteses em que o direito positivo não oferece nenhuma resposta para o caso. Nos casos ordinários, no entanto, o juiz limita-se a aplicar o direito positivo sem dose adicional de liberdade e/ou discricionariedade¹⁸³.

De acordo com Verbicaro¹⁸⁴, conectando-se aos modelos de atuação judicial, a discricionariedade judicial, é considerada uma das mais polissêmicas da filosofia do direito. Para o estabelecimento de um marco conceitual adequado, centra-se na contraposição entre as noções de discricionariedade fraca, representada pelo modelo de direito de Ronald Dworkin, e discricionariedade forte, cujo principal expoente é Herbert Hart.

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os direitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹⁸² VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017. p. 89.

¹⁸³ VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017. p. 88-90.

¹⁸⁴ VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017. p. 88-90.

Portanto conforme já exposto, a judicialização é um fenômeno que surge em um contexto de maior inserção do Poder Judiciário na arena política, econômica e social, bem como as condições facilitadoras desse fenômeno no contexto da democracia brasileira, sendo uma delas a própria existência de conceitos discricionários na Carta constitucional em detrimento de categorias e definições precisas e unívocas cultivadas pela dogmática, o que projetou o intérprete a assumir um papel de destaque nas atuais democracias, bem como a assumir o centro das principais reflexões políticas, jurídicas e filosóficas do debate contemporâneo.

Considerando a crescente judicialização das relações sociais, políticas e econômicas, é iniludível que, na prática jurídica contemporânea, especialmente em assuntos relativos à adjudicação constitucional, marcados pela complexidade das questões de moral política envolvidas, existem numerosos empates de respostas razoáveis que suscitam, irremediavelmente, a necessidade de escolha de uma entre as alternativas igualmente adequadas e viáveis. Assumir essa realidade e declarar que os juízes, em casos excepcionais, têm discricionariedade para decidir de maneira razoável fora dos exatos limites circunscritos pelo direito, propicia clareza e honestidade à prática jurídica.

Partindo do pressuposto de reconhecimento da inevitável discricionariedade na prática judicial, faz-se necessário ressaltar o problemático tema do ativismo e da judicialização da política. Essa articulação entre discricionariedade judicial, que suscita sobremaneira reflexões no âmbito da filosofia do direito, com a questão do ativismo judicial e judicialização da política, que se projetam para a filosofia política, são temas candentes que se encontram para a construção de uma teoria jurídica democrática construída sob as bases de um Estado de Direito que, no contexto de uma atuação progressivamente proativa do Judiciário, reconhece a inevitável e necessária dose de discricionariedade do intérprete judicial e, conseqüentemente, a necessidade de se rediscutir o papel da participação e dos limites interpretativos e institucionais de sua atuação para evitar o arbítrio judicial, o subjetivismo, bem como a conversão de um regime democrático em uma ditadura de juízes que transfira à instância contra majoritária a solução dos principais problemas sociais, políticos e econômicos das sociedades contemporâneas.

Assim, uma postura ativista do Poder Judiciário, sob uma visão positiva do ativismo judicial, passa a ser necessária e imprescindível para permitir uma efetiva garantia dos direitos fundamentais do cidadão¹⁸⁵. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o

¹⁸⁵ VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017. p. 90.

sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.

Faz-se importante que os operadores do direito meditem sobre a utilização da norma penal a ser interpretada. Além disso, quando se observa a audiência de custódia, vê-se claramente que ela detalha com maior especificidade o papel do juiz durante o ato, oferecendo-lhe orientação sobre o modo de atuação judicial. Isto confere ao magistrado maior segurança, em razão da existência de informações específicas para sua intervenção no ato, de modo que pode atuar com mais discricionariedade para resguardar direitos e aferir a legalidade estrita do ato de prisão.

Não havendo esta discricionariedade pode surgir a (in)discricionariedade, o que viola os direitos do cidadão, fazendo com que exista insegurança jurídica quando deveria ser o contrário. Assim sendo, mostra-se importante a ação do Poder Judiciário, bem como dos limites interpretativos e institucionais de sua atuação. Isso tudo para evitar o subjetivismo e a consequente conversão de um regime democrático em um ativismo que prejudique a solução dos principais problemas sociais, políticos e econômicos das sociedades contemporâneas.

A relevante imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático. A presença da não uniformidade das decisões judiciais, por inexistência de causas jurídicas justificadoras para a mudança de entendimento por parte dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, gera intranquilidade, tornando-se causa de aumento dos conflitos.

Sabe-se que a preclusão é técnica a serviço da segurança jurídica, do direito à efetividade e da proteção à boa-fé. Além disso serve à ordem, à segurança e à duração razoável do processo, é uma mola propulsora do processo, além de ser carregada de fundamentos ético-políticos, na medida em que busca preservar a boa fé e a lealdade no itinerário processual e deve ser pensada e aplicada em função dos valores a que busca proteger¹⁸⁶.

Quando se tem a incongruência entre leis, a questão se resolve com os princípios da lógica clássica e com as regras das antinomias que excluem ou invalidam uma determinada regra ou norma jurídica, mas, isto é totalmente diverso quando se tem a colisão entre direitos fundamentais, ou seja, não é possível excluir um direito fundamental do ordenamento

¹⁸⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol. 1. 14. ed. Ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 422.

jurídico, sob pena de estar aceitando um retrocesso social e total desrespeito à Constituição Federal.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou identificar a compatibilidade entre a discricionariedade judicial, sobre a realização ou não de audiências de custódia e o sistema de garantias penais da Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, apresentou-se o sistema prisional brasileiro e a prisão em flagrante, buscando identificar direitos à população carcerária, principalmente àqueles que em tese acabara de cometer um crime (presos provisórios), assunto este que é causa de inúmeros debates, a precariedade dos estabelecimentos prisionais do Brasil, haja vista, as condições precárias de suas instalações, sejam elas insalubres e violentas.

Apresentou-se o ambiente institucional do País até a formulação do Projeto Nacional Audiência de Custódia. Chamou atenção o fato de se invocar a Corte Americana de Direitos

Humanos, norma introduzida no ordenamento jurídico em 6 de novembro de 1992, cuja aplicação passou a ser exigida apenas em janeiro do ano de 2015.

Notou-se que o ambiente institucional brasileiro passou por uma evolução: as normas de direitos humanos passaram primeiro a ser aceitas no plano formal, adequando-se às políticas externas, e somente com o passar dos anos e os rearranjos políticos elas foram exigidas em diversas normas internas.

Conforme exposto no presente trabalho, o Princípio, a Regra e as Políticas Públicas se distinguem entre si, adequando-se a cada momento histórico, o momento atual é de forte protagonismo do Poder Judiciário, neste contexto, o Ativismo Judicial é uma realidade. Cabendo aos agentes de poder, atuar com consciência para manter a estabilidade do Estado Democrático de Direito.

Segundo o que foi apresentado, o princípio da separação dos poderes não foi estabelecido de um momento para outro, mas foi formulado e está em constante transformação ao longo do tempo. O Estado Constitucional está em transformação desde a sua implantação, sendo que, a importância dada a cada poder vem sofrendo mutações conforme os objetivos do Estado, os quais sofrem mudanças com o passar do tempo.

Identificou-se na pesquisa que a judicialização trata-se de um fenômeno por meio do qual importantes questões políticas, sociais e morais são resolvidas pelo Poder Judiciário ao invés de serem solucionadas pelo poder competente, seja este, o Executivo ou o Legislativo. Assim, o fenômeno da judicialização significa levar ao conhecimento do Judiciário matéria que não foi resolvida como deveria, pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo.

Também foi feita uma incursão na teoria do garantismo e nos postulados de Luigi Ferrajoli. Tal teoria é formulada como Filosofia Analítica e como uma teoria da democracia que apresenta vinculação e adequação aos postulados constitucionais brasileiros. Ademais, essa teoria é um paradigma dos limites do punitivismo desenfreado e da formulação de um efetivo Estado de Direito.

A teoria do garantismo surge assim como um postulado de limite ao Estado, quando da reafirmação dos direitos negativos, mas incorpora ainda a ideia de uma imposição material da Constituição, pela qual o Estado também é sujeito ativo da efetivação de direitos basilares. É uma teoria que pressupõe a normatividade e o positivismo como referências, desde que lastreada em postulados críticos e delimitados pelo arcabouço constitucional, o que faz do garantismo também uma teoria democrática.

Em seguida, este trabalho se debruçou sobre as aplicações do garantismo como uma teoria aplicável em um ordenamento internacional. Esta análise foi necessária para quebrar o

paradigma de um sistema pretensamente positivista e da previsibilidade das normas de direitos humanos.

Notou-se que a teoria do garantismo é não só adequada à Corte Americana de Direitos Humanos, como também é cabível aos votos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, tem-se que as normas de direitos humanos são também instrumentos positivados cuja aceitação como norma supralegal importa em vigência da Constituição e maior adequação material da legislação ao direito efetivado.

Posteriormente, analisou-se as audiências de custódia como fruto da Convenção Americana dos Direitos Humanos, mantendo um foco especial para as prisões em flagrante. Portanto, verificou-se as nuances da prisão em flagrante e as correlações que justificam a preocupação com o controle dos procedimentos flagranciais.

O histórico brasileiro de violações a direitos humanos é verificado com maior incidência no âmbito policial. Por outro lado, o procedimento flagrancial é o primeiro cotado do Estado com o acusado, ainda sem a formação de contraditório ou ampla defesa, de modo que é exatamente neste momento processual que comumente ocorrem torturas, maus-tratos e violações diversas aos primados de direitos humanos.

Uma das finalidades da imediata apresentação dos presos em flagrante à autoridade judiciária, segundo as já referidas convenções internacionais, é assegurar a integridade física e psíquica da pessoa detida, verificando possíveis maus tratos ocorridos durante ou logo após a detenção e contribuindo, assim, para inibir a prática ditatorial da tortura como meio para obter uma confissão.

O CNJ também surgiu como fator decisivo para a formulação das políticas de implementação e exigibilidade das normas pelas quais o Brasil é signatário. Assim, apenas após a estruturação deste órgão foi possível um esforço mais concentrado para suprir essa demanda legislativa. Dessa forma, a norma supralegal passou gradativamente a ter efetividade no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante desse contexto, o Projeto Nacional Audiência de Custódia tratou de estabelecer parâmetros pelos quais, em todos os flagrantes, seria necessária a apresentação do preso em audiência. As impugnações judiciais mediante a ADIn nº 5.240/ 2015 e a ADPF 347 apenas corroboraram a construção do instituto, que passou a ter exigibilidade em todo o território nacional.

As audiências de apresentação passaram então a ser formatadas conforme a R213/ 2015, que estabeleceu os parâmetros mínimos em todos os estados da Federação. Nesta resolução também ficaram definidos o prazo de 24 horas para a realização do ato, as vedações quanto à

análise de mérito e os objetivos das audiências de custódia em controlar a legalidade das prisões e evitar prisões desnecessárias.

As audiências de custódia figuram como instituto que busca os princípios do contrário e da ampla defesa, permitindo uma resposta rápida do réu quando da realização dos procedimentos prisionais. Outrossim, também respeita o princípio da Presunção do Estado de Inocência, de modo que a liberdade é privilegiada com a decisão mais célere, evitando-se prisões desnecessárias.

O princípio acusatório é privilegiado também nas audiências de custódia, reduzindo-se a precariedade da análise realizada exclusivamente pela autoridade policial para a legalidade do flagrante. Desse modo, a dialeticidade vem à tona como mecanismo de construção nacional da decisão judicial mais adequada ao caso.

As audiências de custódia assumem papel fundamental na busca pelo princípio da razoável duração do processo, estabelecendo prazo para a realização de um ato processual cujo tempo é potencialmente danoso ao acusado. Assim, estabeleceu-se um limite temporal pelo qual o ato deve ser realizado e garante-se a maior efetividade do devido processo legal.

Tem-se ainda na limitação do prazo das audiências de custódia um parâmetro cuja não observância implica ilegalidade nas formalidades inerentes ao flagrante. Desse modo, o efeito esperado da não realização ou do não cumprimento dos parâmetros estabelecidos na R213/ 2015 é o relaxamento da prisão, por ser considerada ilegal.

O histórico brasileiro de tutela e proteção aos direitos humanos apresenta reiterados relatos de violação de direitos humanos, maus-tratos e tortura, sobretudo frente aos sistemas de polícia a todo o sistema penal

A audiência de custódia vem trazer uma nova proposta à questão prisional, a ideia de que a prisão nem sempre é a melhor escolha e que talvez, uma atitude mais humana, um contato mais justo, possa trazer uma mudança no comportamento social, proporcionar uma maior acuidade na aplicação de medidas extremas como o cerceamento da liberdade. Ainda é cedo para se afirmar qualquer relação entre essa nova postura e uma eventual redução na taxa da criminalidade, mas os idealizadores do projeto apostam nessa nova conduta.

Assim sendo, a fim de responder a problemática do presente trabalho, a não realização da audiência de custódia pode enfraquecer os princípios democráticos dos direitos do cidadão afetando assim, o garantismo constitucional, pois, estaria violando o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, violando a Convenção Americana de Direitos Humanos, e violando a Constituição Federal, o que é inadmissível num Estado Democrático de Direito. Assim, a

discricionariade judicial sobre a realização de audiências de custódia pode ser compatível com o sistema de garantias penais da Constituição de 1988.

No contexto do Estado democrático de Direito se expandiu a participação do Poder Judiciário na solução dos problemas de relevância social, cultural, política e econômica, fenômeno que ainda perdura na atualidade. Verifica-se no ordenamento jurídico brasileiro uma clara tendência ativista. Questões de grande repercussão política ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário

Desse modo, é importante ressaltar que cabe ao juiz no atual estágio do Estado Constitucional, proferir uma decisão que atinja a efetiva satisfação do direito violado, e com a estrita observância dos direitos fundamentais, pois, de outro modo, estaríamos relegando direitos e garantias fundamentais somente à mera ilustração legislativa, sem nenhuma eficácia no campo concreto das relações jurídicas.

Portanto, torna-se necessário enfrentar os desafios que tem o Poder Judiciário a fim de contribuir para a concretização dos direitos fundamentais. Afinal, uma decisão constitucionalmente adequada também deve ser observada como um direito fundamental do cidadão. Os cidadãos, ao procurarem o Judiciário, uma vez que este tem o direito de acesso à justiça, acreditam que suas causas serão apreciadas e julgadas à luz do direito previamente estabelecido.

Com base nas perspectivas que orientaram a elaboração deste trabalho conclui-se que a aplicação da audiência de custódia pode favorecer, em grande medida, o fortalecimento dos direitos e se constituir num instrumento de controle das ações abusivas e violentas, que prejudicam os princípios democráticos e cidadãos, adotados como metas pelo país a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Não obstante, todas as questões expostas ao longo deste trabalho, não se pode negar que a implantação das audiências de custódia no sistema prisional brasileiro representa um grande avanço civilizatório do processo penal pátrio e na luta pelo reconhecimento de direitos fundamentais, garantidos pela Constituição e pelos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda. 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANDRADE, Flávia Silva. Audiência de custódia ou de apresentação do preso: análise crítica da disciplina normativa prevista no projeto de lei do senado 554/ 2011. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 137, p. 223-252. nov. 2017.

ARAÚJO, Francisco Firmo Barreto de. **O contraditório no inquérito policial e a atuação da Defensoria Pública**. 2016. 126f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2016.

ARISTÓTELES. **Pensadores**. Livro V de Ética à Nicômano. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ASSIS, Rafael Damasceno de. **A realidade atual do Sistema Penitenciário Brasileiro**. Disponível em: <http://direitonet.com.br/artigos/perfil/exibir/113914/Rafael-Damaceno-de-Assis>. Acesso em: 20 abr. 2020.

AVILA, Thiago André Pierobom de. Audiência de custódia: avanços e desafios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 35, p. 301-333, set. 2016. Disponível em: http://semadp;ceg;br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p301.pdf. Acesso em: 05 abr. 2020.

AVILA, Jheison Torres. La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado Contemporâneo. **Revista Derecho**, Barranquilla, n. 47, p. 138-166, jun. 2017.

BALLESTEROS, Paula. **Interpretação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento**. Brasília: Ministério da Justiça, 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução a Sociologia do Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os direitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3. ed. São Paulo: Edijur, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 392-398. Apud FREITAS, Eduardo Silva de; GUIMARÃES, Isaac Newton Belota Sabbá. A aplicação do princípio da proporcionalidade às matérias processuais penais. **Jus**, 08, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41898/a-aplicacao-do-principio-da-proporcionalidade-as-materias-processuais-penais>. Acesso em 20 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992**. D.O.U. de 07 de julho de 1992, 8716 p. - Pacto internacional sobre direitos civis e políticos.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. **Provimento Conjunto nº 03/2015 de 22 de janeiro de 2015**, DJE-SP de 27 de janeiro de 2015, Ano VIII, Edição 1814, São Paulo, 1-2p.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, p. 1-1, maio. 2011. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRASIL. Decreto nº 592. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Brasília. 1992.

BRASIL. Decreto nº 678. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Brasília. 1978.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689. **Código de Processo Penal**. Projeto de Francisco Campos. Brasília. 1941.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Acórdão**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240 São Paulo. Relator Min. Luiz Fux. São Paulo, 20 ago.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. Diário de Justiça Eletrônico. **PROVIMENTO CONJUNTO Nº 03/2015 – Audiência de Custódia**. Disponível em: http://tjsp.jus.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=65062. Acesso em: 29 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.449**, de 15 de janeiro de 2007. Disponível em: <https://camara.leg.br/legin/fed/lei/2007/lei-11449-15-janeiro-2007-549388-norma-pl.html>. Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. **Ministério da Justiça. 2005**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. **Ministério da Justiça. 2019**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**, 6ª. ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabros, 1988.

CASSIRER, Ernst. **A questão Jean-Jacques Rousseau**. Tradução de Erlon José Pachcoal. São Paulo: Editora Unesp, 1999.

CASSIOLATO, Bruno L. **Considerações sobre audiência de custódia: pontos positivos e negativos**. Disponível em: <http://apamagis.com.br/site/consideraes-sobre-audincia-de-custdia-pontos-positivos-e-negativos/>. Acesso em: 25 ago. 2019.

CERVO, Amado Luiz. Política exterior e relações internacionais do Brasil: enfoque paradigmático. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 46, n. 2, p. 5-25, dez. 2003.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**: Resolução, Ata Final. Bogotá: ConIA, 1948.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 2015. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <http://cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 27 ago. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 2015. **Audiências de custódia interferem na superlotação e nas mortes em presídios**. Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79955-audiencias-de-custodia-interferem-na-superlotacao-e-nas-mortes-em-presidios>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. **Histórico**. Disponível em: <http://cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 2015. **Resolução N° 213 de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em: <http://cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. São José, Costa Rica, 22 de nov. 1969. Disponível em: https://cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 25 ago. 2019.

COSTA, Thiago. **Audiência de custódia - avanço ou risco ao sistema acusatório?** Disponível em: http://thiagofscosta.jusbrasil.com.br/artigos/16136_8436/audiencia-de-custodia-avanco-ou-risco-ao-sistema-acusatorio. Acesso em: 01 set. 2019.

COSTA RICA. 22 de nov. 1969. Disponível em: https://cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 07 set. 2019.

_____. **Decreto nº 592. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.** Brasília. 1992.

_____. **Decreto nº 678. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).** Brasília. 1978.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *In: Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Ed. Nota Dez, n. 01, 2001.

CUNHA, Rogério Sanches. **Temas de Processo Penal – Audiência de Custódia**, 2016.

CURY, Rogério. **Breve reflexão sobre prisão preventiva, medidas cautelares e garantia da liberdade.** 2019. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/breve-reflexao-sobre-prisao-preventiva-medidas-cautelares-e-garantia-da-liberdade/>. Acesso em: 13 abr. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Vol. 1. 14. ed. Ed. JusPodivm, 2012.

DINIZ NETO, Eduardo. Sociedade de risco, direito penal e política criminal. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 5, n. 2, p. 202-220, ago. 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FACHIN, Luis Edson; SCHULMAN, Gabriel. Contratos, Ordem Econômica e Princípios: um diálogo entre o Direito Civil e a Constituição 20 anos depois. *In: DANTAS, B. et. al. (Orgs.). Constituição de 1988, o Brasil 20 anos depois*, v. 4. Brasília: Senado Federal, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal.** Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Boyón Mahino, Juan Terradillos Bosoca e Rocio Cantarero Bondrés. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal.** São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 23. ed. Petrópolis: Tradução de: Raquel Ramallete. Vozes, 1975.

FREITAS, Juarez. **As Grandes Linhas da Filosofia do Direito**. 3. ed. Rio Grande do Sul: EDUCS, 1986.

FRIEDE, Reis. Do princípio constitucional do contraditório: vertentes material e formal à luz da evolução jurisprudencial e legislativa do regramento processual civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 946, p. 113-124, ago. 2014.

FROTA, Camila Espíndola Jefferson. **A efetivação de direitos e garantias do preso e a problemática dos prazos para a realização das audiências de custódia**. 2017. 55 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/?cdConteudo=8163986>. Acesso em: 20 abr. 2020.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 2. ed. Revista, ampliada e atualizada até 01 de julho de 2006. Niterói – RJ: Impetus, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Niterói – RJ: Impetus, 2007. V.1.

IOSA, Juan. Libertad negativa, autonomia personal y constitución. **Revista chilena de derecho**, Santiago, v. 44, n. 2, p. 495-518, ago. 2017.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Vol.1: Parte Geral- 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JESUS, Diego Santos Vieira de. O baile do monstro: o mito da paz de Vestefália na história das relações internacionais modernas. **História**, França, v. 29, n. 2, p. 221-232, dez. 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

LIMA, Érica Andréia Andrade de. **Sistema Prisional Brasileiro**. Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. 2011. Disponível em: <https://yumpu.com/pt/document/view/16443653/sistema-prisional-brasileiro-unipac>. Acesso em: 12 abr. 2020.

LIMA, R. B. **Manual de Processo Penal**. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal**. Disponível em: <http://conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>. Acesso em: 25 ago. 2019.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**, [S.l.], p.

11-23, set. 2014. Disponível em: https://ibccrim.org.br/revista_liberdades_download/22-Revista-no-17-Setembro-Dezembro-de-2014. Acesso em: 25 ago. 2019.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz: inteligência do princípio da separação dos poderes e do princípio acusatório. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 141-153, set. 2009.

MATTOS, Elizângela Inocêncio. Os direitos fundamentais a partir do contrato social: o garantismo de Luigi Ferrajoli. **Lex Humana**, Petrópolis, v. 4, n. 1, p. 20-32, out. 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 889, p. 105-147, nov. 2009.

MEDICI, Sergio de Oliveira. Aspectos da Prisão em Flagrante. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 14, p. 302-310, 1996.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. 1. ed. Santa Catarina: SAFE – FABRIS, 1998.

MELO, Raphael. **Audiência de Custódia no Processo Penal conforme a Resolução nº 213 do CNJ e Projeto de Lei nº 554/2011 do Senado**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MESQUITA, Ivonaldo da Silva; PEREIRA, Natália Ila Veras. A audiência de custódia como direito humano fundamental à luz das garantias constitucionais e internacionais. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 19-42, dez. 2015.

MIGUEL, Alexandre. A Constituição Brasileira e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional, Brasília**, v. 55, p. 286-326, jun. 2006.

MONTARROYOS, H. Observatório constitucional Ronald Dworkin: reconstruindo o liberalismo do livro “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade”. **Universitas Jus**, v. 24, n. 1, p. 89-117, jan. 2013.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOURÃO, Carolina Monteiro Duarte. **A razoável duração do processo: um estudo sobre a natureza jurídica e a efetividade**. 156f. 2016. Monografia (Bacharelado em Direito) - Uniceub, Brasília, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**: 13. ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Forense, 2018.

NUNES, M.A. O contraditório prévio e a motivação no juízo de admissibilidade da acusação: o reconhecimento como um fundamento filosófico-político. **Revista Jurídica**, Blumenau, v. 3, n. 40, p. 395-410, abr. 2015.

OLIVEIRA, Eduardo. **Política criminal e alternativas à prisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PAIVA, Caio. **Depoimento da audiência de custódia pode ser utilizado na Ação Penal?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-23/tribuna-defensoriadepoimento-audiencia-custodia-utilizado-acao-penal>. Acesso em: 13 set. 2020.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o Processo Penal Brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro** .2. ed. Ver. e ampliada – Florianópolis. Editora Empório do Direito, 2017.

PENICHE, Walter Santos. **Prisão preventiva disciplinar militar**. Jusmilitares, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/pprevdisc.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

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

POPPER, Karl R. **The logic of scientific discovery**. Londres: Hutchinson, 1976.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, Alexandre Ceibrian Araújo. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIO DE JANEIRO. Sexta Câmara Criminal. **Recurso de Habeas Corpus**. HC nº 0064910-46.2014.8.19.0000, 2015. Relator Des. Luiz Noronha Dantas. Rio de Janeiro, 25 jan. 2015. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-audiencia-custodia-tj-rj.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2019.

ROSA, Alexandre Moraes da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. **A força da palavra deve ser sustentada na mediação penal**. Disponível em: <http://conjur.com.br/2015-dez-25/limite-penal-forca-palavra-sustentada-mediacao-penal>. Acesso em: 25 ago. 2019.

ROSA, Alexandre Moraes da; BECKER, Fernanda E. N. *In*: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Org.). **Audiência de Custódia**. Rio de Janeiro: D'Plácido, 2017.

RUIZ, S. Democracia, desacuerdo y derecho constitucional: una revisión a la tensión entre constitucionalismo y democracia en el debate Dworkin-Waldron. **Revista De Derecho Público**, Santiago, v. 35, p. 1-31, maio de 2015.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; DUARTE, Ana Caroline Pinho Duarte. Um conceito de duração razoável do processo penal. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 2, dez. 2010. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/indez/php/nej/article/view/2596>. Acesso em: 10 set. 2020.

SANTOS, Júlia Ângela. Audiência de custódia: considerações e possibilidades. **Revista Esmal**, Maceió, n. 1, p. 322-339, mar. 2016. Disponível em: <http://revistadaesmal.tjal.jus.br/indez.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/24/12>. Acesso em: 15 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. ver. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Desde 1992, **a falta de audiência de custódia pode anular condenações?** Disponível em: <http://conjur.com.br/2015-jul-23/senso-incomum-falta-audiencia-custodia-anular-condenacoes-antigas>. Acesso em 25 ago. 2019.

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

STRECK, Lenio Luiz; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Ativismo e Garantismo na Corte interamericana de direitos humanos. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. (Org.). **Ativismo e Garantismo Processual**. Salvador: Juspodium, 2013.

SUXBERGER, Antônio H.G.; AMARAL, Marianne G. A execução provisória da pena e sua compatibilidade com a presunção de inocência como decorrência do sistema acusatório. **Revista Brasileira de Direito**, São Paulo, v. 16, n. 7, p. 186-210, abr. 2017. Disponível em: <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/500/328>. Acesso em: 20 out. 2020.

TOMÉ, Semiramys Fernandes. A mitigação dos princípios da ampla defesa e do contraditório durante o inquérito policial. **Revista Expressão Católica**, Quixadá, v. 5, n. 1, ago. 2017.

Disponível em: <http://publicacoiesacademicas.fcrs.edu.br/indez/php/rec/article/view/1469>. Acesso em: 13 out. 2020.

TRINDADE, André. K. 2015. **Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD, 7(3):243-252.

VASCONCELLOS, V. G. O “Sistema Acusatório” do Processo Penal Brasileiro: Apontamentos Acerca do Conteúdo da acusatoriedade a partir de Decisões do Supremo Tribunal Federal. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 47, p. 181-204, jul. 2015.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Audiências de custódia e proteção/efetivação de direitos humanos no Brasil. Direitos Sociais e Políticas Públicas**. Bebedouro, v. 5, n. 1, dez. 2017. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/viewFile/201/pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

XAVIER, Marcio Magno Carvalho. **O STF, o CNJ e a audiência de custódia: inconstitucionalidades e consequências**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51181/o-stf-o-cnj-e-a-audiencia-de-custodia-inconstitucionalidades-e-consequencias/4>. Acesso em: 25 set. 2020.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.