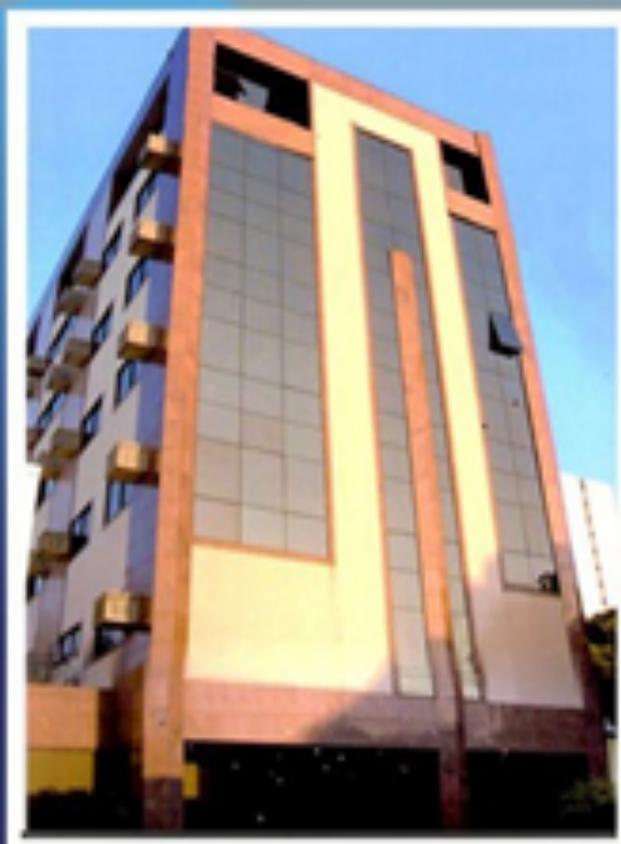




Fundação Cultural de Campos
Centro Universitário Fluminense-UNIFLU
(portaria/MEC nº 3.433, de 22.10.2004)

**REVISTA ELETRÔNICA DA
FACULDADE DE DIREITO DE CAMPOS**

REFDC



Volume 4, Nº 1, 2019
Periódico Semestral

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E SUA IMPLEMENTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

MARCELO LESSA BASTOS

Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Professor de Processo Penal do UNIFLU – Campos dos Goytacazes. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro
mlbastos@mprj.mp.br;

BRUNA ALBINO CARVALHAL

Graduando em Direito pela UNIFLU/FCC – Centro Universitário Fluminense – Campos dos Goytacazes.
albinocarvalhalbruna@gmail.com;

SUMÁRIO: *1. INTRODUÇÃO. 2. OS TRATADOS INTERNACIONAIS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. 3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA 4. CRÍTICAS A IMPLANTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO. 5. CONCLUSÃO.*

RESUMO: Os direitos fundamentais são garantias previstas não somente pelas normas internas, mas também, por tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, que são internalizados no ordenamento jurídico pátrio, em trâmites pré-estabelecidos pela Constituição Federal. No entanto, a grande dificuldade se dá na harmonização dessas normas internacionais com ordenamento jurídico interno, especialmente quando se referem a direitos humanos. Por vezes, essa dificuldade resulta em interpretações equivocadas, ou até mesmo, super-valoradas, quando o hermenauta tem mais do que a intenção de interpretar a norma em si, mas o objetivo de satisfazer o que lhe parece conveniente, comprometendo a nacionalização adequada das normas internacionais. Frente a isto, muitos estudiosos na esfera processual penal, buscando fundamentos para sustentar suas opiniões, mostram-se descompromissados com coerência jurídica, oferecendo interpretações consideravelmente equivocadas à normas internacionais. Nesse cenário, exsurge a audiência de custódia, que determina a apresentação de qualquer pessoa presa em flagrante, no prazo máximo de 24

horas a um juiz para que este resolva sobre a legalidade e/ou necessidade de sua prisão, bem como identifique eventuais lesões ou torturas ocorridas no momento da captura do indivíduo encarcerado, funcionando, sobretudo, como um controle ao exercício da polícia judiciária. Diante disso, o presente artigo visa um estudo sério quanto à natureza das normas internacionais de direitos humanos e a compatibilização da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) com o ordenamento jurídico pátrio e suas garantias constitucionais, sobretudo, no que se refere à implantação imediata das audiências de custódia e a evidente violação ao processo legislativo.

ABSTRACT: Fundamental rights are guarantees provided not only by domestic norms, but also by international treaties and conventions ratified by Brazil, which are internalized in the country's legal order, in procedures established by the Federal Constitution. However, the great difficulty is in the harmonization of these international norms with internal legal order, especially when they refer to human rights. Sometimes this difficulty results in misinterpretations, or even over-valuations, when the hermeneut has more than the intention to interpret the norm itself, but the objective of satisfying what seems convenient, compromising the proper nationalization of the international standards. Faced with this, many scholars in criminal procedure sphere, seeking foundations to support their opinions, show themselves uncommitted to legal consistency, offering considerably misinterpretations to international standards. In this scenario, the custody hearing, which determines the presentation of any person arrested in flagrante, within a maximum period of 24 hours to a judge to resolve on the legality and / or necessity of their arrest, as well as identify any injuries or tortures occurring at the time of capture of the incarcerated individual, functioning, above all, as a control to the exercise of judicial police. Therefore, this article aims at a serious study of the nature of international human rights norms and the compatibility of the American Convention on Human Rights (Pact San José de Costa Rica) with the legal order of the country and its constitutional guarantees, refers to the immediate implementation of custody hearings and the clear violation of the legislative process.

Palavras chave: Convenção Americana de Direitos Humanos; Constituição Federal; Audiências de Custódia; Críticas; Polícia Judiciária.

Key Words: American Convention on Human Rights; Federal Constitution; Custody Hearings; Criticism; Judiciary Police.

1. INTRODUÇÃO.

O grande entusiasmo para a implantação das Audiências de Custódia no ordenamento jurídico brasileiro se dá, precipuamente, por constituir uma alternativa ao controle do sistema penitenciário brasileiro, auxiliando no combate do encarceramento em massa, e ainda, operando, como instrumento capaz de resguardar direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais do preso. Diante de dados alarmantes, temos que o sistema penitenciário brasileiro encontra-se falido, tanto quanto o país, que enfrenta uma crise financeira incalculável, fator que certamente impulsionou a adoção governamental do instituto das audiências de custódia, considerando que o gasto financeiro do Estado com sujeitos encarcerados, supera qualquer meio de benefício concedido aos cidadãos de boa índole, o que caracteriza absurda inversão de valores no país.

Dentre os argumentos para implantar, a qualquer custo, esse novel instituto, está suposta necessidade de adequação do ordenamento jurídico interno com as normas internacionais constantes em tratados e convenções ratificados pelo Brasil, especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica). Por meio de uma interpretação distorcida do artigo 7, item 5 da referida convenção, sustentam vigorar no país constante violação ao artigo supramencionado, - que prevê a apresentação do preso “sem demora” a presença de um juiz ou outra autoridade judicial - enquanto da não implantação das audiências de custódia.

Tese essa que não merece prosperar. Afinal, o Brasil é um dos poucos países que contam com a figura do Delegado de Polícia, autoridade que dispõe de formação jurídica, e exerce o primeiro juízo de legalidade das prisões, suprindo inteiramente o disposto na Convenção, o que, inclusive, configura grande avanço perante os demais sistemas.

Outro ponto relevante atine à regulamentação das audiências de custódia, que em nome da eficiência e da conveniência, são editadas por atos administrativos em notório

confronto as normas constitucionais. Para tanto, sustentam que as normas internacionais em pauta, tratam de matéria em direitos humanos, tendo, portanto, força de norma constitucional, invocando as considerações trazidas pelo advento da emenda nº 45 de 2004, em desprezo ao entendimento firmado do Supremo Tribunal Federal, que confere status *supralegal* as normas constantes das Convenções e Tratados ratificados pelo Brasil antes da referida emenda.

No entanto, as indagações descritas acima configuram apenas algumas das inúmeras perplexidades e incoerências que norteiam o tema em comento.

Dessa forma, para o adequado desenvolvimento do tema, o presente artigo trabalho fora dividido em tópicos, nos quais buscamos, *a priori*, ressaltar a natureza jurídica dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos e o posicionamento destes no ordenamento jurídico interno, *a posteriori*, de uma forma geral, conceituar as audiências de custódia, apurando questões pertinentes à sua finalidade e as peculiaridades quanto à implantação no ordenamento jurídico pátrio, trazendo à baila as jurisprudências da Corte internacional de Direitos humanos, relacionadas ao tema em comento. Por fim, especialmente nos últimos tópicos, serão averiguadas as vastas incoerências que norteiam o tema, seguindo para uma abordagem crítica e culminando em breve análise a respeito da função do Delegado de Polícia na sistemática processual penal brasileira.

2. OS TRATADOS INTERNACIONAIS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

2.1. – NATUREZA JURÍDICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Estado Constitucional e Humanista de Direito tem como característica mais marcante a pluralidade de fontes normativas, tornando-se ainda mais evidente, quando o contexto interno e o internacional se aliam em prol da salvaguarda dos direitos humanos.

Assim, os direitos humanos encontram proteção em diversos contextos (sistemas de proteção) e em diversos instrumentos (mecanismos de proteção).¹

A Carta de 1988 idealiza a construção de um Estado Democrático de Direito, desde o seu preâmbulo:

[...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. [...]²

Compreende-se que a Constituição, *lato sensu*, deve ser única e constituir um sistema que privilegie determinados valores sociais. Juridicamente, deve ser entendida como lei fundamental e suprema de um Estado soberano³.

O princípio democrático manifesta, precipuamente, a necessidade da participação integral de todos os cidadãos na vida política do país, garantindo desta forma o respeito à soberania popular. Em breve síntese, um Estado Democrático visa afastar a tendência humana ao autoritarismo e à concentração de poder.

Analisando a área de abrangência da Constituição, Virgílio de Jesus Miranda Carvalho entende:

[...] que melhor se definirá a Constituição como o estatuto jurídico fundamental da comunidade, isto é, abrangendo, mas não se restringindo estritamente ao político e porque suposto este, não obstante a sua hoje reconhecida aptidão potencial para uma tendencial totalização, como tendo, apesar de tudo, uma especificidade e conteúdo material próprios, o que não autoriza a que por ele (ou exclusivamente por ele) se defina toda a vida de relação e todas as áreas de convivência humana em sociedade e levará à autonomização do normativo-jurídico específico (neste sentido, total – e não apenas tendencialmente – é o Direito), bem como à distinção, no seio da própria Constituição, entre a sua intenção ideológica-política e a intenção jurídica *stricto sensu*. Com este sentido também poderemos, então, definir a Constituição como a lei fundamental da sociedade.⁴

Conquanto aos valores sociais privilegiados no texto constitucional, podemos afirmar que a Constituição brasileira de 1988 elege como valor essencial a dignidade da

¹ MAZZUOLI, Valério Oliveira. *Direito dos Tratados*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5707-0/cfi/6/10>>. Acesso em: 02 de ab. de 2017.

² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 57.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.06.

⁴ CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. *Os Valores Constitucionais Fundamentais: esboço de uma análise axiológico-normativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 13.

pessoa humana, que lhe dá unidade de sentido. A partir deste princípio, a ordem jurídica encontra fundamentos e orientações para uma atuação adequada, seja no âmbito interno ou internacional.

Nesse sentido, aduz a ilustre magistratura Flávia Piovesan:

[...] o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.⁵

Os Estados devem manter no direito interno um sistema de integração das normas internacionais por eles subscritas, que pode ser disciplinada em lei ou regulada pelo texto constitucional, sendo este último o caso do Brasil.

Devido a crescente universalização dos direitos humanos, surge o sistema internacional de proteção destes direitos, composto por tratados internacionais de proteção que refletem a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, formando-se um sistema normativo global no âmbito das Nações Unidas.

Em contrapartida, com intuito de ampliar a proteção internacional dos direitos humanos, exsurtem os sistemas regionais de proteção funcionando como uma complementação do sistema global. Consoante entendimento da Ilmo. Professora Flávia Piovesan:

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas, ao revés, são complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional.⁶

O sistema interamericano foi desenvolvido no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), tendo por base o trabalho da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁵ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.215.

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p.326.

A Convenção Americana constitui base para o sistema interamericano pela previsão de órgãos e procedimentos específicos, reafirmando, inclusive, propósitos dispostos na Carta da OEA, apesar de ter um círculo menor de ratificação pelos Estados.

Em que pese isto, pode-se afirmar que não existe imposição pela Convenção Americana de um padrão normativo a ser seguido pelos Estados, mas, estabelecidos parâmetros para elaboração de normas internas que busquem a efetivação dos direitos nela elencados.

Para adequar o direito internacional e o direito interno são utilizados diversos instrumentos que atuam como mecanismos de proteção, o mais conhecido deles denomina-se “Tratado”. Por isso, quando ratificado, apresenta-se como base normativa do sistema internacional, o que provoca diversos impactos aos Estados signatários.

A Convenção Americana disciplina e regulariza o processo de formação dos tratados, por isso também conhecida como a “Lei dos Tratados”, apesar de limitar-se a regular apenas os celebrados entre Estados e não aqueles que envolvam organizações internacionais⁷.

Ressalta-se que para regular os tratados em que são parte as organizações internacionais foi designada Conferência para tal fim, na cidade de Viena, que teve seus debates conclusos em 21 de março de 1986. No entanto, a Convenção de Viena sobre Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, ainda não entrou em vigor internacional por não ter atingido quórum mínimo de 35 ratificações de Estados, conforme determina seu artigo 85.⁸

A primeira regra a ser determinada pela Convenção de 1969 é a de que as normas constantes nos tratados são aplicáveis somente aos Estados partes - àqueles que consentiram sua adoção - sendo vedada a criação de obrigações a outros Estados. Dessa forma, os Estados

⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p.70.

⁸ MAZZUOLI, Valério. *Direito dos Tratados*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5707-0/cfi/6/10>>. Acesso em: 09 de ab. de 2017.

que ratificam um tratado se comprometem a respeitar as obrigações nele estabelecidas, e de imediato, devem adotar medidas internas para sua efetivação.

Vê-se, assim, a necessidade de vigorar indubitavelmente entre as partes o princípio da boa-fé. Pois, quando da ratificação de um tratado, o Estado contrai obrigações jurídicas no plano internacional, de acordo com o livre exercício de sua soberania, cabendo ao mesmo conferir plena observância ao tratado.

Para melhor ilustrar a responsabilidade estatal na esfera internacional por ratificação de um tratado, é mister trazer à baila o disposto nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena de 1969:

Artigo 26 - todo tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé, “pacta sunt servanda”.

Artigo 27 – Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado.⁹

Contudo, podemos afirmar que as leis internas, os textos constitucionais e os tratados internacionais são fontes jurídicas heterogêneas, que não se excluem mutuamente, mas se complementam para ao final melhor proteger os direitos humanos¹⁰.

Assim, reiterando a concepção de que os tratados apresentam força jurídica obrigatória e vinculante, resta frisar que a violação de alguma das obrigações dispostas no tratado gera responsabilidade internacional do Estado violador.

2.2. – INTEGRAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO

Além do procedimento internacional de celebração de tratado existe, ainda, uma processualística interna de conclusão dos atos internacionais, que responsabiliza os Estados a

⁹ BRASIL, Decreto nº 7.030/2009. *Convenção de Viena sobre Direitos Humanos*. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 30 de mai. de 2017.

¹⁰ MONTEIRO, Marco Corrêa. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 151.

manter dentro de seu Direito interno um sistema de integração de normas internacionais por eles subscritas.¹¹

A Convenção de Viena estabelece, em linhas gerais que o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado pode ser expresso mediante a assinatura, troca de instrumentos constituintes do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou através de qualquer outro meio acordado.¹²

As exigências para a formação de um tratado são indetermináveis, pois a sistemática que concerne ao exercício do poder de celebrá-los fica a critério de cada Estado. No entanto, a conduta estatal em assinar um Tratado deve estar intimamente ligada à boa fé por demonstrar a sociedade internacional pretensão em engajar-se definitivamente nele, criando expectativa de futura ratificação. Por isso, neste interim (da ratificação ou não), o Estado tem o dever de proceder com coerência os objetivos e propósitos dispostos no tratado em que fora assinado.

Nos ensinamentos de Rebecca M.M. Wallace, citada pela professora Flávia Piovesan:

A simples assinatura pode ser suficiente para obrigar os Estados. Mas, frequentemente, a assinatura ad referendum é exigida, por exemplo, quando a assinatura fica sujeita à ratificação posterior. Embora não apresente efeito jurídico, o ad referendum expressa uma aprovação política, bem como a obrigação moral de ratificação. No Direito Internacional, a ratificação se refere à subseqüente confirmação formal (após a assinatura) por um Estado, de que está obrigado a cumprir o tratado. Entre a assinatura e a ratificação, o Estado está sob a obrigação de obstar atos que violem os objetivos ou os propósitos do tratado¹³.

No Brasil, o processo de formação dos tratados inicia-se com os atos de negociação e assinatura do tratado, que conforme dito alhures, tal assinatura corresponde um

¹¹ MAZZUOLI, Valério. *loc. cit.*

¹² BRASIL, Decreto nº 7.030/2009. *Convenção de Viena sobre Direitos Humanos*. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Art. 11 a 17. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/conv_viena.html>. Acesso em 15 mai. 2017.

¹³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 315.

mero exercício de concordância com as formalidades finais do tratado, demonstrando que este é autêntico e definitivo.

A Constituição de 1988 determina em seu art. 84, VIII ser competência privativa do Presidente da República a celebração de tratados. Por outro lado, determina em seu art. 49, I, a competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre eles.

Por isso, em que pese assinatura pelo Poder Executivo, para que o tratado tenha efetividade deve ser apreciado e aprovado pelo Poder Legislativo. Em sequência, há necessidade de ratificação pelo Chefe do Poder Executivo, que corresponde a subsequente confirmação formal pelo Estado de obrigação ao tratado.

Sendo assim, em razão da ordem ora em foco, podemos estabelecer que o fato de um dispositivo suceder ao outro (assinatura – ratificação) indica uma sutil diferença, tendo em vista que o Estado pode deixar de ratificar um tratado ainda que aprovado pelo Congresso Nacional, por se tratar de um ato discricionário e fundamental para que o tratado passe a ter obrigatoriedade definitiva em âmbito internacional e interno.

Dessa forma, nota-se claramente a existência de um controle de constitucionalidade a ser realizado de forma recíproca entre os poderes, posto quando atribuído ao Presidente da República o poder de celebrar os tratados e ao Congresso Nacional competência para apreciá-los e resolver definitivamente sobre eles.

Nesse contexto, para melhor exemplificar a instituição desse controle, trar-se-á à colação o magistério da professora Flávia Piovesan, citando o jurista e professor Louis Henkin:

A respeito dessa sistemática constitucional acerca do poder de celebrar tratados, observa Louis Henkin: Com efeito, o poder de celebrar tratados — como é concebido e como de fato se opera — é uma autêntica expressão do constitucionalismo; claramente ele estabelece a sistemática de ‘checks and balances’. Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Presidente, mas apenas mediante o referendo do Legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder. Para os constituintes, o motivo principal da instituição de uma particular forma de ‘checks and balances’ talvez fosse o de proteger o interesse de alguns Estados, mas o resultado foi o de evitar a

concentração do poder de celebrar tratados no Executivo, como era então a experiência europeia¹⁴.

Portanto, conclui-se que tal controle é consagrado pela Constituição de 1988 com o propósito de evitar que sejam envolvidos interesses pessoais ou políticos na celebração de tratados.

A grande dificuldade da República Federativa do Brasil se dá quanto à classificação hierárquica dos tratados perante as demais leis do ordenamento jurídico brasileiro.

De todo modo, é necessário que se reconheça três conjuntos normativos: (1) o infraconstitucional – as leis; (2) o texto constitucional e o (3) internacional - tratados internacionais, tampouco podendo ser ignorada a hierarquia existente entre eles¹⁵.

Contudo, considerando a diversidade de fontes normativas existentes não há como negar a existência de constantes conflitos advindos das relações entre si.

Embora apreciadas questões atinentes à celebração e a incorporação dos tratados no ordenamento jurídico interno, é imprescindível abordar a posição hierárquica atualmente admitida, que vige em meio a acaloradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, tendo como consequência o advento da reforma constitucional disposta pela EC nº 45 de 2004.

2.2.1 - O TRATO DA QUESTÃO ANTES E DEPOIS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº45

Os tratados internacionais de direitos humanos quando ratificados, promulgados e publicados, devem necessariamente obter um espaço no ordenamento jurídico, passando a integrar o arcabouço normativo interno e conseqüentemente produzir efeitos na ordem

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p.59.

¹⁵ MONTEIRO, Marco Corrêa. *Op. cit.* p. 110.

doméstica. Em consequência disso, deve ser estipulada a posição hierárquica que será adotada no relacionamento dos tratados com as demais normas nacionais.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal conferia aos tratados internacionais, o *status* de norma infraconstitucional (ou *supralegal*), independente de seu conteúdo versar sobre direitos humanos ou não, destacando a primazia do Direito Internacional frente ao ordenamento jurídico interno.

No entanto, em primeiro de junho de 1977, deixando de lado antigos precedentes de que leis internas não poderiam revogar tratados anteriormente concluídos, o Supremo retrocedeu a sua linha de pensamento dominante, dando origem ao julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004 pelo voto vencido do Ministro Xavier de Albuquerque:

RE 80.004 / SE – SERGIPE. Ementa: Convenção de Genebra, lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias - aval aposto a nota promissória não registrada no prazo legal - impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do decreto-lei nº 427, de 22.01.1969. Embora a convenção de genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do dec-lei nº 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi aposto. Recurso extraordinário conhecido e provido. Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE. Julgamento: 01/06/1977.¹⁶

À época, uma vez formalizado, o tratado passava a ter força de lei ordinária, aplicando-se o critério a *lex posterior derogat priori* em caso de conflitos entre os tratados internacionais e as normas internas.

Contudo, não se atentavam os Tribunais para o fato de que os tratados possuem sua forma própria de revogação – pela denúncia -, e nem de que o descumprimento de um tratado assumido em plano externo acarretaria em responsabilidade internacional do Estado.

Em que pese o posicionamento firmado do Supremo Tribunal Federal, a natureza hierárquica dos tratados voltou a ganhar destaque com o advento da Constituição de 1988, que

¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.004*. Relator: Min. Xavier deAlbuquerque, Julgamento: 01/06/1977, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

prescreve em seu artigo 5º, parágrafo segundo, que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais [...]”¹⁷, o que criou inúmeras divergências entre os Ministros.

Dessa disposição afloraram inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais que deram ensejo a quatro correntes doutrinárias, quais sejam: a) a vertente que reconhece a natureza jurídica supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais; c) o status de lei ordinária a esse tipo de documento internacional; d) a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos.

18

Apesar das acaloradas discussões, a grande divergência doutrinária paira em torno dos posicionamentos que atribuem valor constitucional e supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos, restando superados os demais¹⁹.

Conforme previsto no artigo 5º, §1º da Constituição Federal: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”²⁰. Por sua vez, leciona a professora Flávia Piovesan: “os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias, conclui-se que tais normas merecem aplicação imediata.”²¹

Sendo assim, na perspectiva da sobredita mestra, a incorporação dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos tornou-se imediata, sendo desnecessário ato

¹⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 de jun. 2017.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 700-701.

¹⁹ BARBOSA NETO, Antônio José. *Audiência de custódia: o delegado de policia e a interpretação às avessas da convenção americana de direitos humanos*. 2015. Trabalho de conclusão de curso (bacharelado em direito), Centro Universitário Fluminense - UNIFLU, Campos dos Goytacazes, 2015.

²⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 de jun. 2017.

²¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p.155.

complementar para integração do tratado. E, em consequência disso, qualquer norma interna preexistente ao tratado que seja com ele incompatível perde sua eficácia automaticamente.

Nesse mesmo sentido, disciplina o magistério do professor Valério Mazzuoli, citando os autores Hildebrando Accioly e André G. Pereira e Fausto Quadros:

[...] os tratados internacionais comuns ratificados pelo Estado brasileiro é que se situam num nível hierárquico intermediário, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (posto não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). Quanto aos tratados de direitos humanos, entendemos que os mesmos ostentam o status de norma constitucional, independentemente do seu eventual quórum qualificado de aprovação²².

Noutro plano, a *contrario sensu*, o Ministro Gilmar Mendes defende a tese de que os tratados de direitos humanos estariam num nível hierárquico intermediário: abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional, conferindo o *status* de supralegalidade aos tratados internacionais sobre direitos humanos.

Para melhor ilustrar, é imperioso consignar o entendimento do Ilmo. Ministro supramencionado:

[...] parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos, segundo a qual “os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade”²³.

Tese essa que saiu vitoriosa quando proferida decisão pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº466.343 que dispôs sobre a inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel, resultando, também, na criação jurisprudencial a respeito do *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, conferindo a esses *status* de norma supralegal, polêmica que perdurava em desarmonia no pretório excelso.²⁴

²² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *loc. cit.*

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário no 349.703-1/RS*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 03 de jun. 2017.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466.343*. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em 30 de mai. de 2017.

Com o advento da Emenda Constitucional nº45 de 2004, e operando uma interpretação sistemática com o ordenamento jurídico doméstico de aprovação de leis, conclui-se que há duas formas de implantação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno.

A primeira delas corresponde aos tratados que possuem status de lei ordinária, por adentrar no ordenamento jurídico pátrio por duas votações por maioria simples do Congresso Nacional. E a segunda, disposta no artigo 5º da Constituição parágrafo terceiro:

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, **serão equivalentes às emendas constitucionais.**²⁵ (grifos nossos).

Frisa-se que seu advento teve como principal objetivo por fim às divergências que giravam em torno da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito interno. Porém, as alterações levadas a cabo pela EC nº 45 não foram suficientes para acabar com tais divergências, ao revés, deram espaço para mais discussões.

O cerne do art. 5º, § 3º, da Constituição é a expressão “serão equivalentes às emendas constitucionais”²⁶, que relaciona-se, diretamente, a consequência atribuída aos tratados de direitos humanos aprovados conforme o procedimento previsto.

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, supramencionado, decidiu por atribuir característica de supralegalidade aos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico interno antes da EC nº 45, considerando, sobretudo, o princípio da supremacia formal e material da Constituição da República sobre o ordenamento jurídico.

²⁵ BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Artigo 5º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 de mai. 2017.

²⁶ *Ibidem, loc. cit.*

Por essa linha de pensamento, o Ministro Gilmar Mendes rejeitando a posição que defende a característica constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, assevera que:

Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que a discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, **esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional n. 29/2000)**, a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.(...)

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada pela adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei n. 911, de 1º-10-1969.

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916.” **(grifos nossos).**²⁷

O Supremo Tribunal Federal inclinou-se no sentido de indicar como supralegal, os tratados que foram aprovados antes da EC 45, que incluiu o parágrafo 3º no art. 5º da Constituição Federal. No entanto, esta mesma Corte entendeu que os tratados com *status* de emenda constitucional em confronto com outro de mesmo *status*, aplicar-se-ia o mais favorável à vítima ou aquele mais amplo.

Não obstante, outra questão que causa desconforto é a de conferir status de emenda constitucional aos tratados internacionais incorporados no ordenamento jurídico

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n° 466.343*. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em 30 de mai. de 2017.

interno. Sobretudo pelo fato de que, se tal matéria versa sobre cláusula pétrea, estamos diante de uma cláusula imutável, considerando que não pode esta ser restringida, mas apenas ampliada. Dessa forma, o Brasil estaria obrigado infinitamente a cumprir os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos a qual ratificou, ao contrário de outros países que ratificarem os mesmos tratados.

Ainda na vertente das inovações trazidas pela Emenda n° 45, podemos dizer que além do controle de constitucionalidade, veio à tona um novo tipo de controle das normas de Direito Interno: o controle de *convencionalidade* das leis.

Tal controle se relaciona principalmente à produção e aplicação da normatividade interna, buscando a compatibilização vertical das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos.²⁸

Para melhor exemplificar, faz-se necessário registrar a elucidação do professor Valério de Oliveira Mazzuoli:

[...] apenas quando existe afronta à Constituição mesma é que pode haver controle de constitucionalidade propriamente dito. Ainda que os tratados de direitos humanos (material e formalmente constitucionais) sejam equivalentes às emendas constitucionais, tal não autoriza a chamar de controle “de constitucionalidade” o exercício de compatibilidade vertical que se exerce em razão deles, notadamente no caso de o texto constitucional permanecer incólume de qualquer violação legislativa (ou seja, no caso de a lei não violar a Constituição propriamente, mas apenas o tratado de direitos humanos em causa). Em suma, deve-se chamar de controle de constitucionalidade apenas o estrito caso de (in)compatibilidade vertical das leis com a Constituição, e de controle de convencionalidade os casos de (in)compatibilidade legislativa com os tratados de direitos humanos (formalmente constitucionais ou não) em vigor no país.”²⁹

Esse controle pode ser verificado de forma concentrada ou difusa, dependendo do procedimento adotado pelo Estado brasileiro após a ratificação de um tratado ou Convenção.

²⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos Tratados*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5707-0/>>. Acesso em: 23 de jun. 2017.

²⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

Ou seja, se o texto ratificado se submeter ao procedimento previsto no §3º do artigo 5º da Constituição, haverá o controle concentrado, caso contrário, haverá apenas o controle difuso.

No controle normativo concentrado a competência para o exame e rejeição da norma é do STF, cabendo a Corte examinar tão somente questões atinentes a convencionalidade ou inconvencionalidade da lei, que se rejeitada perderá sua validade.

Assim, qualquer norma que desrespeitar Tratado ou Convenção internacional sobre direitos humanos, aprovada nos termos do §3º do artigo 5º da CF, pode ser questionada ao STF pelos legitimados³⁰ em ação de controle concentrado (v.g. ADI, ADPF, ADC).

A *contrario sensu*, no controle normativo difuso de normas qualquer juiz ou tribunal – inclusive o STF – possui competência de exame e rejeição, podendo arguir a inconvencionalidade da norma se assim a considerar. Em suma, esse controle está sempre relacionado a algum conflito jurídico concreto (v.g., a juridicidade de um ato estatal), que deve ser previamente esclarecido e decidido como questão prejudicial relacionada à convencionalidade e vinculatividade da norma, relevante para a decisão.

No entanto, o reconhecimento incidental da inconvencionalidade e nulidade de uma lei, mediante controle difuso, somente conduz a não aplicação ao caso concreto em exame.

Posto isso, entendemos que no Brasil há de se distinguir quatro modalidades de controle, a saber, o de legalidade, de supralegalidade, de convencionalidade, e o de constitucionalidade.

³⁰ BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Artigo 103: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 de jun. de 2017.

3. – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

3.1 – CONCEITO

No ano de 2011, nova e polêmica alteração de nosso Código de Processo Penal foi apresentada no Senado Federal, sob a justificativa de uma necessária adequação do Brasil aos tratados e convenções internacionais por ele firmados.³¹

Referimo-nos, portanto, ao Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, apresentada pelo Senador Antônio Carlos Valadares, que prevê a apresentação imediata de toda pessoa presa em flagrante à autoridade judicial, alterando o parágrafo primeiro artigo 306 do Código de Processo Penal, conferindo-lhe a seguinte redação:

Art. 306. [...]

§ 1º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado 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.³²

Eis que surge no cenário brasileiro a audiência de custódia, nome escolhido pela doutrina pátria ao ato que comportaria tal apresentação.

O emérito Defensor Público Federal e membro do Grupo de Trabalho da União sobre Presos, professor Caio Paiva, assim conceitua a audiência de custódia:

A audiência de custódia consistente na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir do prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato de legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura³³.

³²BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=95848&tp=1>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

³³ PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro*. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p.31.

Semelhante hipótese pode ser encontrada no Código Eleitoral brasileiro (Lei nº 4.737, de julho de 1965) que determina em seu artigo 236, §2º a imediata apresentação judicial de toda pessoa presa, em flagrante ou não, para que seja averiguada a legalidade daquele ato:

Artigo 236, § 2º. Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator³⁴.

Apesar da semelhante redação desse dispositivo com o conceito da audiência de custódia, podemos encontrar divergências no tocante à finalidade.

A apresentação do preso ao Juiz Eleitoral destina-se a apurar o fato punível em tese praticado. Ao contrário, o propósito da audiência de custódia consiste na análise da legalidade da prisão e ao tratamento fornecido pelas autoridades envolvidas ao sujeito privado de sua liberdade, sendo vedada qualquer manifestação que possa influenciar na análise do mérito, quando levantadas questões atinentes ao fato ora praticado³⁵.

Outra diferença se dá pela desnecessidade da prisão em flagrante na Justiça Eleitoral, pois a pronta apresentação do preso à autoridade judicial deve se dar em qualquer tipo de prisão, seja ou não em flagrante.

Por oportuno, podemos destacar que tais dispositivos assemelham-se no tocante à forma em que vem sendo regulamentado. Isso porque, em cada período eleitoral é criado administrativamente pelo Tribunal Superior Eleitoral um modelo de persecução penal primária, diverso do previsto no Código de Processo Penal, causando sérios problemas de ordem técnica.

Contudo, encontramos ainda, outra hipótese semelhante à audiência de custódia prevista no antigo Código de Menores (Lei nº 6.697, de 1979), que determinava a

³⁴ BRASIL. *Código Eleitoral Brasileiro, Lei nº 4.737, de 1965*. Brasília, DF: Presidente da República, 1965. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. Acesso em: 30 mai. 2017.

³⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. 2º ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2015, p. 20.

apresentação de toda pessoa menor de 18 anos a autoridade judicial quando envolvida em prática de infração penal, denominada pela legislação como *audiência de apresentação*³⁶.

Dando continuidade ao Código de Menores, o atual Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 1990) manteve a preocupação com a rápida apresentação dos menores apreendidos, modificando apenas quanto à autoridade competente para recebê-los, que fora atribuída ao Ministério Público, atuando como órgão de defesa dos direitos da infância e juventude.

Portanto, considerando que tal apresentação não é realizada por autoridade judicial, não se confunde com a audiência de custódia, inclusive por não ter o propósito de reparar qualquer ilegalidade na apreensão do menor ou fazer cessá-la diante sua desnecessidade³⁷.

De todo modo, podemos afirmar que a audiência de custódia visa assegurar direitos e garantias das pessoas presas em flagrante, funcionando como mecanismo de controle sobre a atividade de persecução penal, – aquela realizada pelas instituições encarregadas dos atos anteriores ao encarceramento – visando evitar suposta incidência de tortura ou maus tratos. Sobre tudo, deve a autoridade judicial que presidir a apresentação do indivíduo, averiguar ainda a legalidade da prisão, bem como sua necessidade.

3.2. – PREVISÃO NORMATIVA

O instituto da audiência de custódia vem recebendo inúmeras manifestações de apoio e de contrariedade por parte de instituições públicas e representativas de segmentos da sociedade civil.

³⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. 2º ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2015, p.21.

³⁷ PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro*. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 33.

A doutrina majoritária sustenta que a Audiência de custódia goza de previsão normativa em inúmeros tratados internacionais, dentre eles estão a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Neste sentido, está o posicionamento do Professor e Defensor Público Federal, Caio Paiva:

A previsão normativa da referida garantia é encontrada em diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Vejamo-los.
A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) prevê 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 (...)” (art. 7.5). O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), da mesma forma, estabelece que “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deveser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)” (art. 9.3). E a Convenção Europeia de Direitos Humanos, por sua vez, garante que “Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c) do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais (...)”(art. 5.3).³⁸

Dessa forma, o principal argumento utilizado pelas instituições favoráveis a implantação da referida audiência, enfatizam-se na necessária adequação do regimento interno brasileiro com os Tratados Internacionais e Convenções por ele ratificado.

Contudo, as instituições contrárias sustentam não passar de uma interpretação equivocada dada a conceitos jurídicos indeterminados, quando da leitura dos Tratados e Convenções – os que a doutrina favorável alega ter referência com o instituto da audiência de custódia - onde a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos diverge em suas decisões a respeito, dentre outros argumentos.

No entanto, para esclarecer as questões polêmicas que norteiam a regulamentação do instituto da audiência de custódia, serão abordadas as tratativas a respeito com maior apreço no próximo capítulo.

Insta dizer que as inúmeras discussões – doutrinárias e institucionais - engajadas ao instituto da audiência de custódia, acabaram por gerar uma estagnação do PLS nº554 de 2011 - Projeto de Lei proposto pelo Senador Antônio Carlos Valadares, que visa à

³⁸PAIVA, Caio. *Op.cit.* p.31.

regulamentação da audiência de custódia, mencionado outrora – em sua casa legislativa de origem.

Em consequência disso, o Poder Judiciário brasileiro passou a emitir suas primeiras decisões, por ora entendendo pela realização da audiência de custódia – sob o argumento da necessidade de assegurar direitos expressos em Tratados Internacionais e Convenções que ratificados pelo Brasil -, ora entendendo por sua desnecessidade, enaltecendo direitos constitucionais e infraconstitucionais já assegurados.

Desta feita, proveitosamente, essa indefinição em âmbito Legislativo tornou-se pivô para diversas manifestações defensivas objetivando o relaxamento da prisão de indivíduos presos em flagrantes.³⁹

O Conselho Nacional de Justiça deu início, em fevereiro de 2015, a um projeto-piloto junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, para realização da audiência de custódia a título experimental naquele estado, o que resultou em grande influência para outros Tribunais de Justiça estaduais à adesão do projeto-piloto.

Contudo, por não haver obrigatoriedade em seguir o modelo adotado pelo TJSP, cada um dos Tribunais emitiram suas próprias regulamentações, acarretando pequenas modificações no modelo apresentado inicialmente, o que acabou por provocar uma enorme desigualdade de tratamento entre os presos do país.

Diante dessa realidade bipartida, com intuito de dar fim à quebra da isonomia verificada pela multiplicidade de regulamentações estaduais, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, regulamentando a audiência de custódia minuciosamente no país e as consequências pertinentes ao depoimento prestado pelo

³⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Op. cit.* p.12.

indivíduo encarcerado, com respaldo no julgamento da ADPF 347 proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL⁴⁰, a saber:

O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), deferiu a cautelar em relação à alínea “b”, para **determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão**, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia; em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos, vencidos, em menor extensão, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixavam prazo de até 60 (sessenta) dias, a contar da publicação desta decisão, para que a União procedesse à adequação para o cumprimento do que determinado; indeferiu as cautelares em relação às alíneas “a”, “c” e “d”, vencidos os Ministros Relator, Luiz Fux, Cármen Lúcia e o Presidente, que a deferiam; indeferiu em relação à alínea “e”, vencido, em menor extensão, o Ministro Gilmar Mendes; e, por unanimidade, indeferiu a cautelar em relação à alínea “f”; em relação à alínea “g”, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal julgou prejudicada a cautelar, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que a deferiam nos termos de seus votos. O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), que reajustou seu voto, e os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 09.09.2015”.⁴¹

O caráter nacional da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça provocou a derrogação dos demais atos regulatórios emitidos pelos Tribunais estaduais, que aderiram ao projeto-piloto anteriormente proposto. A despeito disso, tal resolução ampliou a legitimidade dos sujeitos beneficiários da apresentação judicial, incluindo expressamente em seu artigo 13 àqueles presos a título cautelar ou definitivo:

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de

⁴⁰ O Partido de Socialismo e Liberdade – PSOL- ajuizou arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 347) buscando, entre outros pedidos, que todos os juízes e Tribunais realizassem a audiência de custódia, cujo prazo para apresentação do preso seria de 24 horas a partir de sua prisão. Foi deferida a medida cautelar por maioria, tornando obrigatória a implantação da audiência de custódia em todo território nacional, nos termos da decisão proferida.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento ADPF nº 347*. Distrito Federal, em: 09/05/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 28/05/2017.

prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.⁴²

A inserção da audiência de custódia por ato normativo de Tribunal e as resoluções emitidas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, visando regulamentar o instituto da audiência de custódia no país independente de ato legislativo regulamentador, constitui grande alvo de críticas por estudiosos que apontam principalmente o disposto no artigo 22, I, da Constituição Federal, que determina ser reserva da União legislar em matéria Processual Penal.

Não obstante ao prosseguimento do Projeto de Lei 554 de 2011, o Plenário aprovou em primeiro turno as Emendas nº 1-CCJ, 2-CCJ, 5-CCJ, 11-CCJ e 13-CCJ, propostas pelo Parecer nº 876, de 2016-CDIR, promovendo alterações nos artigos 304, 306 e 350 do CPP⁴³. Em turno suplementar, no dia 30 de novembro de 2016, momento em que foram apresentadas diversas emendas ao PLS em questão, o Senado Federal decidiu manter a aprovação do Parecer nº876, de 2016-CDIR, acolhendo também as Emendas nº 18-PLEN, 19-PLEN e 20-PLEN, do Senador Aloysio Nunes, e 24-PLEN a 25-PLEN, do Senador Lindbergh Farias, restando prejudicadas as demais⁴⁴.

Contudo, o PLS 554 de 2011 que originalmente promovia alteração apenas ao artigo 306 do CPP ganhou diversas alterações, acabando por modificar também o artigo 304 do CPP, prosseguindo com a seguinte redação:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 304: Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita,

⁴² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 28/05/2017.

⁴³ BRASIL. Senado Federal. *Parecer nº 876 de 2016*. Redação final do Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. Diário do Senado Federal nº198. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4452404&disposition=inline>. Acesso em: 29 de mai. 2017.

⁴⁴ *Ibidem, loc. cit.*

colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

§ 5º O preso tem o direito de ser assistido por defensor, público ou particular, durante seu interrogatório policial, podendo-lhe ser nomeado defensor dativo pela autoridade policial que presidir o ato.

§ 6º Todo preso será submetido a exame de corpo de delito cautelar, realizado por perito-médico oficial, onde houver, ou por médico nomeado pela autoridade policial, preferencialmente da rede pública de saúde.

§ 7º Após a lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, proceder-se-á na forma do art. 306 deste Código, ficando o preso à disposição do juiz competente, em estabelecimento prisional previsto na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).” (NR)

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente pela autoridade policial responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público, à Defensoria Pública, quando o autuado não indicar advogado, e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, a autoridade policial encaminhará o auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público e, caso o autuado não indique advogado, à Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo estabelecido no § 1º, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, a respectiva capitulação jurídica e os nomes do condutor e das testemunhas.

§ 3º Caso haja alegação de violação aos direitos fundamentais do preso, a autoridade policial, imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante, determinará, em despacho fundamentado, a adoção das medidas cabíveis para preservar a integridade do preso, bem como a apuração das violações apontadas, instaurará de imediato inquérito policial para apuração dos fatos e, se for o caso, requisitará a realização de perícias e exames complementares e determinará a busca de outras fontes de prova cabíveis.

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

§ 5º Antes da apresentação do preso ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio por advogado ou defensor público, em local reservado para garantir a confidencialidade, devendo ser esclarecidos por funcionário credenciado os motivos e os fundamentos da prisão e os ritos aplicáveis à audiência de custódia.

§ 6º Na audiência de custódia de que trata o § 4º, o juiz ouvirá o Ministério Público – que poderá requerer, caso entenda necessária, a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão –, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310.

§ 7º A oitiva a que se refere o § 6º será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e a necessidade da prisão, a ocorrência de tortura ou de maus-tratos e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 8º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado – ou, se o preso não tiver ou não indicar advogado, na de defensor público – e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no § 7º, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310.

§ 9º É vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia.

§ 10. O prazo previsto no § 4º para a apresentação do preso perante o juiz competente poderá ser estendido para, no máximo, 72 (setenta e duas) horas, mediante decisão fundamentada do juiz, em decorrência de dificuldades operacionais da autoridade policial.

§ 11. Excepcionalmente, por decisão fundamentada do juiz competente e ante a impossibilidade de apresentação pessoal do preso, a audiência de custódia poderá ser realizada por meio de sistema de videoconferência ou de outro recurso tecnológico

de transmissão de som e imagem em tempo real, respeitado o prazo estipulado no § 10.

§ 12. Quando se tratar de organização criminosa, nos termos definidos pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, a autoridade policial poderá deixar de cumprir os prazos estabelecidos nos §§ 4º e 10, desde que, dentro daqueles prazos, designe, em acordo com o juiz competente, data para a apresentação do preso em no máximo 5 (cinco) dias.

§ 13. Na impossibilidade, devidamente certificada e comprovada, de a autoridade judiciária realizar a inquirição do preso, quando de sua apresentação, no prazo estabelecido no § 4º, a autoridade custodiante ou a autoridade policial, por meio de seus agentes, tomará recibo do serventuário judiciário responsável, determinará sua juntada aos autos, retornará com o preso e comunicará o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública, se for o caso, e ao Conselho Nacional de Justiça.

§ 14. Na hipótese do § 13, a audiência de custódia deverá ser obrigatoriamente realizada no primeiro dia útil subsequente à data constante do recibo, devendo a autoridade custodiante ou a autoridade policial, sob pena de responsabilidade, reapresentá-lo na data indicada.

§ 15. Em caso de crime de competência da Polícia Federal, quando o Município do local de lavratura do flagrante delito não coincidir com sede da Justiça Federal, a autoridade custodiante ou a autoridade policial federal determinará a seus agentes que conduzam o preso ao juízo de direito do local de lavratura da peça flagrantial no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas, que serão encaminhados ao Ministério Público e, caso o autuado não indique advogado, à Defensoria Pública. (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor: I – na data de sua publicação, nos Municípios que forem sede de comarca; II – após decorridos 12 (doze) meses de sua publicação oficial, nos demais⁴⁵.

Insta mencionar, que o texto oficial do Projeto de Lei fora remetido à Câmara dos Deputados para revisão, no dia 06 de dezembro de 2016, após aprovação em Plenário, nos termos do artigo 65 da Constituição Federal.⁴⁶

3.3 – A *RATIO ESSENDI* DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O conceito atribuído à audiência de custódia está intimamente ligado às finalidades que a mesma propõe. A primeira delas se refere necessidade de ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

⁴⁵ BRASIL. Senado Federal, *Parecer n.º 927 de 2016* - Redação final do Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. *Diário do Senado Federal n.º 198*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4452595&disposition=inline>>. Acesso em: 29 de mai. 2017.

⁴⁶ BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Art. 65 dispõe que: O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 de mai. 2017.

Conforme dito outrora, a doutrina majoritária e as instituições favoráveis à implantação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro asseguram que esse novel instituto possui previsão normativa na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), mais precisamente no bojo de seu artigo 7, item 5, dentre outros tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Por esse entendimento, considerando que o Brasil é signatário da referida Convenção desde 1992, a previsão da audiência de custódia não é uma inovação no ordenamento jurídico interno. Assim, estaria o Estado em contínuo descumprimento de norma internacional, enquanto da não implantação do instituto no ordenamento jurídico interno, sujeito a sanções em âmbito internacional.

Outra finalidade da audiência de custódia, diz respeito à prevenção da tortura policial, que visa assegurar a efetivação do direito à integridade pessoal do indivíduo privado de sua liberdade, funcionando como um mecanismo de controle à persecução penal realizada pelo estado, especialmente sobre as instituições encarregadas de executar os atos de investigação criminal e os anteriores ao encarceramento do indivíduo.

A tese defensiva para essa finalidade consiste no argumento de que o lapso temporal alargado para o contato direto do preso com magistrado, permitiria o desaparecimento de vestígios de lesões eventualmente causadas no momento da captura.

Na visão do professor Caio Paiva, não se pode esperar que a audiência de custódia, por si só, elimine a tortura policial, por se tratar de uma prática que atravessa todo período ditatorial, persistindo nos tempos atuais. Dessa forma, aduz que:

A medida pode contribuir para a redução da tortura policial num dos momentos mais emblemáticos para a integridade física do cidadão, o qual corresponde às primeiras horas após a prisão, quando o cidadão fica absolutamente fora de custódia, sem proteção alguma diante de (provável) tortura policial.⁴⁷

⁴⁷PAIVA, Caio. *Op. cit.* p. 37.

Cabe ainda, abordarmos uma terceira finalidade da audiência de custódia, que se refere ao propósito de identificar prisões ilegais, arbitrárias ou, por ventura, desnecessárias, pelo juiz que presidir a apresentação.

Nesse contexto, segue a lição do professor Gustavo Badaró, que encara o Juízo a ser realizado na audiência de custódia, como um juízo “complexo ou bifronte”.

Não se destina apenas a controlar a legalidade do ato já realizado, mas também a valorar a necessidade e adequação da prisão cautelar, para o futuro. Há uma atividade retrospectiva, voltada para o passado, com vista a analisar a legalidade da prisão em flagrante, e outra, prospectiva, projetada para o futuro, com o escopo de apreciar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, ou de sua substituição por medida alternativa a prisão ou, até mesmo, a simples revogação sem imposição de medida cautelar.⁴⁸

Segundo o emérito Defensor Público Federal Caio Paiva, essa terceira finalidade apresenta utilidade para solucionar casos excepcionais, que ensejam aplicação de prisão domiciliar, a exemplo de quando o agente for extremamente debilitado por motivo de doença grave ou se tratar de gestante. Nessa linha de pensamento, eis que exclama o seguinte raciocínio:

Embora o art. 318 do CPP exija “prova idônea” da ocorrência destas situações, certamente haverá casos nos quais a mera constatação visual/presencial do estado da pessoa permitirá que, homologado o flagrante e convertida a prisão preventiva, esta seja substituída por prisão domiciliar. Contrariaria o bom senso a condução de uma mulher em estágio avançado de gravidez para a unidade prisional apenas porque não se dispõe, ali, na audiência de custódia, do documento médico atestando suas condições pessoais.⁴⁹

Assim, interligadas as principais finalidades da audiência de custódia, mencionadas alhures, há de se destacar a existência de um discurso emergencial voltado ao combate do encarceramento em massa, tendo como propósito tirar o Brasil do 3º lugar no ranking dos países com maior população carcerária.⁵⁰

⁴⁸BADARÓ, Gustavo. *Parecer*. Disponível em: <https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%Aancia_de_cust%C3%B3dia>. Acesso em: 04 de jun. 2017.

⁴⁹ PAIVA, Caio. *Op. cit.* p. 40.

⁵⁰ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 29 de mai. 2017.

3.4 – AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O parágrafo quinto do artigo 7º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos estabelece a obrigação dos Estados em conduzir toda pessoa detida à presença de um juiz ou outra autoridade competente, para que, dentro de um prazo razoável, escolha por julgá-la ou conceda liberdade, sem prejuízo a continuação do processo.

No entanto, grande parte dos processualistas penais brasileiros, especialmente aqueles que defensores da audiência de custódia, atribuem interpretação ao Pacto que se mostra conveniente para a implementação da referida audiência no ordenamento jurídico, porém, não raras vezes diversa da conferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável pela interpretação e aplicação da CADH.

Uma das controvérsias pioneiras na jurisprudência da Corte IDH se dá na questão referente a quem o preso deve ser apresentado e, por conseguinte, o prazo máximo para que ocorra essa apresentação à autoridade judicial.

Posto isso, será objeto de análise, em um primeiro momento, o caso Acosta Calderón Vs Equador. Vejamos:

76. El artículo 7.5 de la Convención dispone que toda persona sometida a una detención tiene derecho a que una autoridad judicial revise dicha detención, sin demora, como medio de control idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales. El control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia.

77. Tanto la Corte Interamericana como la Corte Europea de Derechos Humanos han destacado la importancia que reviste el pronto control judicial de las detenciones. Quien es privado de libertad sin control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez⁶². La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que si bien el vocablo “inmediatamente” debe ser interpretado conforme a las características especiales de cada caso, ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención, porque esto quebrantaría el artículo 5.3 de la Convención Europea.

78. Tal y como lo ha señalado en otros casos, este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto⁶⁴. En primer lugar, los términos

de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El simple conocimiento por parte de un juez de que una persona está detenida no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente.

79. En el caso en análisis, el señor Acosta Calderón, al momento de su detención, sólo rindió declaración ante la Policía y un Fiscal, sin la presencia de su abogado. No consta en el expediente que el señor Acosta Calderón haya rendido declaración alguna ante un juez, sino hasta transcurridos casi dos años de su detención. En este sentido, el 8 de octubre de 1991 el mismo Tribunal de Lago Agrio expresó que “dentro del proceso no consta[ba el testimonio indagatorio de la presunta víctima], presumiéndose que el actuario de ese entonces no ha[bía] incorporado en el expediente dicha diligencia”, por lo que ésta se tomó el 18 de octubre de 1991 (supra párr. 50.23, 50.25 y 50.27).

80. En segundo lugar, un “juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales” debe satisfacer los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 8 de la Convención. En las circunstancias del presente caso, la Corte entiende que el Agente Fiscal del Ministerio Público que recibió la declaración preprocesal del señor Acosta Calderón no estaba dotado de atribuciones para ser considerado “funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales”, en el sentido del artículo 7.5 de la Convención, ya que la propia Constitución Política del Ecuador, en ese entonces vigente, establecía en su artículo 98, cuáles eran los órganos que tenían facultades para ejercer funciones judiciales y no otorgaba esa competencia a los agentes fiscales. Por tanto, el agente fiscal que actuó en el caso no poseía facultades suficientes para garantizar el derecho a la libertad y la integridad personales de la presunta víctima. Por ello, la Corte considera que el Estado violó en perjuicio del señor Acosta Calderón el derecho a ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, como lo requiere el artículo 7.5 de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 de la misma.⁵¹ **(grifo nosso)**

Ressalta-se que o Equador adotou em seu Código de Processo Penal o sistema de investigação criminal do juizado de instrução, ou seja, a investigação criminal é comandada por um juiz de instrução, inexistindo a figura do Delegado de Polícia, como no Brasil, ou sequer cargo equivalente a este.

No entanto, para que a utilização de um juizado da Corte possa servir de paradigma para interpretação e aplicação no ordenamento jurídico interno, é imprescindível que se assemelhe com a legislação pátria, sob pena de incorrer-se em um sofisma.

⁵¹CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS *Crf. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*, p. 26-27. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2017.

Outrossim, podemos observar mais um importante julgado capaz de corroborar a possibilidade de apresentação da pessoa presa a outra autoridade judicial que não o juiz:

118. Este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto. En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente. En el caso en análisis, el señor Tibi manifestó que rindió declaración ante un “escribano público” el 21 de marzo de 1996, casiseis meses después de su detención (supra párr. 90.22). En el expediente no hay prueba alguna para llegar a una conclusión diferente.

119. **En segundo lugar, un “juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales” debe satisfacer los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 8 de la Convención.** En las circunstancias del presente caso, la Corte entiende que el Agente Fiscal del Ministerio Público que recibió la declaración preprocesal del señor Tibi, de conformidad con el artículo 116 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, no estaba dotado de atribuciones para ser considerado “funcionario autorizado para ejercer funciones judiciales”, en el sentido del artículo 7.5 de la Convención, ya que que la propia Constitución Política del Ecuador, en ese entonces vigente, establecía en su artículo 98, cuáles eran los órganos que tenían facultades para ejercer funciones judiciales y no otorgaba esa competencia a los agentes fiscales. Asimismo, el agente fiscal no poseía facultades suficientes para garantizar el derecho a la libertad y la integridad personales de la presunta víctima.⁵² **(grifo nosso)**

Após leitura minuciosa dos julgados supramencionados, nota-se que o indivíduo privado de sua liberdade deve, sempre, ser conduzido à presença de autoridade estatal legitimada a decidir acerca da legalidade da detenção ou retenção, que pode ser o juiz ou outro funcionário autorizado por lei a exercer funções judiciais. Dessa forma, pode-se afirmar que o tratado internacional outorgou a presidência dessa apresentação não exclusivamente ao magistrado.

Ademais, há de se considerar o ordenamento jurídico interno de cada Estado, bem como as dificuldades estruturais que podem ser enfrentadas pelo Judiciário em examinar imediatamente a legalidade de toda e qualquer prisão em razão de suposta prática de crime. Por essa linha de pensamento, o Estado estaria autorizado, de acordo com o disposto no

⁵²CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Crf. Caso Tibi Vs. Ecuador*, p. 63-64. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2017.

tratado, a encarregar tal apresentação a outro funcionário que não juiz, desde que autorizado a exercer função jurisdicional.

Para melhor ilustrar essa disposição, trar-se-á a colação o seguinte precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

108. Este Tribunal considera que, para satisfazer a garantia estabelecida no artigo 7.5 da Convenção em matéria migratória, **a legislação interna deve assegurar que o funcionário autorizado pela lei para exercer funções jurisdicionais cumpra as características de imparcialidade e independência que deve reger todo órgão encarregado de determinar direitos e obrigações das pessoas.** Nesse sentido, o Tribunal já estabeleceu que ditas características não só devem corresponder aos órgãos estritamente jurisdicionais, senão que as disposições do artigo 8.1 da Convenção se aplicam também às decisões de órgãos administrativos. Toda vez que em relação a essa garantia corresponder ao funcionário a tarefa de prevenir ou fazer cessar as detenções ilegais ou arbitrárias, é imprescindível que dito funcionário esteja facultado a colocar em liberdade a pessoa se sua detenção for ilegal ou arbitrária.⁵³ **(grifo nosso).**

No mesmo sentido está o julgamento do caso “*Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*”:

135. **Com respeito ao artigo 7.5 da Convenção, o qual dispõe que a detenção deve ser submetida, sem demora, à revisão de um juiz ou outro funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais,** a Corte considerou que “cabe ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário e procurar, em geral, que se trate o detido de maneira consequente, com a presunção de inocência”, como uma “garantia dirigida a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, bem como para garantir os direitos à vida e à integridade pessoa”.

136. A Corte estabeleceu que a “Convenção Americana não estipula nenhuma limitação ao exercício da garantia disposta no artigo 7.5 da Convenção, com base nas causas ou circunstâncias pelas quais a pessoa é retida ou detida. Portanto, em virtude do princípio pro persona, esta garantia deve ser satisfeita sempre que exista uma retenção ou uma detenção de uma pessoa por causa de sua situação migratória, conforme os princípios de controle judicial e mediação processual. Para que constitua um verdadeiro mecanismo de controle frente a detenções ilegais ou arbitrárias, a revisão judicial deve realizar-se sem demora e de forma tal que garanta o cumprimento da lei e o gozo efetivo dos direitos do detido, tomando em conta sua especial vulnerabilidade.”

137. Além disso, a Corte considera que, em matéria migratória, “a legislação interna deve assegurar que o funcionário autorizado pela lei para exercer funções jurisdicionais cumpra as características de imparcialidade e independência que devem reger todo órgão encarregado de determinar direitos e obrigações das pessoas. Nesse sentido, a Corte já estabeleceu que estas características não apenas devem corresponder aos órgãos estritamente jurisdicionais, mas as disposições do artigo 8.1 da Convenção se aplicam também às decisões de órgãos administrativos.” **Toda vez que, em relação a esta garantia, cabe ao funcionário de migração a tarefa de prevenir ou fazer cessar as detenções ilegais ou arbitrárias, “é**

⁵³CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Crf. Caso vélez loor vs. Panamá*, p. 36-37. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf>. Acesso: 12 jun. 2017.

imprescindível que este funcionário esteja facultado para pôr a pessoa em liberdade caso sua detenção seja ilegal ou arbitrária.” (grifos nossos).⁵⁴

No tocante ao prazo para apresentação da pessoa detida, a Corte interamericana diverge alguns casos, devido ao conceito indeterminado – sem demora –, disposto no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos. À título de exemplo, podemos observar parte de alguns desses julgados:

Caso “*Lopez Alvarez Vs. Honduras*”:

89. No presente caso, a Comissão e os representantes alegaram que o senhor López Álvarez não foi levado perante um juiz competente. A suposta vítima manifestou, durante a audiência pública realizada na Corte, que prestou sua declaração preliminar perante a secretária do Juizado de Letras Seccional de Tela, a quem conhecia, e acrescentou que em nenhum momento, ao longo do processo, foi apresentado perante um juiz (par. 40.1.b supra).

91. **No presente caso ficou demonstrado que, em 28 de abril de 1997, o Ministério Público pôs o senhor López Álvarez à disposição do Juizado de Letras Seccional de Tela, e que, em 29 de abril de 1997,** a suposta vítima prestou declaração preliminar perante a Juíza do mencionado Juizado, conforme aparece na respectiva ata (par. 54.17 supra), na qual constam as assinaturas da Juíza Reina Isabel Najera, da secretária do juizado, senhora Adela E. Mejía Murillo e do senhor Alfredo López Álvarez, sem que exista prova suficiente que desvirtue a existência ou autenticidade da assinatura da Juíza ou a ausência desta na diligência judicial. Portanto, não se comprova a existência de uma violação ao artigo 7.5 da Convenção. **(grifo nosso).**⁵⁵

Caso “*Tibi vs Ecuador*”:

115. **Tanto la Corte Interamericana como la Corte Europea de Derechos Humanos han destacado la importancia que reviste el pronto control judicial de las detenciones.** Quien es privado de libertad sin control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez. **La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que si bien el vocablo “inmediatamente” debe ser interpretado conforme a las características especiales de cada caso,** ninguna situación, por grave que sea, otorga a las autoridades la potestad de prolongar indebidamente el período de detención, porque esto quebrantaría el artículo 5.3 de la Convención Europea.⁵⁶

Nessa esteira, seguem os ensinamos do Ilmo. Professor Gustavo Badaró, citando os professores Cecilia Medina e Miguel Àngel:

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Crf *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, p. 41-42. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf>. Acesso em: 13 de jun. 2017.

⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Crf *Caso Lopez Alvarez vs Honduras*. p. 39. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1fd1d4af1569a345e837bd0ce47ce9d9.pdf>>. Acesso em: 13 de jun. 2017.

⁵⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Crf *Caso Tibi Vs. Ecuador*, p. 63. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2017.

Na jurisprudência internacional, prevalece o posicionamento no sentido de que o termo “prontamente” deve ser interpretado “caso a caso, de acordo com suas características particulares”. Como explica Medina, normalmente, a legislação dos Estados Partes estabelecem os prazo de apresentação, que normalmente é de 24 ou 48 horas, podendo tal período servir de base ou padrão, para que a Corte considere se houve ou não violação do art. 7(5).

Por outro lado, tomando por base a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, Miguel Ángel Encinar del Pozo afirma que é possível estabelecer alguns critérios: (i) a Corte geralmente considera violada a Convenção quando o prazo da detenção excede o legalmente previsto no direito interno; (ii) a Corte costuma julgar com severidade a detenção sem apresentação perante a autoridade judicial quando se prolonga por período de 4 dias ou mais; (iii) a Corte não costuma aceitar como justificação para a ampliação ou prolongamento do prazo da detenção o fato de se tratar de luta contra o terrorismo ou o fato de as investigações policiais ainda não terem terminado.⁵⁷

Em âmbito global, o Comitê de Direitos Humanos da ONU manifestou que “um prazo de 48 horas é normalmente suficiente para trasladar a pessoa e preparar para a audiência judicial; todo prazo superior a 48 horas deverá obedecer a circunstâncias excepcionais e estar justificado por elas”.⁵⁸

4. – CRÍTICAS QUANTO À IMPLEMENTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO

4.1 – O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Não raras vezes, o Princípio da Reserva Legal é confundido ou não distinguido suficientemente do Princípio da Legalidade pelos doutrinadores e operadores do direito, talvez por estarem presentes no mesmo dispositivo constitucional, inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal de 1988, e também no art. 1º do Código Penal, que pouco difere em suas redações:

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:

⁵⁷ BADARÓ, Gustavo. *Parecer*. Disponível em: https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%Aancia_de_cust%C3%B3dia Acesso em: 13 de jun. 2017.

⁵⁸ Ibidem.

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;⁵⁹

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.⁶⁰

No entanto, o princípio da legalidade aponta no sentido de que se a conduta do agente não estiver prevista em lei, definindo-a como crime, não há do que se falar na existência deste e, por conseguinte, em sanção. Dessa forma, pode-se afirmar que a lei é a principal fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob ameaça de sanção. Assim, tudo o que não for expressamente proibido, é lícito em direito penal. Nesse mesmo sentido, assevera Paul Feuerbach:

I) Toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nullum poena sine lege*). Por isso, **só a cominação do mal pela lei é o que fundamenta o conceito e a possibilidade jurídica de uma pena.** II) A imposição de uma pena está condicionada à existência de uma ação cominada (*nulla poena sine crimine*). Por fim, **é mediante a lei que se vincula a pena ao fato**, como pressuposto juridicamente necessário. III) O fato legalmente cominado (o pressuposto legal) está condicionado pela pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consequentemente, o mal, como consequência jurídica necessária, será vinculado mediante lei a uma lesão jurídica determinada.⁶¹ **(grifos nossos).**

Acrescenta-se que, tal princípio está intimamente relacionado ao conceito de Estado de direito, - que teve a função retirar o poder absoluto da soberania – por exigir a subordinação de todos perante a lei. Significa, portanto, submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. Em brilhantes palavras, leciona o professor Paulo Bonavides:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.⁶²

⁵⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2017.

⁶⁰ BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Decreto Lei nº2.848, de 07 de dezembro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 16 de jun. 2017.

⁶¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal I*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p.172.

⁶² BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 141.

Isto posto, concluímos que o princípio da legalidade se apresenta de forma mais ampla, por permitir a adoção de quaisquer dos diplomas elencados no artigo 59 da Constituição Federal.⁶³

De outro lado, o Princípio da Reserva Legal opera de forma mais restrita e diversiva, por estatuir que a regulamentação de determinadas matérias sejam, necessariamente, realizadas por lei formal. Entretanto, o Princípio da Reserva Legal subdivide-se em Reserva legal absoluta e relativa.

A Reserva legal Absoluta ocorre quando a Constituição exige para regulamentação de certa norma a edição de lei formal, emanada do Congresso Nacional, nos trâmites do processo legislativo constitucional. Enquanto a Reserva legal Relativa, apesar da exigência de edição por lei formal, a Constituição permite que a lei estabeleça parâmetros de atuação do órgão administrativo, que poderá complementar a norma por ato infralegal, sempre respeitando os limites ou requisitos impostos.

Consoante a isto, a Constituição Federal de 1988 dispõe no bojo de seu artigo 22, a competência legislativa privativa da União para legislar em matéria de direito penal e processual penal:

Art. 22. **Compete privativamente** à União legislar sobre:

I - **direito** civil, comercial, **penal**, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

[...]

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.⁶⁴

Frisa-se que a ressalva do parágrafo único, trata da hipótese de autorização concedida pelo legislativo aos Estados para legislar sobre questões específicas. No entanto, é sabido que tal autorização deverá se referir apenas a questões específicas de apenas uma

⁶³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Artigo 59: Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII – resoluções. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 de jun. 2017.

⁶⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 de jun. 2017.

matéria, considerando que é vedada a delegação integral de matéria cuja competência é privativa da União.

Todavia, o instituto da audiência de custódia fora regulamentado nos entes federativos por ato administrativo, emanados pelo Poder Judiciário, restando claro vício formal de inconstitucionalidade dos mesmos, ante a competência legislativa conferida privativamente à União.

Os árdios defensores da audiência de custódia asseveram que o instituto em comento está previsto na cláusula 7.5 da CADH, e por esta tratar de normas que versam sobre Direitos humanos, teria aplicação imediata no ordenamento jurídico interno, consoante o disposto no artigo 5 §3º da constituição - redação dada pela emenda nº 45 de 2004.

Sobretudo, conforme o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil antes da sobredita emenda, possuem status supralegal e infraconstitucional, de acordo com sua natureza. De modo que, resta claro a impossibilidade de regulamentação direta do instituto, através de espécie normativa empregada pelo Poder Judiciário ou mesmo pelo Conselho Nacional de Justiça, tendo em vista que a Convenção Americana de Direitos Humanos fora ratificada antes ao advento da referida emenda.

Por isso, não se cogita aplicação do disposto no artigo 5, §1º da Constituição Federal⁶⁵, tendo em vista que não se tratam de normas constitucionais, carecendo, portanto, de regulamentação legal.

Para melhor exemplificar, é mister trazer à baila, recente decisão proferida em *Habeas Corpus*, pelo Relator José Damiano Pinheiro Machado Cogan, na 5º Vara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo:

⁶⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art.5º,§1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 de jun. 2017.

Não obstante o Pacto de San José da Costa Rica assegure o direito à audiência de custódia, nosso Código de Processo Penal não a prevê especificamente, não se podendo falar em nulidade se não existe norma cogente nesse sentido. O Pacto San José da Costa Rica entrou para a legislação brasileira através do Decreto nº 678/1992. O Brasil, inclusive, não aderiu aos arts. 43 e 48, alínea d, fazendo expressa menção. **Considerando que referido Decreto não ingressou para a legislação brasileira nos termos previstos pela Constituição Federal, em seu art. 5º, § 3º, onde ingressam como Emendas Constitucionais quando se tratar de matéria atinente a direitos humanos, desde que em cada Casa do Congresso Nacional tenha ocorrido em dois turnos sua aprovação, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, anotando-se que referida modificação foi acrescida pela EC nº 45/2004, não tem aplicação à hipótese referido parágrafo.** Dessa forma, tendo ingressado como Decreto, na Pirâmide de Kelsen da hierarquia das leis, decreto se encontra na mesma posição que as leis ordinárias. **Se o Código de Processo Penal não previu apresentação imediata do preso fisicamente ao juiz, referida apresentação não pode ser criada por ato do Conselho Nacional de Justiça ou do Tribunal de Justiça de São Paulo, já que se trata de matéria processual que só pode ser objeto de deliberação pelo Poder Legislativo Federal.** Sem qualquer razão, portanto, o argumento do impetrante de que estar-se-ia a frente a eventual nulidade pela não apresentação do preso ao juiz.⁶⁶

Nesse mesmo sentido, está a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240, ajuizada pela ADEPOL, em fevereiro de 2015, arguindo a inconstitucionalidade da totalidade dos dispositivos do Provimento Conjunto 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que disciplinou as audiências de custódia no âmbito daquele tribunal, sob a invocação de quatro argumentos:

- 1.) Teria a audiência de custódia sido criada pelo provimento atacado, o que feriria a Constituição Federal, pois cabe somente à União Legislar sobre temas atinentes a direito processual (artigo 22, inciso I). Isso restaria claro, em razão da ausência de lei interna a ser regulamentada por um provimento emitido pelo Poder Judiciário, o que qualificaria este ato administrativo como sendo de *caráter inovador*.
- 2.) Em razão de a CADH possuir status infraconstitucional, não poderia ser regulamentada por um ato administrativo, mas por uma lei ordinária.
- 3.) A imposição de condutas aos sujeitos processuais envolvidos com a audiência de custódia – leia-se juízes, membros do Ministério Público, defensores, delegados de polícia e o próprio sujeito preso ou detido – somente poderia haver ocorrido por imposição legal, e nunca por ato administrativo, em virtude de a Constituição Federal assegurar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude da lei” (artigo 5º, inciso II).⁶⁷

Em que pese as coerentes indagações, em plena época de primazia do estado de direito decidiu-se regulamentar por meio de resoluções, consoante o entendimento do STF

⁶⁶BRASIL. *Jurisprudência*. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/345934957/habeas-corpus-hc-20821955220168260000-sp-2082195-5220168260000/inteiro-teor-345934977>>. Acesso em: 22 jun. 2017

⁶⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Op. cit.* p. 113.

frente ao julgamento da ADI nº 5.240⁶⁸ - dentre outros no mesmo sentido⁶⁹-, que validou as audiências de custódia sob o argumento de que o Conselho Nacional de Justiça estaria suprindo uma omissão legislativa, já que o instituto seria autoaplicável a partir da cláusula 7.5 da CADH, o que impulsionou aos Tribunais de Justiça Estadual emitir suas próprias resoluções instituindo o procedimento.

Nos ensinamentos do magistério de Rafael Barone Zimmar e André Vinicius Monteiro:

Mais uma vez, ilógica é a atuação de certos processualistas, tão afeitos à garantia dos direitos individuais, aplaudir tal medida. Afinal, hoje, é audiência de custódia. Amanhã, alteradas a cúpula do Judiciário e do Executivo, pode-se obter Resoluções contra os interesses dos presos. Ora, se a primeira aufere legalidade, outras também podem adquirir. Isso tudo sem levar em consideração que o Direito Processual Penal é nacional e não estadual. Aliás, o STF considerou inconstitucional a lei estadual disciplinando a videoconferência [...].⁷⁰

Vê-se, assim, posicionamento extremamente equivocado da Suprema Corte, violando radicalmente o Princípio da Reserva Legal, ante a autonomia concedida a cada estado para regulamentar em matéria processual penal, nem por intermédio do Poder Legislativo, mas por meio de resoluções emitidas por Tribunais de Justiça Estaduais.

Nessa esteira, leciona o Ilmo. Professor e Promotor de Justiça Marcelo Lessa Bastos, em palestra proferida no Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES em Pernambuco sobre as audiências de custódia:

[...] Não é argumento para se relevar o principio da reserva legal, o fato de que se tem uma causa nobre, ora, o principio da reserva legal é objetivo, não importa a causa, se seja nobre ou não seja nobre, ele existe tanto para nos proteger da bondade

⁶⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Julgamento ADI nº 5.240*. Relator: Min. Luiz Fux. São Paulo: em 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333#87%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o65>>. Acesso em: 28 de mai. 2017.

⁶⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Julgamento ADI nº 5.448*. Relator: Min. Dias Toffoli. Distrito Federal: 09 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12498633#19%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>>. Acesso em: 28 de mai. 2017.

⁷⁰ ZIMMAR, Rafael Barone; MONTEIRO, André Vinicius. *A Audiência De Custódia e a Inconstitucionalidade do Provimento Conjunto do Tribunal De Justiça De São Paulo*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigos/outros-autores/processo-penal/a-audiencia-de-custodia-e-a-inconstitucionalidade-do-provimento-conjunto-do-tribunal-de-justica-de-sao-paulo>>. Acesso em 27 de jun. de 2017.

dos bons, quanto da maldade dos maus, da mesma forma, é no mínimo incoerente, relevam a gritante ofensa ao princípio da reserva legal, em face ao fato de ter a audiência de custódia sido criada por resolução, de modo a antecipar o processo legislativo que está em andamento, e ao mesmo tempo, em outras situações, como da mesma forma se procede reclamam. [...] ⁷¹.

Registra-se, ainda nas eloquentes indagações do emérito promotor supracitado, a incoerência de alguns doutrinadores que, à época, foram áduos críticos da iniciativa do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP em regulamentar por resolução a investigação direta a ser realizada pelo Órgão Ministerial, sob o argumento de que o CNMP não poderia exercer Poder Normativo Primário – com razão, não caberia por resolução. No entanto, hoje os mesmos doutrinadores aplaudem as audiências de custódia, quando a situação é rigorosamente a mesma, atropelo ao processo legislativo e ofensa ao princípio da reserva legal.

Para ilustrar, segue breve exposição do Ilmo. Magistrado e árduo defensor da Audiência de Custódia, André Luiz Nicolitt, na sentença proferida nos autos da Ação Penal nº 0162548-04.2013.8.19.0004, reconhecendo a inconstitucionalidade da investigação preliminar pelo Ministério Público:

(...) O Conselho Nacional do Ministério Público publicou a Resolução 13/2006, que regulamenta a investigação direta pelo Ministério Público. **A leitura da resolução permite concluir que o CNMP verdadeiramente extrapolou suas atribuições, já que o texto disciplina um inquérito policial no âmbito do Ministério Público**, fixando prazos e, inclusive, dispondo que a conclusão do procedimento será em 90 dias, permitindo-se prorrogações sucessivas por decisão do próprio membro do MP que conduz a investigação. Note-se que tal disciplina é completamente diversa daquela citada pelo Código de Processo Penal, de forma que **o CNMP não se limitou a regulamentar o art. 8.º da LC 75/1993, nem o art. 26 da Lei 8.625/1993 e, sim, legislou sobre processo, o que é de competência exclusiva do Congresso Nacional, sendo, portanto, inconstitucional a referida resolução**. (...) ⁷² (grifo nosso).

⁷¹ BASTOS, Marcelo Lessa. *Audiência de Custódia: forma e fundo*. II Simpósio de Direito Penal da ASCES-UNITA – Universidade Tabosa de Almeida. Caruaru –PE, 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=6Dh-K1MPPy8>>. Acesso em: 01 de jul. 2017.

⁷² EMPÓRIO DO DIREITO. *Ministério Público não pode investigar e Juiz André Nicolitt (TJRJ) rejeita denúncia*. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/ministerio-publico-nao-pode-investigar-e-juiz-andre-nicolitt-tjrj-rejeita-denuncia/>>. Acesso em: 27 de jun. 2017.

Dessa forma, concluímos que, em razão da ausência de lei interna a ser regulamentada por um provimento emanado do Poder Judiciário, temos que a audiência de custódia possui caráter inovador, sendo certa a inconstitucionalidade da atual forma de regulamentação, frente à competência privativa da União para legislar em matéria processual penal, bem como a necessidade de um processo legislativo regulamentador.

Contudo, saltam-se os olhares para a questão, digna de nota, referente à imensurável violação ao Princípio do Juiz Natural⁷³, onde os defensores da audiência de custódia comungam uma relativização deste:

Em relação à chamada audiência de apresentação ou audiência de custódia, a aplicação do princípio do juiz natural deve receber a devida adequação, haja vista que a autoridade judiciária encarregada de presidir o ato, nem sempre será a mesma que posteriormente julgará o processo. Não obstante isso, parece ser indispensável que as regras que regem a forma de escolha dos magistrados encarregados de realizar essas audiências sejam regidas segundo a Lei de Organização Judiciária de cada tribunal, nos termos do art.125 da Constituição Federal.⁷⁴

Por oportuno, vale registrar os ensinamentos do professor Aury Lopes Júnior, também defensor da audiência de custódia, referentes ao princípio do juiz natural:

O princípio do juiz natural não é mero atributo do juiz, senão um verdadeiro pressuposto para a sua própria existência. Como explicamos anteriormente, na esteira de MARCON, o Princípio do Juiz Natural é um princípio universal, fundante do Estado Democrático de Direito. Consiste no direito que cada cidadão tem de saber, de antemão, a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo, caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico-penal.

O nascimento da garantia do juiz natural dá-se no momento da prática do delito, e não no início do processo. Não se podem manipular os critérios de competência e tampouco definir posteriormente ao fato qual será o juiz da causa. Elementar que essa definição posterior afetaria, também, a garantia da imparcialidade do julgador, como visto anteriormente.

Importa afastar a criação de tribunais de exceção (post factum) e extinguir os privilégios das justiças senhoriais (foro privilegiado). Na clara definição de COUTINHO, trata-se de definir qual é o “meu juiz”, pois todos passam a ser julgados pelo “seu juiz”, cuja competência é previamente estabelecida por uma lei vigente antes da prática do crime.

A consagração Constitucional vem dada pelo texto do art. 5º, LIII, da Constituição [...].⁷⁵

⁷³ Princípio segundo o qual o juízo de uma causa se determina prévia e abstratamente pelas normas gerais de competência e organização judiciária.

⁷⁴ OLIVEIRA, Gisele Souza de; JÚNIOR, Samuel Meira Brasil; SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. *Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas* (Lei 12.403/2011). 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2015, p. 24.

⁷⁵ JÚNIOR, Aury Lopes. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 474.

4.2. – A FORMA EM QUE FORAM INSTITUÍDAS

No curso do presente artigo foram destacadas as diversas formas de regulamentação do instituto da audiência de custódia, [ADPF, resoluções, atos normativos de tribunais] dentre eles, foram também apresentados pelo Poder Legislativo certos projetos de lei, como o PLS nº 554/2011 pelo Senado Federal, o PL nº7.871/2014 e PL 470/2015 ambos apresentados pela Câmara dos Deputados.

Nosso enfoque, portanto, rege muito mais pela forma em que foram instituídas as audiências de custódia em si, do que se refere ao seu fundamento - se devem ou não ser instituídas, para o controle de legalidade das prisões.

Fato que nos chama atenção, é que por todas essas iniciativas – supramencionadas – são apresentados procedimentos distintos. Por ora, o ato de apresentação do sujeito preso envolve somente ele e o juiz, ora, envolve o sujeito preso, o juiz, o Ministério Público e o defensor, por ora, não passa de uma medida facultativa.

O Projeto-piloto do Conselho Nacional de Justiça fez com que entrasse em vigor uma multiplicidade de regulamentações administrativas - instituindo a audiência de custódia - cada uma com sua própria forma de regulamentação e procedimento de acordo com o entendimento dos Tribunais estaduais. A respeito disso, podemos citar a Resolução nº 29/2015 emitida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, dentre as que mais demonstram perplexidades, vejamos:

Art. 1º - Fica criado, no âmbito da justiça comum de primeira instância do Estado do Rio de Janeiro, o sistema das audiências de custódia.

Parágrafo único – As audiências de custódia de que trata o caput **serão realizadas em Centrais de Audiências de Custódias – CEAC’s, que serão instaladas nas dependências do Tribunal de Justiça.**

Art.6º - Aberta a audiência, o preso será ouvido a respeito das circunstâncias da prisão e suas condições pessoais, manifestando-se, em seguida, **o MP e defesa, se presentes ao ato.**

Art. 9º - **Caberá ao Presidente do Tribunal de Justiça designar os Juizes de Direito** que atuarão na Central de Audiência de Custódia, com ou sem afastamento das suas funções, **recaindo a escolha, preferencialmente, dentre os que preencham os seguintes requisitos:**

I - Juízes Titulares ou Regionais com competência criminal, há pelo menos 6 (seis) meses, excluindo se os de competência de Execuções Penais e Juizado Especial Criminal;

II - Juízes que tenham participação regular em curso de capacitação específico ministrado pela EMERJ, que terá validade de 1 (um) ano.

§ 1º O Tribunal de Justiça publicará edital de seleção dos Juízes que atuarão nas CEAC's, indicando o número de vagas, conforme a necessidade de cada Comarca.

§ 2º A designação de que trata o caput terá a duração de 4 (quatro) meses, podendo haver a recondução, a critério da Presidência.

§ 3º Poderá ser designado, também pelo Presidente do Tribunal, um Juiz Coordenador da CEAC, a quem competirá a gestão da serventia.

Art. 13 - O local de instalação, horário de funcionamento e outras questões operacionais relacionadas às CEAC's serão regulamentadas por Ato Normativo da Presidência do Tribunal de Justiça.⁷⁶ (**grifos nossos**).

Nota-se que por essa resolução: a) criou-se na estrutura administrativa um cartório para realização das audiências de custódia, onde serão exercidas funções jurisdicionais [concessão de liberdade, relaxamento da prisão, medidas cautelares, entre outras]; b) estabeleceu critérios para indicação dos juízes que atuam na audiência de custódia, escolha discricionária a ser realizada pelo Presidente do Tribunal, evidente violação ao princípio do juiz natural; c) facultou a presença do Ministério Público, evidente violação ao princípio do contraditório; d) proibiu o contato da matéria tratada na audiência de custódia, em posterior ajuizamento de ação; e) o ato de apresentação acontecerá apenas no âmbito da capital, o que significa que o indivíduo preso em flagrante na capital tem mais direitos do que os indivíduos presos do interior.

Ainda, como se não bastasse, somente os indivíduos que cometeram infrações penais em dias de expediente terão direito a tal apresentação, por não haver audiências de custódia nos finais de semana.

Nesse mesmo sentido de perplexidade e violação de princípios estão inúmeras resoluções estaduais, que causariam enorme extensão ao presente trabalho. A título de exemplo, trar-se-à colação as resoluções emanadas dos Tribunais de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte e do Espírito Santo:

⁷⁶ BRASIL. *Resolução nº 29 de 2015 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/e9c65ba8bd6e3ac3a9ee50be584e3f4a.pdf>>. Acesso em: 27 de jun. 2017.

Resolução nº 18/2015 – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte:

Art. 1º - Instituir, na Comarca de Natal, **a Central de Flagrantes, com competência exclusiva para a análise de todos os autos das prisões em flagrante lavrados na Cidade de Natal**, contemplando a realização das audiências de custódia necessárias para garantir, ao flagranteado, o controle da legalidade de sua prisão.

§ 1º Ao ocorrer a prisão em flagrante a autoridade policial comunicará, por meio do correio eletrônico, imediatamente, à Central de Flagrantes da Comarca de Natal (centraldeflagrantesnatal@tjrn.jus.br), ao Ministério Público (planta@xxx) e à Defensoria Pública (plantaosxxx).

§2º O auto de prisão em flagrante, após lavrado pela autoridade policial, deverá ser encaminhado, no prazo de 24 horas a contar da hora da prisão, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Central de Flagrantes da Comarca de Natal, onde também deverá ser apresentado o preso.

§3º Recebido o auto de prisão em flagrante a secretaria da Central de Flagrantes, após registrar o dia e a hora do recebimento, fará a respectiva autuação no sistema eletrônico próprio do Poder Judiciário, juntará certidão atualizada de antecedentes criminais do autuado, certificará, eletronicamente ou em meio físico, o local onde o autuado está detido e agendará a apresentação do autuado à autoridade judiciária até as próximas 24 horas seguintes ao recebimento.

§4º As audiências de custódia ocorrerão **diariamente no período compreendido entre as 14 e 18 horas**.

§5º A pauta diária de audiências de custódia será composta pelos autos de prisão em flagrante recepcionados até às 15 horas, **ficando os flagrantes recebidos após esse horário incluídos, automaticamente, na pauta de audiências do dia seguinte**.

§6º **A ausência do representante do Ministério Público e/ou Defensor, Público ou indicado, não prejudicará a realização da audiência de custódia**.

Art. 3º, §4º Será lavrado termo sucinto da audiência de custódia contendo os fundamentos da decisão judicial proferida, seu dispositivo e o que mais for relevante para o ato, **o qual deverá permanecer em autos apartados do processo principal**.

Art. 4º A Central de Flagrantes funcionará no prédio do Poder Judiciário localizado na Avenida Duque de Caxias, s/n, Bairro da Ribeira, para onde também será deslocado o plantão criminal diurno da Capital.

§1º Atuará na Central de Flagrante o magistrado responsável pelo Plantão Noturno da Região II, conforme **escala previamente definida pela Corregedoria da Justiça**.⁷⁷ (grifos nossos).

Resolução nº 13/2015 – Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo:

Artigo 1º - Criar o Serviço de Plantão de Flagrantes no âmbito do Poder Judiciário do Espírito Santo, **com competência exclusiva para a análise dos autos de prisão em flagrante gerados nas diversas Delegacias e Departamentos de Polícia Judiciária da Grande Vitória**, em cumprimento ao disposto no art. 310 do Código de Processo Penal.

Artigo 4º – Na Comarca da Capital, exceto Guarapari, **o serviço de plantão de flagrantes será executado por um grupo de juízes recrutados pela Presidência do Tribunal de Justiça, preferencialmente, dentre os Juízes Titulares das Varas Criminais dos Juízos de Cariacica, Serra, Viana, Vila Velha e Vitória**, os quais atuarão em sistema de escala de rodízio.

Parágrafo único – **As audiências de custódia serão realizadas no período de 08:00 às 18:00 horas e haverá, no mínimo, um juiz designado para cada dia**, sem prejuízo do funcionamento regular da respectiva unidade judiciária, para a qual a Presidência poderá designar um Juiz colaborador.

⁷⁷ BRASIL. *Resolução nº 18 de 2015 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte*. Disponível em: <<http://www.tjrn.jus.br/files/resolucao-audiencia-custodia.pdf>>. Acesso em: 27 de jun. 2017.

Art. 7º, § 2º – Após a entrevista do autuado, o Juiz ouvirá o Ministério Público, **se presente**, que poderá se manifestar pelo relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, pela concessão de liberdade provisória com ou sem a imposição das medidas cautelares previstas no art. 319, do CPP.

Art. 9º – O serviço de plantão de flagrantes funcionará de forma ininterrupta, **sendo que nos dias de fim de semana e feriados, haverá a designação de um Juiz Plantonista** com competência criminal apenas para atuar na realização de audiências de custódia.⁷⁸ **(grifos nossos)**.

Vê-se, assim, que em consequência do desprezo ao princípio da reserva legal, foram violados inúmeros princípios constitucionais e, inclusive, princípios relacionados aos direitos humanos e fundamentais do homem, que receberam tratamento diferenciado em diversas situações – exemplo disso é a realização das audiências de custódia somente nas capitais, em desprezo aos sujeitos presos em flagrante no interior. Ademais, pode-se dizer que pela forma em que foi instituída não se trata de uma garantia de âmbito nacional, o que deveria ser, já que o principal argumento sustentado pelos doutrinadores é que tal garantia está prevista na cláusula 5 do artigo 7º da CADH.

O Conselho Nacional de Justiça - motivado por decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal -, em notória desregulamentação do instituto das audiências de custódia, apresentou seu entendimento acerca do procedimento administrativo a ser seguido nacionalmente, derogando os regulamentos administrativos locais até então em vigor.

Percebe-se que o instituto da audiência de custódia carece de um estudo sério para a devida regulamentação, em respeito ao processo legislativo regulamentador e subsequentemente, os princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro.

Outra questão procedimental importante, diz respeito às provas produzidas no ato em comento. Essa polêmica surgiu com a regulamentação proposta pelo PLS nº 554, de 2011, que veda a utilização do depoimento do indivíduo como meio de prova contra o depoente,

⁷⁸ BRASIL. *Resolução nº 13 de 2015 do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo*. Disponível em: <<https://sistemas.tjes.jus.br/ediario/index.php/component/ediario/241608?view=content>>. Acesso em: 27 de jun. 2017.

sendo necessariamente apensadas em autos apartados. Tese essa, também defendida pelos defensores da audiência de custódia:

[...] o depoimento do conduzido colhido na audiência de custódia não pode ser usado contra ele durante a fase judicial, o que me leva a defender que o ideal é que o resultado da audiência não seja apenas encartado em autos apartados, mas sim que se proíba a sua juntada nos autos do processo principal.⁷⁹

O depoimento prestado nessa audiência deve ser autuado em apartado para que não seja manuseado no curso da instrução criminal e com isso não contamine a prova a ser produzida e discutida no futuro, garantindo, portanto, que seu conteúdo não seja utilizado em prejuízo do acusado em futura ação penal.⁸⁰

No mesmo sentido, estão os argumentos dos professores Mauro Andrade e Rodrigo Alflen:

[...] a) classificar aquele depoimento como prova, em seu sentido legal; b) entender que, por se tratar de prova, sua inserção no processo de conhecimento somente poderá se dar a título de prova emprestada, sendo essa sua real natureza jurídica; c) **utilizar esse depoimento de forma válida no futuro do processo de conhecimento, mas não com intuito condenatório**, visto se tratar de prova repetível nos termos no próprio artigo 155 do CPP; e d) afastar o grave equívoco em buscar vincular a utilização do material produzido na audiência de custódia ao sistema inquisitivo.⁸¹ **(grifos nossos)**.

Nota-se que o projeto de lei inova em termos de vedação probatória, bem como a sustentação dos doutrinadores supracitados, tendo em vista que em nosso ordenamento jurídico não se prevê algo em caráter similar, seja em nível constitucional ou infraconstitucional. Ora, por esta ótica podemos dizer que, claramente, se quer o “bônus” sem arcar com o “ônus”.

Pois bem, quanto à prova não há nenhum vício formal, considerando que presentes o membro do Ministério Público e a defesa serão plenamente observados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, fundamentais para a produção da prova, não podendo nem mesmo, ser levantada à questão de prova ilícita.

⁷⁹ PAIVA, Caio. *Op. cit.* p. 90.

⁸⁰ LOPES, Jr. Aury. *Boletim Audiência de Custódia. Informativo*. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>>. Acesso em: 24 de jun. 2017.

⁸¹ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Op. cit.* p. 161-162.

Neste sentido, a respeito da utilização das eventuais provas extraídas no ato de apresentação, assevera o jurista Lênio Streck:

Alguns preconizam que esse depoimento não seja valorado como prova, ou que o juiz que o colheu fique impedido de julgar (problema: em uma análise econômica — que não é minha, é claro — isso gerará mais despesas...). Ok, mas como e por que, no sistema que temos? Seria incompreensível a não valoração. Vejamos: Primeiro, se nem o juiz que tomou contato com a prova ilícita fica impedido (por força do veto ao parágrafo 4º do artigo 157 do CPP), não é possível que se crie administrativamente um impedimento para o juiz que fez essa audiência, que, no mínimo, nada teria de ilegal. Senão, imaginem o paradoxo: o juiz que teve contato com uma confissão obtida mediante tortura vai poder julgar o processo, mas o juiz que ouviu o réu em audiência, na presença de defensor, fica impedido. Segundo, não há fundamento para declarar essa prova inadmissível. Se entendermos que o ato é realizado por imposição convencional (ou seja, com fundamento jurídico), a prova não tem nenhum vício processual. Qualquer provimento administrativo que diga o contrário é inconstitucional na medida em que, quando menos, interfere em questão jurisdicional, de interpretação da lei processual.⁸²

Vale ressaltar tamanha incoerência dos doutrinadores, que vedam a utilização da prova para fins de condenação, mas, em contrapartida, sustentam plena validade as mesmas em benefício do acusado. Vejamos as considerações dos professores Mauro Andrade e Rodrigo Alflen:

Por ser um ato judicial e com a incidência de todas as garantias constitucionais, tal como a do contraditório – o que leva, como já visto, a ter natureza processual –, não há como negar que os requisitos previstos no artigo 155 do CPP ali estão perfeitamente presentes.

[...]

A partir do momento em que aquele depoimento é considerado prova, tampouco há que se falar em prova ilícita, caso ele venha a ser utilizado no futuro processo de conhecimento. Como bem define o CPP, prova ilícita é aquela prova obtida “em violação a normas constitucionais ou legais”.⁸³

Insta dizer, que também lhe é atribuída característica de prova emprestada, que vale lembrar, consiste em uma medida com fito de viabilizar o aproveitamento da atividade probatória anteriormente realizada, desde que produzida com a participação do acusado, com vistas a gerar efeitos em processo distinto, bem como auxiliar na economia processual. O que,

⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Desde 1992, a falta de Audiência de Custódia pode anular condenações?*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-23/senso-incomum-falta-audiencia-custodia-anular-condenacoes-antigas>>. Acesso em: 28 de jun. de 2017.

⁸³ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Op. cit.* p. 162.

em nossa concepção, é mais uma vertente positiva à possibilidade de utilização desta em processo de conhecimento, tanto em favor, quanto em desfavor do acusado.

Pelo exposto, acreditamos que toda esta celeuma perde a eficácia perante uma confissão do acusado, que possui mesmo valor probatório que a prestada em fase de conhecimento da ação penal, no qual o juiz deverá se atentar ao disposto no artigo 197 do CPP - que determina a fundamentação por meio dos demais elementos de prova, demonstrando compatibilidade ou concordância com a confissão.

Ao fim, destacamos mais uma relevante crítica, ante a vedação da análise de mérito da conduta ilícita, em tese, praticada pelo agente apresentado ao juiz, sustentada pela grande maioria dos defensores da audiência de custódia.

Em nossa concepção, inexistente possibilidade do magistrado analisar a situação fática da prisão sem adentrar ao mérito. Ademais, adquiridas informações acerca do fato supostamente praticado, mesmo que em sede de cognição sumária, o magistrado estará sujeito a formar todos os conceitos e preconceitos no curso da audiência, o que poderá influenciar, diretamente, nas medidas em que serão adotadas ao final do ato.

No entanto, acerca de tal questão, nem mesmo os especialistas se dignaram a responder.

4.3. – ABUSO NA INTERPRETAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

A Convenção Americana de Direitos Humanos utiliza a expressão “sem demora” para se referir ao lapso temporal entre a captura do preso e a sua condução à presença de “um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais” – expressão que se refere ao funcionário competente para recebê-lo e presidir a apresentação.

Os entusiastas do instituto da audiência de custódia, com vistas a sustentar suas opiniões, propiciam interpretação deturpada à cláusula 7.5 da CADH, alegando que as expressões supracitadas engajam para implantação imediata da referida audiência no ordenamento jurídico interno. Inclusive, dentre a exposição de motivos que compõem o PLS 554 de 2011, encontramos o argumento de que o Brasil viola sistematicamente a cláusula 7.5 do Pacto de São José da Costa Rica desde 1992, quando ratificado o Decreto nº 678.

Nesse sentido, versa o entendimento do Ilmo. Professor Caio Paiva:

[...] o Brasil aderiu aos termos da Convenção Americana há mais de vinte anos, o que por si só, já seria o bastante para que a audiência de custódia fosse respeitada e observada em nosso país. Os direitos e garantias previstas nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos não podem ficar, sob pena de ineficácia e enfraquecimento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, condicionados à correspondência normativa do Direito interno de cada país.⁸⁴
[...] o art. 2º da CADH somente teria aplicação, vale dizer, somente evitaria a responsabilidade internacional do Estado, abstendo-lhes da imediata concretização dos direitos humanos nela prevista, num lapso temporal razoável que precede à adesão do Tratado. Fora disso, estaremos diante de caso que enseja a responsabilidade internacional do Estado por omissão na produção legislativa, como ocorre atualmente com o Brasil, que descumpra a CADH há mais de vinte anos.⁸⁵

A despeito disso, nos resta enfatizar que a expressão “sem demora” trata-se de um conceito jurídico indeterminado, que pode ser interpretado de diversas maneiras, sendo permitido ao leitor atribuir o conceito que melhor entender.

Aliás, nos ensinamentos do ilustre professor Marcelo Lessa Bastos, a expressão “sem demora” indica lapso temporal maior do que “imediatamente”, expressão essa utilizada pela Constituição quando se refere à comunicação da prisão. Ainda, nessa esteira, também corresponde elastério temporal maior que 24 horas, prazo no qual determina o Código de Processo Penal para emissão da nota de culpa.⁸⁶

Os principais defensores das audiências de custódia asseguram que o prazo máximo a ser fixado para apresentação do acusado deve ser de 24 horas, por se tratar de

⁸⁴ PAIVA, Caio. *Op. cit.*, p. 58.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 59.

⁸⁶ BASTOS, Marcelo Lessa. *Audiência de Custódia: forma e fundo*. II Simpósio de Direito Penal da ASCES-UNITA – Universidade Tabosa de Almeida. Caruaru-PE, 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6Dh-K1MPPy8> Acesso em: 01 de jul. 2017.

entendimento firmado na Corte Interamericana de Direitos Humanos. No entanto, não se atentaram ao fato de que há uma multiplicidade de casos em que não foi reconhecida, pela mesma Corte, violação aos direitos quando extrapolado tal prazo para apresentação do encarcerado, tendo por base apenas o Caso *Lopes Vs. Honduras*, citado outrora.

Pelo exposto, vê-se, que tal expressão não deve ser interpretada, exclusivamente, por 24 horas, sendo apenas uma das interpretações possíveis. Evidentemente, não é uma interpretação inconstitucional, mas apenas uma das inúmeras interpretações que podem ser atribuídas à expressão.

Dessa forma, por se tratar de um conceito jurídico indeterminado, em absolutamente nada, garante que as audiências de custódia devem ocorrer no prazo máximo de 24 horas, mas, tão somente, consiste na interpretação que entenderam conveniente os afetuosos da audiência de custódia.

Ademais, há um consenso na jurisprudência dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos no sentido de que a definição do que se entende por “sem demora” deverá ser objeto de interpretação conforme as características peculiares de cada caso concreto, a título de exemplo, está o julgamento do Caso *Tibi vs. Equador*, mencionado tópico 2.4, no capítulo 2, do presente trabalho.

No tocante à expressão “a um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais” as teses defensivas também sustentam uma interpretação distorcida do que realmente é proposto pelo Pacto.

Em suma, a garantia prevista no artigo 7.5 da CADH consiste em assegurar ao indivíduo preso em flagrante que sua apresentação seja realizada perante uma autoridade dotada de conhecimento jurídico, capaz de decidir sobre a legalidade e/ou necessidade de sua prisão, bem como apurar possíveis arbitrariedades ou torturas ocorridas no momento desta,

sendo-lhe garantido o direito à presunção da inocência e a participação da instrução processual em liberdade, se for o caso.

Por uma análise perfunctória dos tratados que, supostamente, se relacionam com a matéria, são notórias as extensões conceituais utilizadas no bojo de seus artigos, permitindo que o ato de apresentação – que caracteriza a audiência de custódia -, se dê na presença de outra autoridade que não o juiz. Para melhor ilustrar, vejamos a redação íntegra das cláusulas em comento:

CADH, art. 7.5: 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.⁸⁷
PIDCP, art. 9.3: 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 sentença.⁸⁸

Em que pese à evidência disposta nos tratados, as teses defensivas, ainda sim, sustentam que a apresentação do sujeito encarcerado deve se dar exclusivamente na presença de um juiz. Vejamos o posicionamento do professor Caio Paiva:

Se a apresentação do preso cumpre finalidades relacionadas à prevenção da tortura e de repressão a prisões arbitrárias, ilegais ou desnecessárias, a autoridade responsável pela audiência de custódia deve ter independência, imparcialidade e, sobretudo, *poder* para fazer cessar imediatamente qualquer tipo de ilegalidade. [...] Desta forma, se a apresentação do preso ao juiz cumpre a finalidade precípua de promover um controle *judicial* imediato da prisão, a autoridade que deve presidir as audiências de custódia no Brasil somente pode ser o magistrado, sob pena de esvaziar ou reduzir em demasia a potencialidade normativa da garantia prevista no art. 7.5 da CADH.⁸⁹

⁸⁷ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pacto São José da Costa Rica*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 20 de jun. 2017.

⁸⁸ PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLITICOS. *Tratado sobre Direitos humanos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 20 de jun. 2017.

⁸⁹ PAIVA, Caio. *Op. cit.*, p. 47.

Porém, não se atentaram ao fato de que no sistema acusatório, é necessário um distanciamento entre o julgador e os fatos objeto de investigação, o que pode resultar em grave prejuízo à instrução e o julgamento das ações penais. Assim, seguem as observações do Delegado de Polícia Thiago Costa:

Adotando-se um modelo de audiência de custódia, é inevitável que o julgador forme um juízo de valor com base exclusivamente naqueles elementos colhidos precariamente, sem contraponto ou cotejo com outros que confirmem ou não as conjecturas iniciais da prisão, gerando um convencimento acerca da conduta do suspeito com base em indícios de autoria e materialidade muitas vezes frágeis, que inevitavelmente acompanharão o magistrado até a sentença.

Esse juízo de valor sobre os fatos brutos por parte do juiz representa um retrocesso grave, além de séria regressão em termos de garantias individuais e mácula sobre os pressupostos de isenção e imparcialidade do julgador, valores inexoráveis do sistema acusatório, ao lado da separação das funções de investigar, acusar e julgar.⁹⁰

Como solução a esta premissa, a doutrina apresenta diversos argumentos com vistas a refutar a inconstitucionalidade do ato, no entanto, apesar de não medidos esforços para dar cobertura sistêmica ao ato, nenhum deles nos parece alcançar tal objetivo. Vejamos:

a) o juiz encarregado da fase processual não seria o mesmo da fase de investigação, frente à criação do juiz das garantias, o que impediria a formação de um juízo condenatório já no curso das audiências de custódia; b) O ônus da prova seria das partes, o que limitaria o papel do juiz durante aquele ato, especialmente, o conteúdo do interrogatório a ser realizado durante a apresentação do preso ao juiz; c) a cognição buscada pelo juiz à hora de (in)deferir alguma medida cautelar pessoal seria de cunho horizontal, em lugar da cognição vertical, o que determinaria que o grau de profundidade para a aplicação de uma medida cautelar seja diverso daquele utilizado para condenar alguém; e d) o sujeito apresentado ao juiz poderá invocar o direito ao silêncio, o que limitaria o conhecimento do juiz sobre temas atinentes à existência do crime e indícios de autoria.⁹¹

Ressalta-se que não é a simples separação entre as figuras do juiz da fase de investigação e do juiz da fase de julgamento, que caracteriza o sistema acusatório, acolhido pela Constituição Federal, segundo firme entendimento do Supremo Tribunal Federal. Ademais, a mesma Corte Superior se manifestou contra a criação do *juiz das garantias*:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRESIDÊNCIA DE INQUÉRITO. IMPEDIMENTO DO MAGISTRADO. INOCORRÊNCIA. ART. 255 do CPP. ROL

⁹⁰ COSTA, Thiago. *Audiência de Custódia – avanço ou risco ao sistema acusatório?* Disponível em: <<https://thiagofscosta.jusbrasil.com.br/artigos/161368436/audiencia-de-custodia-avanco-ou-risco-ao-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 30 de jun. 2017.

⁹¹ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Op. cit.* p. 134.

TAXATIVO . PRECEDENTES. JUIZADO DE INSTRUÇÃO. INOCORRÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE DO ART. 75 DO CPP COM A CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I - As hipóteses de impedimento elencadas no art. 252 do Código de Processo Penal constituem um *numerus clausus*.

II - Não é possível, pois, interpretar-se extensivamente os seus incisos I e II de modo a entender que o juiz que atua em fase pré-processual desempenha funções equivalentes ao de um delegado de polícia ou membro do Ministério Público. Precedentes.

III - **Não se adotou, no Brasil, o instituto acolhido por outros países do juizado de instrução, no qual o magistrado exerce, grosso modo, as competências da polícia judiciária.**

IV - O juiz, ao presidir o inquérito, apenas atua como um administrador, um supervisor, não exteriorizando qualquer juízo de valor sobre fatos ou questões de direito que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal.

V - O art. 75 do CPP, que adotou a regra da prevenção da ação penal do magistrado que tiver autorizado diligências antes da denúncia ou da queixa não viola nenhum dispositivo constitucional.

VI - Ordem denegada.⁹² (grifos nossos).

A ordem de inquirição proposta pela doutrina - e constante na Resolução 213 do CNJ -, posiciona o juiz como principal condutor da oitiva do preso, o que contraria inteiramente os objetivos da teoria gestão da prova:

[...] Não há que se exigir tanta formalidade neste instante inicial da audiência de custódia, **podendo o juiz conduzir o ato, franqueando às partes eventuais perguntas para o conduzido**, desde que, repita-se, não adentrem no mérito do caso penal.⁹³

O professor Aury Lopes Jr., apesar de ser árduo defensor da audiência de custódia, enfatiza que “ao atribuir a gestão e o poder de iniciativa probatória ao juiz, funda um sistema inquisitório e, como consequência, afeta o próprio regime legal das provas”.⁹⁴

Contudo, nada impede que o juiz na fase de investigação utilize critérios de cunho condenatório para determinar ou não, a concessão de uma medida cautelar, de modo que, ao nosso ver, mesmo que investigação a ser realizada pelo juiz, tenha eficácia restrita e limitada, não impediria a análise do mérito.

⁹² BRASIL. *Jurisprudência*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2913175/habeas-corporus-hc-92893-es>>. Acesso em: 30 de jun. 2017.

⁹³ PAIVA, Caio. Op. cit., p. 90.

⁹⁴ LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 4ª, ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2009, p. 522.

Ademais, a eficácia no qual a doutrina se refere, seria justamente a de apurar a prática de infrações penais, precipuamente, aquela que motivou a apresentação do indiciado e as eventuais torturas ou maus tratos causados a este.

[...] em um determinado momento do interrogatório, o juiz buscará informações relativas à suposta infração penal praticada, em tese, pelo sujeito conduzido (nas palavras da Resolução nº 213, do CNJ, “circunstâncias de sua prisão ou apreensão”); em outro momento do mesmo interrogatório, o juiz buscará informações relativas à suposta infração penal praticada, em tese, pelo agente do Estado responsável pela prisão em flagrante ou custódia do conduzido, devendo questionar o sujeito apresentado, inclusive, sobre a existência de testemunhas das agressões a que foi vítima, e buscar a preservação da materialidade da suposta infração penal (Protocolo II daquela resolução).⁹⁵

Desta feita, é perfeitamente notório o perfil investigativo do juiz que presidir as audiências de custódia, ante a forma que vêm sendo implantada em nosso país, que exige uma postura ativa do magistrado na apuração da infração penal, inclusive, na produção de prova pericial a ser incorporada em investigação criminal futura, sendo sequer, exigida manifestação do Ministério Público ou da defesa para tanto.

Por isso, nos resta frisar a inviabilidade de conjugação do sistema acusatório com o perfil do juiz com atuação na audiência de custódia. Para melhor ilustrar, trar-se-à colação jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que inviabiliza a investigação pelo juiz:

REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO POR JUIZ DURANTE A FASE INQUISITÓRIA, ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. IMPEDIMENTO DO MAGISTRADO. NULIDADE DOS ATOS. CORREIÇÃO PARCIAL. DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RHC Nº 23.945. PREVALÊNCIA. 1. Havendo decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto ao impedimento do Juiz e à validade dos atos por ele praticados, é esse acórdão que deve prevalecer, e não o que foi proferido pelo Tribunal de origem em correção parcial. 2. Quando do julgamento do RHC nº 23.945/SP, foram declarados nulos, além dos atos decisórios, toda a instrução processual dirigida pelo Juiz, por ter o magistrado realizado os interrogatórios na fase inquisitória, antes de haver ação penal. Foram, de igual modo, declarados nulos os atos de investigação praticados por ele na fase administrativa, os quais devem ser desconsiderados na propositura da nova ação penal. Ressalva do ponto de vista do Relator. 3. No caso, é esse entendimento que prepondera no que tange à ação penal em questão. 4. Ordem concedida para declarar impedido o Juiz e para declarar a nulidade de todo o processo – não apenas dos atos decisórios, assim como dos atos praticados pelo magistrado durante a fase das investigações preliminares –, determinando que os interrogatórios por ele realizados nesse período sejam desentranhados dos autos de

⁹⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Op. cit.* p.137.

forma que não influenciem a opinio delicti do órgão acusatório na propositura da nova denúncia. 5. Extensão da ordem concedida de ofício ao demais corréus.⁹⁶

Dessa forma, é notório o enorme desprezo à figura do Delegado de Polícia, quando este na verdade, apresenta ser a mais adequada autoridade para presidir o ato de apresentação que se refere à audiência de custódia, considerando que suas atribuições não atinem ao julgamento do indivíduo, mas tão somente a assegurar os seus direitos, bem como apurar a legalidade de sua prisão.

Inclusive, tal autoridade é suficientemente dotada de conhecimento jurídico, cargo este que não é previsto em inúmeros países, o que caracteriza grande avanço frente aos demais sistemas processuais. Entretanto, a questão do Delegado de Polícia como a outra autoridade policial é tema do último tópico deste capítulo, no qual será tratada com maior apreço.

4.4 – JUSTIFICATIVAS PARA IMPLEMENTAÇÃO IMEDIATA

Sob o argumento da indefinição em âmbito legislativo para regulamentar o artigo 7, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, em constante violação aos ditames constitucionais, o Poder Judiciário de casa Estado, impulsionado pelo poder executivo e pelo Conselho Nacional de Justiça, passou a emitir resoluções para regulamentar as audiências de custódia, provocando imensurável desigualdade no tratamento entre os presos do país.

Assim, exsurgem as audiências de custódia em um momento caótico do sistema carcerário brasileiro, bem como na economia do país que enfrenta grave crise financeira, o que levou à busca de diversas alternativas para suprir o orçamento, sendo uma delas a referida audiência, consoante ao alarmante índice de presos provisórios, imensamente comprometedor

⁹⁶BRASIL. *Jurisprudência*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15955811/habeas-corpus-hc-122059-rj-2008-0263187-0/inteiro-teor-16831260>>. Acesso em: 29 de jun. de 2017.

da economia – tema este também objeto da ADPF n°347, mencionada outrora - fator este que impulsionou o governo a apoiar tal medida.

Atualmente, de acordo com as informações fornecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, a população carcerária brasileira é de 711.463 presos, o que coloca o Brasil na terceira posição mundial de maior população de presos.⁹⁷ Ainda, conforme denota a Ministra Cármen Lúcia:

“Um preso no Brasil custa R\$ 2,4 mil por mês e um estudante do ensino médio custa R\$ 2,2 mil por ano. Alguma coisa está errada na nossa Pátria amada”, afirmou. “Darcy Ribeiro fez em 1982 uma conferência dizendo que, se os governadores não construíssem escolas, em 20 anos faltaria dinheiro para construir presídios. O fato se cumpriu. Estamos aqui reunidos diante de uma situação urgente, de um descaso feito lá atrás.”⁹⁸

Em números absolutos, as estatísticas são até assustadoras, mas se considerarmos que o Brasil é o quinto país mais populoso do mundo e possui onze das trinta cidades mais violentas do planeta, podemos concluir não há motivos reais para tamanha perplexidade.

Afinal, prender aquele que não esta em condições de conviver, em prol da segurança dos demais, nada mais é do que democrático, em contrapartida, estaríamos diante a inversão de valores. Fundamentadamente a isso, está o artigo 32, item 1 e 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 32. Correlação entre deveres e direitos:

- 1 - Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.
- 2 - **Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.**⁹⁹

⁹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Sistema carcerário brasileiro e a execução penal – Projeto Cidadania nos Presídios*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em: 30 de jun. 2017.

⁹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil*. Declaração feita pela Ministra no 4º Encontro do Pacto Integrador de Segurança Pública Interestadual e da 64ª Reunião do Colégio Nacional de Secretários de Segurança Pública (Consesp), em Goiânia (GO). Agência CNJ de notícias, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custam-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>>. Acesso em: 01 de jul. de 2017

⁹⁹ BRASIL, Decreto n° 7.030/2009. *Convenção de Viena sobre Direitos Humanos*. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 30 de jun. de 2017.

Portanto, não se pode atribuir exclusivamente à causa da superlotação carcerária, a questão pertinente às prisões ilegais ou desnecessárias, mas principalmente, a responsabilidade estatal na manutenção das penitenciárias que habitualmente confere aos indivíduos encarcerados tratamento indigno, desumano e condições precárias de sobrevivência, e inclusive, carência de segurança que eleva a prática de crimes até mesmo no interior dos estabelecimentos prisionais.

A par disso, podemos destacar a convivência de presos de baixa ou nenhuma periculosidade com presos altamente perigosos, transformando os presídios em verdadeiras “Escolas do Crime”.

Na mesma esteira, nos deparamos com a ressocialização do preso na sociedade, questão pouco valorada dentre os entes estatais, que apesar de constituir o principal objetivo da pena, carece de apoio governamental, sendo certo que, por falta de oportunidades e apoio, não raras vezes, muitos voltam a delinquir.

Para melhor ilustrar as alegações supra, é mister trazer à baila breves citações do último Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil, realizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

5. A capacidade das penitenciárias brasileiras está estimada oficialmente em 51.639 vagas. Isso significa que, com um universo de 130 mil internos, existe atualmente um déficit de cerca de 75 mil vagas e que cada vaga atual esta sendo ocupada por 2,5 presos em média. De acordo com esses números oficiais, é necessária a criação de pelo menos 150 novos presídios para mitigar a situação do déficit de vagas. Outras fontes apresentam uma situação numérica muito mais grave, indicando que as prisões estão abrigando entre 5 a 6 vezes mais detentos do que permite sua capacidade real.

22. Uma das funções que a pena deve cumprir é a reabilitação do indivíduo, para que este possa reintegrar-se o mais harmoniosamente possível na sociedade. O trabalho produtivo na penitenciária é considerado como um mecanismo indispensável para se alcançar esse objetivo.

23. Sem embargo, muitos dos presos entrevistados pela Comissão se queixaram de que não há trabalho nas prisões, o que os obriga a passar o dia todo dormindo ou andando de um lado para o outro. **O censo penitenciário revelou que 89% dos presos não desenvolvem qualquer trabalho, pedagógico ou produtivo, sendo esse um dos fatores mais decisivos para as tensões e revoltas nas penitenciárias.** Deve-se ressaltar que a maioria dos detentos tinham emprego produtivo antes de ir para a prisão.

27. Uma das principais razões da necessidade de se separar os reclusos por categorias é de evitar, entre outras coisas, que aqueles que tem um passado de crime exerçam influência nociva sobre delinquentes primários ou submetidos a

processos de investigação, além de facilitar a readaptação social e garantir a segurança física dos detentos. A Comissão foi informada, tanto por agentes penitenciários como por reclusos, **que as prisões estavam se transformando em verdadeiras escolas do crime nas quais delinquentes com experiência ensinam os mais jovens a perpetrar diferentes ilícitos penais**, estabelecendo vínculos e dependências orientadas para o delito em um mundo de ilegalidade do qual é difícil sair e para o qual o sistema carcerário de fato estimula.¹⁰⁰

Com base no supracitado relatório, podemos visualizar a violação de inúmeras garantias previstas tanto na Convenção Americana de Direitos Humanos, quanto na Constituição Federal, que em pouco diferem nas redações. Vejamos:

Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. **Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.**

4. **Os processados devem ficar separados dos condenados**, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

6. **As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.**¹⁰¹

Constituição Federal:

Artigo 5º - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLVIII – **a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, idade e o sexo do apenado;**

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;¹⁰²

Por essa ótica, o Brasil estaria se omitindo perante garantias contundentes, estando em constante violação a normas constitucionais, no qual não se discute a eficácia imediata. Nesse diapasão, apregoa o advogado Daniel Sarmiento, na ADPF 347 – mencionada outrora - sobre as prisões:

As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas,

¹⁰⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos no Brasil*. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Cap%204%20.htm>>. Acesso em: 30 de jun. de 2017.

¹⁰¹ BRASIL, Decreto nº 7.030/2009. *Convenção de Viena sobre Direitos Humanos*. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 30 de jun. de 2017.

¹⁰² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 de jun. 2017.

comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos.¹⁰³

Complementa descrevendo que:

Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeiras o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde, à seguridade social e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em multirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Há mulheres em celas masculinas e outras que são obrigadas a dar à luz algemadas. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos.¹⁰⁴

Frente ao cenário doentio do sistema carcerário brasileiro, concentram-se os debates na necessidade de implantação das audiências de custódia, para que o preso em flagrante seja apresentado a um juiz no prazo máximo de 24 horas, como verdadeira salvaguarda dos Direitos humanos.

Ora, não há no mínimo coerência em tais alegações se considerarmos as violações corrosíveis da dignidade humana que ocorrem no interior das penitenciárias brasileiras. No entanto, conforme mencionamos outrora, “desperta o que lhe parece conveniente”, uma forma de “tapar o sol com a peneira” quando há situações muito mais degradantes que descumprem gravemente normas de direitos humanos, simplesmente deixadas para trás, por uma impotência em resolvê-las.

A Suprema Corte - diante a situação degradante do sistema carcerário brasileiro - reconheceu em recente julgamento da ADPF nº 347 o “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro, impondo providências para sanar tais lesões, bem como a implantação das audiências de custódia no prazo de 90 dias.

¹⁰³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF nº347. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal: 09 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30 de jun. 2017.

¹⁰⁴ Ibidem, *loc cit.*

Dentre as motivações para a instituição das audiências de custódia, está à atribuição desse instituto como único instrumento capaz de disseminar a presumida tortura realizada pela Polícia Judiciária. Nesse sentido, apregoa Maria Laura Canineu, Diretora da Human Rights Watch/Brasil:

Muitas vezes, os detentos passam meses sem ver um juiz. Por exemplo, no estado de São Paulo (que abriga 37% da população carcerária total do Brasil), a maioria de detentos não comparece perante um juiz antes de pelo menos três meses após a detenção. O risco de maus-tratos é frequentemente maior durante os primeiros momentos que seguem a detenção quando a polícia questiona o suspeito. Esse atraso torna os detentos mais vulneráveis à tortura e outras formas graves de maus-tratos cometidos por policiais abusivos.¹⁰⁵

Por razões óbvias, sabemos que a mera apresentação pessoal do preso ao juiz, mesmo que no prazo de 24 horas, em nada impede que torturas ou maus-tratos sejam praticados após a realização da audiência, se o juiz entender por manter a custódia do acusado. Ao revés da presunção de abuso policial, deveria o Estado oferecer treinamento sério aos seus agentes para que lhe represente de forma condigna, além de remuneração justa e adequadas condições de trabalho.

Ademais, essa premissa recai, indubitavelmente, sobre as funções do Ministério Público que não estaria exercendo adequadamente o controle externo da atividade policial, pelo qual é responsável. Portanto, deduz-se que tanto quanto o Órgão Ministerial, a Defensoria Pública e os órgãos competentes da OAB também não cumprem seus deveres de coibir e denunciar práticas abusivas, especialmente no que se refere à prática de tortura.¹⁰⁶

Pelo exposto, é notória a ineficácia da audiência de custódia como um remédio a suprir todos os males que norteiam o sistema prisional brasileiro, frente aos inúmeros problemas estruturais e omissões governamentais que o englobam.

¹⁰⁵ CANINEU, Maria Laura. *O Direito à “audiência de custódia” de acordo com o direito internacional*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2014/02/03/252627>>. Acesso em: 01 de jul. 2017.

¹⁰⁶ ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE GOIÁS. *Manifestação dos magistrados do Estado de Goiás sobre o projeto Audiência de Custódia*. Disponível em: <<http://esmeg.org.br/2015/05/27/manifestacao-dos-magistrados-do-estado-de-goias-sobre-o-projeto-audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 01 de jul. 2017.

4.5. – O DELEGADO DE POLÍCIA COMO A “OUTRA AUTORIDADE JUDICIAL”

Em que pese à bagagem histórica e marcante que acompanham a jornada da Polícia Judiciária e do Delegado de Polícia em nosso ordenamento jurídico, verifica-se certo descaso no tocante ao estudo de suas funções e a posição que ocupa no sistema jurídico-penal brasileiro.

Não raras vezes, os cargos de delegado de polícia, são confundidos com os de simples dirigentes de uma unidade policial, nos moldes de um “xerife” norte-americano, ou aos comissários e inspetores de polícia judiciária de alguns países europeus.¹⁰⁷ Fato este que está intimamente relacionado ao despreparo intelectual acerca dos sistemas de investigação preliminar vigentes no mundo, no qual abordaremos, brevemente, a seguir, cada um deles.

No *juizado de instrução* a presidência da investigação criminal é dirigida por um magistrado, figurando a Polícia Judiciária como mero órgão auxiliar subordinada ao juiz-investigador. Enquanto no sistema de investigação preliminar *promotor-investigador*, as investigações são presididas pelo órgão acusador, cabendo a Polícia Judiciária apenas auxiliá-lo, nos mesmos moldes do *juizado de instrução*.

Em sentido contrário, está o sistema de investigação preliminar denominado *inquérito policial*, adotado pelo Brasil, com sua gênese no modelo inglês, no qual as investigações são conduzidas pela Polícia de forma independente e imparcial, frente à insubordinação ao Poder Judiciário ou Ministério Público.

Vê-se, assim, que o delegado de polícia não deve ser confundido como mero dirigente de uma unidade policial, visto que no Brasil o delegado assume funções que em todos os demais países, são exercidas por magistrados e membros do Ministério Público.

¹⁰⁷ PARAZZOI, Franco. *O Delegado De Polícia No Sistema Jurídico Brasileiro: Das Origens Inquisitoriais Ao Garantismo Penal De Ferrajoli*. Disponível em: <<http://www.delegados.com.br/images/stories/delegados.com.br-FRANCOPERAZZONI.pdf>>. Acesso em: 30 de jun. 2017.

Desta feita, trar-se-á colação, importantes considerações do Delegado de Polícia Federal, Franco Perazzoni:

Não se trata, por assim dizer, de um policial-jurista (ou seja, um servidor policial cuja exigência mínima de ingresso na carreira seja a posse do diploma de Direito), mas na verdade um jurista-policial (uma autoridade pública, cuja atribuição legal é eminentemente jurídica, mas que, por acertada opção legislativa e constitucional, deixou de integrar, historicamente, a carreira da magistratura para tomar assento no âmbito da própria instituição policial, como um sujeito autônomo e distante da futura relação processual, imparcial, em plena consonância com um sistema jurídico verdadeiramente acusatório).¹⁰⁸

Ademais, com o advento da Lei 12.830/13 - que se refere à investigação criminal realizada pelo delegado de polícia - as discussões doutrinárias perderam força no tocante à sustentação de que a autoridade policial não poderia ser classificada como jurídica, em razão de suas funções serem limitadas a questões materiais de segurança pública, nos moldes do artigo 144 da Constituição Federal.¹⁰⁹

Para melhor ilustrar, é mister trazer à baila as observações do Ilmo. Professor Renato Brasileiro de Lima:

Ora, se levarmos em consideração que o cargo de Delegado de Polícia é privativo de bacharel em Direito (Lei 12.830/12, artigo 3º) e que o exercício de suas funções guarda relação direta com a aplicação concreta de normas jurídicas aos fatos que lhe são apresentados, como ocorre, por exemplo, com a lavratura do auto de prisão em flagrante, indiciamento, representação por decretação de medidas cautelares, é no mínimo estranho admitir que o exercício de tais funções não tenha natureza jurídica. Daí a importância do art. 2º, caput, da Lei 12.830/13, que deixa evidente que as funções de polícia e a apuração das infrações penais exercidas pelo Delegado de Polícia são judiciais.¹¹⁰

Não obstante, os árdios defensores da audiência de custódia insistem que a autoridade policial é parte ilegítima para figurar na presidência da referida audiência, como a “outra autoridade judicial”. Os principais argumentos com vistas a incompatibilizar a figura do delegado com o disposto no artigo 7, item 5 da CADH, versam no sentido de que a autoridade policial não exerce funções jurisdicionais, por isso não lhe caberia presidir as

¹⁰⁸ Ibidem, *loc cit.*

¹⁰⁹ LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2ª Ed. Salvador: Juspodvim, 2014, p. 175.

¹¹⁰ Ibidem, p. 175-176.

audiências em comento, e ainda, como se não bastasse, sustentam que perderia a essência do ato de apresentação, já que uma de suas finalidades é o combate a prática de torturas pela polícia – verdadeira presunção de abuso policial.

Nesse sentido está o posicionamento do emérito Defensor Público Federal, multicitado, Caio Paiva:

Não há qualquer possibilidade de se conferir aos delegados a atribuição para presidirem audiências de custódia. Confiar a tutela do direito à integridade física e psíquica dos presos à autoridade policial quando, conforme já vimos, uma das principais finalidades da audiência de custódia é atuar na prevenção da tortura policial, despreza por completo a “essência” da apresentação em juízo. Não se trata de estabelecer uma *presunção de abuso policial*, mas sim de compreender que a audiência de custódia surge num contexto de controle judicial da prisão, que deve – necessariamente – ser exercido por uma autoridade com poderes para (a) relaxar uma prisão ilegal ou arbitrária, (b) conceder liberdade provisória, (c) converter a prisão preventiva em domiciliar se presentes os seus requisitos e, principalmente, (d) para fazer cessar eventual maus tratos ou tortura praticados contra o preso conduzido.¹¹¹

Frente a esses argumentos, ressalta-se que o delegado de polícia é cargo privativo de bacharel em direito, portanto, não lhe carece conhecimento técnico para exercer funções de legalidade e tipicidade do fato a qual se depara.

Vale registrar, ainda, que nos crimes cuja pena máxima não for superior a 4 (quatro) anos, nos termos do artigo 322 do Código de Processo Penal, o delegado poderá arbitrar fiança, ou por analogia ao artigo 350 do mesmo diploma legal, verificada a situação econômica do preso, dispensá-la.¹¹²

Podemos também, destacar a possibilidade de o delegado apreender bens relacionados ao crime, ou quando homologa a prisão em flagrante, determinando o recolhimento do conduzido à prisão, ou até mesmo quando promove o indiciamento, ato que se reveste das mesmas peculiaridades de decisão judicial, se observarmos o disposto no §6º do art. 2º da Lei nº 12.830: “O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por

¹¹¹ PAIVA, Caio. *Op. cit.*, p.51.

¹¹² COSTA, Thiago. *Audiência de Custódia – avanço ou risco ao sistema acusatório?* Disponível em: <<https://thiagofscosta.jusbrasil.com.br/artigos/161368436/audiencia-de-custodia-avanco-ou-risco-ao-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 02 de jul. 2017.

ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”.¹¹³

Contudo, a prisão em flagrante delito não está sujeita à reserva de jurisdição, situação diversa da prisão fora desta hipótese - em que só se legitima diante de uma ordem escrita da autoridade judiciária -, sendo realizado pelo delegado, há muitos, o primeiro controle de legalidade desta.

Dessa forma, é notória a autorização e habilitação do delegado de polícia para exercer funções tipicamente judiciais. Assim, superado o argumento quanto à impossibilidade do delegado exercer funções jurisdicionais, podemos afirmar que nosso ordenamento jurídico pátrio em momento algum violou garantias dispostas em Convenções ou Tratados ratificados pelo Brasil.

Nesse sentido está jurisprudência de lavra do professor Guilherme de Souza Nucci:

Quanto à afirmada ilegalidade da prisão em flagrante, ante a ausência de imediata apresentação dos pacientes ao Juiz de Direito, entendo inexistir qualquer ofensa aos tratados internacionais de Direitos Humanos. Isto porque, conforme dispõe o art. 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, 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. **No cenário jurídico brasileiro, embora o Delegado de Polícia não integre o Poder Judiciário, é certo que a Lei atribui a esta autoridade a função de receber e ratificar a ordem de prisão em flagrante. Assim, In concreto, os pacientes foram devidamente apresentados ao Delegado, não se havendo falar em relaxamento da prisão.** Não bastasse, em 24 horas, o juiz analisa o auto de prisão em flagrante (TJSP – HC n. 2016152-70.2015.8.26.0000- Rel. Guilherme de Souza Nucci, em 12.05.2015).¹¹⁴ **(grifos nossos).**

No que se refere à prevenção de eventuais torturas ou maus tratos praticados contra o preso, é importante frisar que constatado sinais atinentes à violação da integridade física deste na realização de exame clínico e corpo de delito, com forte indício de ter sido

¹¹³ BRASIL. *Lei nº 12.830*. Brasília, DF: Presidente da República, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

¹¹⁴BRASIL. *Jurisprudência*. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188312282/habeas-corpus-hc-20161527020158260000-sp-2016152-7020158260000/inteiro-teor-188312304>> . Acesso em: 22 jun. 2017

efetuado por parte dos agentes policiais responsáveis pela prisão e condução do sujeito à Delegacia, deve, o delegado apurar a prática do abuso policial e adotar as medidas cabíveis em seu âmbito de atuação. Caso contrário, poderá ser responsabilizado pela omissão.

Ademais, em sede policial será permitido ao conduzido o acompanhamento por advogado ou defensor público, momento em que poderá se manifestar, com seu defensor, sobre eventuais torturas ou maus tratados.

No entanto, não podemos considerar que o exercício da polícia judiciária está pautado no vício de violação a integridade física do indicado, tendo em vista que há mecanismos de controles suficientes para apurá-las em caso de fundada suspeita. Nesse caminho, apregoa os Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, Francisco Sannini Neto e Eduardo Luiz Santos Cabette:

O problema é que existe um ranço no meio jurídico em relação à figura do delegado de polícia, como se esta autoridade não fosse bacharel em Direito, como Juizes, Promotores, Defensores Públicos etc. O Delegado de Polícia, na verdade, é o primeiro garantidor da legalidade e da justiça. Concordamos que as nossas polícias ainda não estão livres da odiosa e inadmissível prática da tortura, mas é preciso que se acabe com essa pecha que recai sobre a polícia judiciária no sentido de que as investigações são pautadas por abusos contra os investigados.¹¹⁵

Vale ressaltar que o exame clínico e de corpo delito irão compor o inquérito policial, que por força da legislação pátria incumbe ao perito médico legal - servidor público integrante da polícia civil, dotado de elevada capacidade técnica para análise da situação clínica do indiciado, visto que é rigorosamente exigível para ingressar no cargo o bacharel em medicina - a realização deste e posterior encaminhamento de laudo ao magistrado, que apenas mediante o recebimento deste poderá aferir o estado físico e mental da pessoa detida.

Dessa forma, resta clara a incapacidade do juiz para apurar eventual violação da integridade física ou mental do indiciado no ato de apresentação, mesmo que esta se dê no

¹¹⁵ SANINI NETO, Francisco; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Audiência de Custódia: sugestões à proposta*. Teresina: Jus Navegandi, 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/35852>>. Acesso em: 02 de jul. 2017.

prazo máximo de 24 horas, o juiz não detêm conhecimento técnico suficiente para apurar a prática de tortura ou maus tratos, ficando adstrito às alegações do preso.

Assim, pode-se afirmar que os argumentos atinentes à ineficácia dos meios de repressão da tortura e dos maus tratos dispostos na legislação vigente, recaem em um sofisma, considerando o suporte oferecido pelo ordenamento jurídico.

Por fim, analisadas as principais funções e atuação do Delegado de Polícia no ordenamento jurídico pátrio, resta clara sua competência para presidir as audiências de custódia, uma vez que é o responsável, em um primeiro momento, pela análise da legalidade da prisão e pela observância de todos os direitos fundamentais do preso, devendo coibir qualquer espécie de abuso policial.

Neste diapasão, elucidada o delegado de polícia do Distrito Federal, Thiago Costa:

A habilitação legal do delegado de polícia decorre de vários diplomas legais além da própria Constituição Federal, sendo que o ingresso no cargo de delegado de polícia federal, por exemplo, segundo a Lei nº 9.266/96 [1], alterada pela Lei nº 13.047/2014, impõe exigências semelhantes àquelas previstas na Constituição Federal para ingresso na magistratura, como o título de bacharel em Direito e pelo menos três anos de comprovada atividade jurídica.

[...] o delegado de polícia está inserido no conceito amplo de autoridade previsto nos tratados de direitos humanos, razão pela qual se conclui que o sistema processual brasileiro não só está de acordo com os tratados internacionais como vai além é estabelece um duplo controle de legalidade da prisão em flagrante, realizado, a priori, pelo delegado de polícia, e a posteriori, pelo juiz de direito.

Desta feita, a interpretação lógica, sistemática e teleológica dos dispositivos analisados demonstra que a expressão “ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais” não condiciona a apresentação imediata do preso exclusivamente ao juiz, concluindo-se que as funções exercidas pelo delegado de polícia encontram não só amparo, mas verdadeira previsão legal no Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos.¹¹⁶

Ressalta-se que, o Juiz realizará nova análise sobre o fato quando remetido a este o auto de prisão em flagrante, no qual cabe ao mesmo verificar quanto à necessidade da

¹¹⁶ COSTA, Thiago. *Audiência de Custódia – avanço ou risco ao sistema acusatório?* Disponível em: <<https://thiagofscosta.jusbrasil.com.br/artigos/161368436/audiencia-de-custodia-avanco-ou-risco-ao-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 02 de jul. 2017.

manutenção da prisão ou sua conversão em outra medida cautelar, caracterizando, desta forma, o sistema de dupla cautelaridade, adotado pelo Brasil.

5. CONCLUSÃO

As premissas destacadas no curso deste artigo científico buscam elucidar as garantias dispostas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a natureza jurídica dos tratados e convenções que engajados neste, precipuamente, àqueles relacionados ao instituto das Audiências de Custódia, tendo como propósito demonstrar as principais questões que norteiam esse novel instituto e, por conseguinte, as perplexidades no que tange à sua forma de instituição.

1) A sustentação de aplicação imediata das audiências de custódia, independente de regulamentação legislativa por estarem previstas em tratado internacional relacionado à Direitos Humanos, com base no disposto no art. 5º, §1º da Constituição Federal, restou superado, tendo em vista o posicionamento firmado da Suprema Corte conferindo status de norma supralegal a todos os instrumentos internacionais que ratificados antes do advento da Emenda nº 45 de 2004.

2) A audiência de custódia constitui instrumento dotado de jurisdição, com vistas à apresentar o sujeito detido a um juiz ou outra autoridade competente, no prazo máximo de 24 horas, para que a autoridade que presidir à apresentação possa apurar a legalidade das prisões, prevenir torturas ou maus tratos por agentes policiais, bem como decidir sobre a necessidade da prisão ou a imposição de medida cautelar. Realizada análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos concluímos que não há previsão da referida audiência, nem mesmo determinação de prazo para que ocorra apresentação do preso, referindo-se apenas ao dever de observação a critérios de razoabilidade de acordo com as peculiaridades de cada caso. Ainda, conclui-se que, no tocante à autoridade competente esta mesma Corte também não dispõe de regra, tendo em vista a possibilidade prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, de ser concedida autorização a outra autoridade que não o juiz para presidir o ato de apresentação.

3) Superados os argumentos da aplicação imediata da audiência de custódia por suposta previsão normativa em tratados internacionais de direitos humanos, concluímos que em razão da ausência de lei interna regulamentadora, os atos emanados do Poder Judiciário

instituindo as audiências possui caráter inconstitucional, frente à competência privativa da União para legislar em matéria processual penal, em notória violação ao Princípio da Reserva Legal. Ademais, a forma que vem sendo instituída viola inúmeros princípios constitucionais, além de inovar em termos de vedação probatória e na perplexidade de imposição da análise fática pelo juiz, sem que adentre ao mérito. Dessa forma, acreditamos que toda essa celeuma das audiências de custódia não passam de uma falácia, no qual se utilizam de conceitos jurídicos indeterminados para sustentar teses, que não mais representam, além de descompromisso dos estudiosos processualistas. Posto isto, concluímos que o sistema de garantias fundamentais, estatuído no ordenamento jurídico brasileiro, está em perfeita consonância com as normas de caráter internacional, tendo em vista que há muitos anos prevê o encaminhamento imediato do sujeito capturado à figura do Delegado de Polícia, autoridade que se adequa ao conceito amplo da CADH, exercendo o primeiro controle de legalidade da prisão, demonstrando, inclusive, grande avanço no direito comparado, frente aos demais países que não preveem este cargo, ou atribuem funções limitadamente à segurança.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. 2º ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2015.

BADARÓ, Gustavo. *Parecer*. Disponível em: <https://www.academia.edu/9457415/Parecer_-_Pris%C3%A3o_em_flagrante_delito_e_direito_%C3%A0_audi%C3%Aancia_de_cust%C3%B3dia>. Acesso em: 04 de jun. 2017.

BARBOSA NETO, Antônio José. *Audiência de custódia: o delegado de polícia e a interpretação às avessas da convenção americana de direitos humanos*. 2015. Trabalho de conclusão de curso (bacharelado em direito), Centro Universitário Fluminense - UNIFLU, Campos dos Goytacazes, 2015.

BASTOS, Marcelo Lessa. *Audiência de Custódia: forma e fundo*. II Simpósio de Direito Penal da ASCES-UNITA – Universidade Tabosa de Almeida. Caruaru –PE, 2016.

Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=6Dh-K1MPPy8>>. Acesso em: 01 de jul. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 141.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 29 de mai. 2017.

BRASIL, Decreto nº 7.030/2009. *Convenção de Viena sobre Direitos Humanos*. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 30 de mai. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº347*. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal: 09 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30 de jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento ADI nº 5.240*. Relator: Min. Luiz Fux. São Paulo: em 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333#87%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o65>>. Acesso em: 28 de mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento ADI nº 5.448*. Relator: Min. Dias Toffoli. Distrito Federal: 09 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12498633#19%20-%20Inteiro%20teor%20do%20ac%F3rd%E3o>>. Acesso em: 28 de mai. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.004*. Relator: Min. Xavier de Albuquerque, Julgamento: 01/06/1977, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

BRASIL. *Código Eleitoral Brasileiro, Lei nº 4.737, de 1965*. Brasília, DF: Presidente da República, 1965. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. Acesso em: 30 mai. 2017.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto Lei nº2.848, de 07 de dezembro, 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 16 de jun. 2017.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 28/05/2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Sistema carcerário brasileiro e a execução penal – Projeto Cidadania nos Presídios*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>>. Acesso em: 30 de jun. 2017.

BRASIL *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 de jun. 2017.

_____. *Jurisprudência*. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/345934957/habeas-corpus-hc-20821955220168260000-sp-2082195-5220168260000/inteiro-teor-345934977>>. Acesso em: 22 jun. 2017

_____. *Jurisprudência*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2913175/habeas-corpus-hc-92893-es>>. Acesso em: 30 de jun. 2017.

_____. *Jurisprudência*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15955811/habeas-corpus-hc-122059-rj-2008-0263187-0/inteiro-teor-16831260>>. Acesso em: 29 de jun. de 2017.

_____. *Jurisprudência*. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188312282/habeas-corpus-hc-20161527020158260000-sp-2016152-7020158260000/inteiro-teor-188312304>> . Acesso em: 22 jun. 2017

BRASIL, *Lei n° 12.830*. Brasília, DF: Presidente da República, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado n° 554, de 2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=95848&tp=1>>. Acesso em: 30 mai. 2017.

BRASIL. *Resolução n° 13 de 2015 do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo*. Disponível em: <<https://sistemas.tjes.jus.br/ediario/index.php/component/ediario/241608?view=content>>. Acesso em: 27 de jun. 2017.

_____. *Resolução n° 18 de 2015 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte*. Disponível em: <<http://www.tjrn.jus.br/files/resolucao-audiencia-custodia.pdf>>. Acesso em: 27 de jun. 2017.

_____. *Resolução n° 29 de 2015 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/e9c65ba8bd6e3ac3a9ee50be584e3f4a.pdf>>. Acesso em: 27 de jun. 2017.

BRASIL, Senado Federal. *Parecer n° 927 de 2016 - Redação final do Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado n° 554, de 2011*. Diário do Senado Federal n°198. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4452595&disposition=inline>>. Acesso em: 29 de mai. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Julgamento ADPF n° 347*. Distrito Federal, em: 09/05/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 28/05/2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário no 349.703-1/RS*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 03 de jun. 2017.

CANINEU, Maria Laura. *O Direito à “audiência de custódia” de acordo com o direito internacional*. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2014/02/03/252627>>. Acesso em: 01 de jul. 2017.

CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. *Os Valores Constitucionais Fundamentais: esboço de uma análise axiológico-normativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 13.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos no Brasil*. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Cap%204%20.htm>>. Acesso em: 30 de jun. de 2017.

_____. *Pacto São José da Costa Rica*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 20 de jun. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. *Caso Lopez Alvarez vs. Honduras*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1fd1d4af1569a345e837bd0ce47ce9d9.pdf>>. Acesso em: 13 de jun. 2017.

_____. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf>. Acesso em: 13 de jun. 2017.

_____. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2017.

_____. *Caso vélez loor vs. Panamá*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf>. Acesso: 12 jun. 2017.

COSTA, Thiago. *Audiência de Custódia – avanço ou risco ao sistema acusatório?* Disponível em: <<https://thiagofscosta.jusbrasil.com.br/artigos/161368436/audiencia-de-custodia-avanco-ou-risco-ao-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 02 de jul. 2017.

EMPÓRIO DO DIREITO. *Ministério Público não pode investigar e Juiz André Nicollit (TJRJ) rejeita denúncia*. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/ministerio-publico-nao-pode-investigar-e-juiz-andre-nicollit-tjrj-rejeita-denuncia/>>. Acesso em: 27 de jun. 2017.

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE GOIÁS. *Manifestação dos magistrados do Estado de Goiás sobre o projeto Audiência de Custódia*. Disponível em: <<http://esmeg.org.br/2015/05/27/manifestacao-dos-magistrados-do-estado-de-goias-sobre-o-projeto-audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 01 de jul. 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal I*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JÚNIOR, Aury Lopes. *Direito processual penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada*. 2ª Ed. Salvador: Juspodvim, 2014.

LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 4ª, ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2009.

LOPES, Jr. Aury. *Boletim Audiência de Custódia. Informativo*. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>>. Acesso em: 24 de jun. 2017.

MAZZUOLI, Valério Oliveira. *Direito dos Tratados*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5707-0/cfi/6/10>>. Acesso em: 02 de ab. de 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Marco Corrêa. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.06.

OLIVEIRA, Gisele Souza de; JÚNIOR, Samuel Meira Brasil; SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. *Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2015, p. 24.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLITICOS. *Tratado sobre Direitos humanos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 20 de jun. 2017.

PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro*. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PARAZZOI, Franco. *O Delegado De Polícia No Sistema Jurídico Brasileiro: Das Origens Inquisitoriais Ao Garantismo Penal De Ferrajoli*. Disponível em: <<http://www.delegados.com.br/images/stories/delegados.com.br-FRANCOPERAZZONI.pdf>>. Acesso em: 30 de jun. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil*. Declaração feita pela Ministra no 4º Encontro do Pacto Integrador de Segurança Pública

Interestadual e da 64ª Reunião do Colégio Nacional de Secretários de Segurança Pública (Consesp), em Goiânia (GO). Agência CNJ de notícias, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>>. Acesso em: 01 de jul. de 2017

SANINI NETO, Francisco; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Audiência de Custódia: sugestões à proposta*. Teresina: Jus Navegandi, 2015. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/35852>>. Acesso em: 02 de jul. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Desde 1992, a falta de Audiência de Custódia pode anular condenações?*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-23/senso-incomum-falta-audiencia-custodia-anular-condenacoes-antigas>>. Acesso em: 28 de jun. de 2017.

ZIMMAR, Rafael Barone; MONTEIRO, André Vinicius. *A Audiência De Custódia e a Inconstitucionalidade do Provimento Conjunto do Tribunal De Justiça De São Paulo*. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigos/outros-autores/processo-penal/a-audiencia-de-custodia-e-a-inconstitucionalidade-do-provimento-conjunto-do-tribunal-de-justica-de-sao-paulo>>. Acesso em 27 de jun. de 2017.

FRAGMENTOS JURISPRUDENCIAIS DE UM PROCESSO INQUISITIVO

*Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim*¹

SUMÁRIO: 1- Introdução; 2- Do Sistema Acusatório e da Importância do Ministério Público no processo penal; 3- Fragmentos jurisprudenciais; 3.1- Audiência de custódia sem a presença do Ministério Público; 3.2- Conversão da prisão em flagrante em preventiva *ex officio*; 3.3- Denúncia sem pedido de condenação; 3.3.1- Pedido expreso de condenação para indenização?; 3.4- Audiência de instrução e julgamento sem a presença do Ministério Público; 4- Consequências processuais de um processo penal condenatório sem a presença do Ministério Público; 5- Conclusão.

1. Introdução.

Já há alguns anos, temos refletido sobre o desapego por relevante parte dos órgãos jurisdicionais, em relação à estrutura acusatória de nosso processo penal. Na verdade, não chega a ser novidade o descompasso entre o regramento constitucional (hodiernamente até mesmo em relação à legislação infraconstitucional) e a atividade cotidiana dos tribunais. Ultimamente, a par da deterioração da própria legalidade do direito processual penal, com a introdução, via colaboração premiada, da chamada

¹ Professor de direito processual penal, na pós-graduação da ASCES-PE e Escola Judicial do TJPE. Juiz de Direito (TJPE).

“justiça pactuada”, nessa delicada área do direito, temos visto aceleração da admissibilidade de violação de regras próprias do sistema acusatório.

Nossa intenção, nesse breve texto, é pinçar alguns fragmentos da jurisprudência, dita dominante, que delineiam, senão a inquisitorialidade declarada, certamente o mencionado desapego. Embora sem esperanças, no horizonte próximo, de qualquer mudança no sentido de reforço do sistema acusatório, ao menos fica o alerta para a comunidade jurídica.

2. Do Sistema Acusatório e da Importância do Ministério Público no processo penal

Vamos nos utilizar, em parte, do que já escrevemos sobre o tema, para breve relembrar. Entre todas as nuances que diferenciam o sistema acusatório do sistema inquisitório, pode-se afirmar que a separação das funções de acusar, defender e julgar é a principal. Dela decorrem todas as outras características do sistema acusatório, sendo certo, todavia, que podemos ter variações na pureza do sistema, a depender da opção político-legislativa de cada país².

Ao garantir a separação das funções de acusar, defender e julgar, estabelecendo o contraditório e a ampla defesa, além de expressamente se referir à presunção de não-culpabilidade, a Constituição da República definiu as características básicas do sistema acusatório, nos seus elementos essenciais, embora o Código de Processo Penal ainda precise de uma verdadeira purificação dos resquícios inquisitórios que apresenta.

Nesse sentido é a lição de Geraldo Prado³:

“Assim, se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o

² Vale a leitura das seguintes obras sobre o chamado sistema acusatório: “Sistemas processuais penais e seus princípios reitores – Mauro Fonseca de Andrade”, “Sistema Acusatório- Geraldo Prado”, “Sistemas processuais penais – Gilberto Thums”, “Processo penal e sistema acusatório – Roberta Lofrano Andrade”, “Sistemas procesales penales, la justicia penal em Europa y América – Teresa Armenta Deu” e “Proceso penal y sistemas acusatorios- Lorena Bachmaier Winter”.

³ PRADO, Geraldo L.M. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 195.

trânsito em julgado, da sentença condenatória, a presunção da inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou”

Já no processo inquisitorial, a relação processual é linear, entre juiz e réu, de modo que funções relevantes de investigação, acusação e julgamento, confundem-se num só feixe de competência, titularizada pelo juiz. Evidente que, nesse sistema, poucas chances tem o réu de ser absolvido ou, ainda mais dramático, de ter um julgamento justo, proferido por um juiz imparcial.

Reconhece-se, por óbvio, que muitas passagens do Código de Processo Penal admitem uma atividade judicial inquisitiva, no entanto, não a ponto de desfigurar de todo o sistema acusatório. Ademais, se há incompatibilidades entre a lei processual e a Constituição da República, deve-se utilizar o controle de constitucionalidade para a devida poda das incongruências inarredáveis e não conceituar o sistema tendo em conta as disposições infraconstitucionais e inconstitucionais.

Relacionado intrinsecamente com o sistema acusatório está o princípio da inércia da jurisdição. Importante mecanismo de contenção do poder jurisdicional, reflete também sobre a imparcialidade do órgão julgador e mantém relações com a correlação entre o pedido e a sentença (no processo penal, melhor dizer entre a acusação e a sentença). Determina que o juiz somente atue mediante provocação. Logicamente, tal princípio comporta ponderações, expressamente previstas em lei, para assegurar outros valores também relevantes.

Como ensina Alexandre Freitas Câmara:

“Tal princípio proíbe, portanto, os juízes de exercerem a função jurisdicional sem que haja a manifestação de uma pretensão por parte do titular de um interesse, ou seja, não pode haver exercício da jurisdição sem que haja uma demanda”⁴

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 70.

No processo penal, também temos plena incidência de tal princípio, excepcionado, conforme já se disse, apenas por expressa determinação legal, que seja compatível com a Constituição Federal.

Em última análise, a estruturação acusatória do processo tem por finalidade garantir a imparcialidade do juiz. Entendemos a imparcialidade como caractere essencial da atividade jurisdicional, erigindo-se em condição para o regular desenvolvimento do processo⁵, sendo certo que sua inobservância torna os atos processuais praticados absolutamente nulo⁶.

Historicamente, a evolução dos sistemas processuais, partindo de um acusatório privado, passando pelo inquisitivo e chegando a um acusatório público (abstraindo a experiência equivocada do sistema misto), atingiu um modelo ideal para se garantir a imparcialidade do juiz e uma persecução penal não dependente de interesses privados.

Como leciona Afrânio Silva Jardim⁷:

“Era preciso, e também uma consequência natural do evoluir dialético do pensamento humano, chegar-se a um processo que fosse a síntese da forma acusatória individualista e do brutal procedimento inquisitório. Impunha-se a retirada do Juiz daquelas funções persecutórias, mas não poderia o Estado cruzar os braços no que tange à persecução penal. O Estado sentiu a necessidade de criar mecanismos seguros para que a atividade jurisdicional se fizesse de forma justa, independentemente da vontade ou interesse das partes privadas. Mas o Juiz tinha de ser preservado, em prol de sua imparcialidade. Conseguiu-se este grande salto de qualidade através da institucionalização do Ministério Público, que pode ser considerado o verdadeiro “ovo de Colombo” para o processo penal que surgiu modernamente.

Com o Ministério Público, assumiu o Estado, definitivamente, a titularidade da persecutio criminis in judicio, sem precisar comprometer a imparcialidade judicial.”

⁵ JARDIM, Afrânio Silva e AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres**. 14 edição, Salvador: Juspodivm, 2016, páginas 129-137.

⁶ Para um estudo aprofundado sobre o juiz natural e as consequências da violação a tal garantia, vide a obra “Juiz Natural no Processo Penal – Gustavo Henrique Badaró”.

⁷ JARDIM, Afrânio Silva e AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres**. 14 edição, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 120.

Percebemos, pois, a relevância do papel do Ministério Público, como titular da ação penal pública, a fim da manutenção da imparcialidade do juiz no processo penal, garantindo-se, por outro lado, que a aplicação do direito penal não esteja contaminada por interesses privados.

Aliás, cabe ressaltar que o Ministério Público vem, de longa data, lutando para auferir e manter a titularidade privativa para o exercício da ação penal pública condenatória. Basta mencionar o art. 26, do atual Código de Processo Penal, que atribui ao juiz ou delegado de polícia o exercício da ação penal nos casos de contravenções penais, o que ficou conhecido como procedimento judicialiforme. Tal dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois o art. 129, I, atribui privatividade ao Ministério Público para o exercício da ação penal pública.

Note-se que o Ministério Público, pelo art. 257, do CPP, tem a relevante e dúplice função de titular da ação penal pública condenatória e de fiscal da correta aplicação da lei, o que lhe permite atuar livremente, sem estar atrelado à postura de acusador sistemático, podendo opinar pela absolvição do réu, exercer a ação de *habeas corpus*, apelar contra sentença condenatória, etc.

Todavia, antes da exposição didática da CF de 1988, nosso processo penal já tinha feição acusatória, embora em grau ainda menor que o atual. A lei complementar federal n. 40/81, em seus artigos 30, inciso II, e 55, estipulou que o exercício da ação penal pública condenatória era função institucional do Ministério Público e que era vedado o exercício de suas funções institucionais por pessoa estranha aos quadros ministeriais. Houve, entretanto, resistência por parte relevante da doutrina em entender por ab-rogado o mencionado art. 26, CPP, conforme noticiou Hugro Nigro Mazzili⁸.

3. Fragmentos jurisprudenciais

Embora tenhamos nominado o subsequente pinçamento de alguns julgados como sendo “fragmentos jurisprudenciais”, dada a impossibilidade de aferição numérica, em cada tribunal, da prevalência deste ou daquele entendimento, no âmbito

⁸ Trabalho inserto na coletânea “Doutrinas Essenciais – Processo Penal”, organizadores Guilherme Souza Nucci e Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Recista dos Tribunais, volume II, páginas 783-789, com o título “Procedimento penal ‘ex officio’ e Ministério Público”.

de um texto que se pretende breve, não temos qualquer dúvida que tais decisões fazem parte do que se chama de jurisprudência dominante, tendo em conta sua ampla repetição, apesar de não reconhecida na forma do art. 926, § 1º, do CPC.

3.1- Audiência de custódia sem a presença do Ministério Público

A resolução n. 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, como se sabe, determinou a obrigatoriedade da realização, em todo território nacional, da chamada audiência de custódia. É verdade que, por deficiências estruturais, em muitas comarcas do país ainda não se realizam audiências de custódia. De toda forma, vamos considerar o sistema idealizado pela citada resolução.

O art. 4º, da resolução n. 213/2015, do CNJ, é enfático quanto à presença do Ministério Público na audiência de custódia. Cabe transcrever:

“A audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante”.

Perceba-se a imperatividade do mencionado comando: “será realizada na presença”. Senão por um ativismo judicial sem muita aderência ao texto expresso, não há como se interpretar/aplicar tal determinação para se admitir a realização da audiência de custódia sem a presença do Ministério Público. Mesmo nos tempos atuais, onde o direito parecer ser apenas o que os tribunais dizem que ele é, não parece razoável afirmar que “na presença de” é o mesmo que “na ausência de”.

A consequência da ausência do Ministério Público, nesse ato, como em praticamente todas suas outras ausências, parece estar prevista no art. 564, inc. III, letra “d”, do CPP, que será analisado um pouco mais à frente.

Na doutrina específica, há diferentes posicionamentos, sendo relevante mencionar o de Raphael Melo⁹, que, embora não avance para a consideração de nulidade da própria audiência, vai no sentido de que a ausência do Ministério Público não terá a consequência de adiamento do ato, mas sim, importará na soltura do preso, já que o juiz não pode decretar cautelares restritivas de ofício, nesse momento processual. Evidente

⁹ MELO, Raphael. **Audiência de custódia no processo penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 173.

que tal consequência somente se dará quando da apresentação de preso em flagrante e não por ordem judicial. Essa consequência nos parece inevitável, conforme esclareceremos no próximo item, sem embargo da análise de nulidade da própria audiência.

Todavia, ao arrepio de todas essas considerações, a jurisprudência tem se manifestado no sentido de que é possível a realização da audiência de custódia sem a presença do Ministério Público¹⁰. Sempre trabalhando com equívoca fórmula de “demonstração de prejuízo”, os tribunais têm decidido que a presença do Ministério Público é irrelevante na audiência de custódia. Valendo por todos, segue acórdão do TRF 4ª região:

“TRF3-0424631) HABEAS CORPUS. ARTIGO 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PRESSUPOSTOS E REQUISITOS. PRESENÇA. ORDEM DENEGADA DENEGAÇÃO. 1. A ação de habeas corpus tem pressuposto específico de

¹⁰ Aliás, ainda pior que ignorar a obrigatória presença do Ministério Público, nas audiências de custódia, a maior parte dos julgados têm afirmado que a própria não realização da audiência de custódia é um nada jurídico. Não realizada a audiência de custódia, isso não teria qualquer consequência de ordem processual, o que coloca em risco a manutenção de tal ato, que consome uma quantidade considerável de recursos públicos, com transporte, alimentação e segurança para os presos. Nesse sentido: “STJ-0712939) RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. ALEGAÇÃO SUPERADA. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. LEGALIDADE. DISPENSA DE PRÉVIA REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DA AUTORIDADE POLICIAL. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO AO MEIO SOCIAL. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. INAPLICABILIDADE DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é remansosa no sentido de que a conversão da prisão em flagrante em segregação preventiva, quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP, se reveste de legalidade, dispensando prévia representação do Ministério Público ou da autoridade policial e torna superado o argumento de irregularidades na prisão em flagrante, diante da produção de novo título a justificar a segregação. 2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Devendo, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos do previsto no art. 319 do CPP. No caso dos autos, a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada, com base em elementos concretos, a periculosidade do recorrente, evidenciada pela reiteração de condutas delitivas, especialmente diante do fato de que existem inúmeros registros criminais em desfavor do autuado, inclusive condenações com trânsito em julgado por crimes contra o patrimônio, o que demonstra risco ao meio social, recomendando a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública. 3. A presença de condições pessoais favoráveis do agente, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não representa óbice, por si só, à decretação da prisão preventiva, quando identificados os requisitos legais da cautela. 4. São inaplicáveis quaisquer medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP, uma vez que as circunstâncias do delito evidenciam a insuficiência das providências menos gravosas. Recurso em habeas corpus desprovido. (Recurso em Habeas Corpus nº 79.975/MG (2017/0004332-0), 5ª Turma do STJ, Rel. Joel Ilan Paciornik. DJE 27.03.2017).”

admissibilidade, consistente na demonstração primo actu oculi da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercute, mediata ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal e art. 647 do Código de Processo Penal. 2. A autoridade impetrada fundamentou, corretamente, a necessidade de segregação cautelar do paciente na garantia da ordem pública, havendo elementos indicativos da reiteração delituosa. 3. As circunstâncias favoráveis ao paciente indicadas na impetração não são suficientes para assegurar a concessão da liberdade, sobretudo diante da informação de reiteração delituosa. 4. Não se há falar em qualquer prejuízo do direito de defesa diante da ausência de representante do Ministério Público Federal na audiência de custódia, pelo que incabível a revogação da prisão preventiva por este fundamento. 5. Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 0023169-35.2016.4.03.0000, 5ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Paulo Fontes. j. 20.02.2017, unânime, e-DJF3 01.03.2017).”

Já se começa, por aqui, o esboço jurisprudencial de um processo inquisitorial.

3.2- Conversão da prisão em flagrante em preventiva *ex officio*.

O art. 310, do CPP, a rigor, não determina prazo para que o juiz decida sobre as medidas que ali estão elencadas, o que poderia levar à solução do art. 800, inciso II, CPP, que regula em 05 dias o prazo para o juiz proferir decisões interlocutórias simples.

Todavia, nos locais onde se realiza a chamada “audiência de custódia”, tal realidade mudou, pois é nesse ato que o juiz deve tomar alguma das medidas elencadas no art. 310, como acima se mencionou.

A questão que se coloca é se o juiz pode converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, sem que tenha sido provocado pelo Ministério Público ou mesmo por representação do Delegado de Polícia.

Já escrevemos sobre o tema¹¹, quando esboçamos, em linhas gerais, os argumentos que seguem resumidos. Entre as opções postas ao juiz, no art. 310, do CPP, está a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Pertinente, desde logo, afastar interpretações no sentido de que “converter” seria diverso de “decretar”. Ora, não se deve definir os atos jurídicos tendo em conta apenas a terminologia que a lei emprega, até por conta da notória atecnia legislativa em matéria processual.

Se o juiz tem que considerar os pressupostos, os fundamentos e as condições de admissibilidade da prisão preventiva (arts. 311, 312 e 313, CPP), para realizar a tal conversão, trata-se de decretar a própria preventiva. Não importa que a lei empregue termos diversos. Poderia utilizar outros, tais como, imporá, aplicará, infligirá, determinará, etc., e estaria, do mesmo modo, estabelecendo comando para incidência da prisão preventiva com todos os seus caracteres, pressupostos e fundamentos básicos.

Também não nos parece correto defender que basta alinhar o disposto no art. 310, II, aos artigos 282, §2º e 311, todos do CPP, numa interpretação sistemática, para se concluir que o juiz não deve decretar a prisão preventiva de ofício logo ao tomar conhecimento da prisão em flagrante. De fato, decretar a preventiva *ex officio*, ainda em sede inquisitorial, segue linha contrária ao próprio novel texto dos artigos 282, §2º, e 311, CPP, que revelam não poder o juiz decretar cautelares, e especialmente a prisão preventiva, de ofício, em sede inquisitorial. Esse o sistema.

Porém, não se pode “apagar” o que está dito no inciso II do art. 310 do CPP, de forma expressa, confrontando-o com outros artigos postos no mesmo código. O texto do art. 310, II, CPP, traz exceção ao próprio sistema criado pela lei n. 12.403/11. O que se deve indagar é se tal exceção (autorizar o juiz a decretar a prisão preventiva, na fase de inquérito, sem qualquer provocação) se adéqua à Constituição da República, notadamente ao sistema acusatório que dela emerge.

Se há essa adequação, então que se aplique a preventiva de ofício, quando for o caso. Se não há, como pensamos, então que se faça o devido controle de constitucionalidade.

Não podemos afirmar que a regra do art. 310, II, CPP, está compatível com o sistema acusatório. O juiz, na fase inquisitorial, somente deve atuar mediante provocação, a fim de resguardar sua necessária imparcialidade. Como dito, o princípio

¹¹ JARDIM, Afrânio Silva e AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres**. 14 edição, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 374-381.

da inércia do poder jurisdicional é umbilicalmente ligado à manutenção da imparcialidade do juiz.

Ora, para que o juiz venha a decretar uma prisão preventiva, ainda em sede de investigação, deve cogitar qual crime teria sido cometido, a fim de verificar a admissibilidade da prisão preventiva (art. 313 do CPP). Formula o juiz, portanto, em momento absolutamente impróprio, uma verdadeira *opinio delicti*.

Também deve o juiz verificar a existência de prova da materialidade delitiva e indícios de sua autoria (art. 311 do CPP), cogitando até mesmo dos requisitos necessários para o oferecimento da denúncia, quando sequer foi exercida a ação penal. O juiz ainda precisaria verificar um dos fundamentos previstos no art. 312 do CPP.

Tudo isso, o juiz deveria fazer mediante atuação *ex officio*, numa clara violação à imparcialidade que deve ostentar no processo. Imaginemos que após cumprir o disposto no art. 310, II, do CPP, decretando a prisão preventiva sem qualquer provocação, o juiz se depare com um requerimento do Ministério Público pelo arquivamento do inquérito policial. A única forma de atuação coerente seria a utilização do art. 28 do CPP, provocando o órgão de revisão ministerial acerca do princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal, pois tudo que seria necessário ao oferecimento da denúncia já foi objeto de cogitação positiva pelo juiz e, pior, em atuação sem provocação.

Num eventual processo, nesta hipótese que mencionamos, por denúncia advinda do órgão de revisão ministerial, teríamos como presidente do processo um juiz que decretou a prisão preventiva do réu, de ofício, na fase inquisitorial, e que ainda solicitou a elaboração da denúncia. Realmente, uma drástica violação ao sistema acusatório, que atribui a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, inciso I, da CR), derivando daí, dentre outras importantes consequências, que a provocação do Judiciário no interesse da acusação estatal é reservada ao próprio órgão acusador.

No entanto, a jurisprudência vem decidindo exatamente em sentido oposto, permitindo a atuação do juiz de ofício, aceitando acriticamente a clara violação de sua imparcialidade e do próprio sistema acusatório. Citamos um acórdão, do Superior Tribunal de Justiça, dentre milhares, para ilustrar o descompasso indicado:

“STJ-0644316) PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO. (1) AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NÃO REALIZADA. AUSÊNCIA DE

NULIDADE. (II) PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. DECRETO DE OFÍCIO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO DE PROCESSO E AO PRINCÍPIO DA INÉRCIA. (III) SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. REGISTROS CRIMINAIS ANTERIORES. RECURSO DESPROVIDO. 1. Conforme orientação firmada no âmbito da Sexta Turma desta Corte Superior, "a não realização de audiência de custódia não é suficiente, por si só, para ensejar a nulidade da prisão preventiva, quando evidenciada a observância das garantias processuais e constitucionais" (AgRg no HC 353.887/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19.05.2016, DJe 07.06.2016). 2. Presentes os requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal e demonstrado o periculum libertatis, admite-se ao Magistrado converter a prisão em flagrante em preventiva, aos ditames do art. 310, II, do Código de Processo Penal, sem que tal fato se confunda com a decretação da segregação preventiva ex officio na fase investigativa. Não se verifica, pois, a alegada violação ao art. 311 da norma adjetiva penal, tampouco a desconformidade com o sistema acusatório de processo ou com o princípio da inércia, adotados pela Constituição da República de 1988 (Precedentes). 3. Caso em que o decreto construtivo fundamentou-se na garantia da ordem pública, a fim de interromper a atuação do acusado no cometimento de delitos, diante da sua contumácia na vida do crime, vez que possui diversos registros criminais, além de ter cometido o roubo em comento enquanto se encontrava em cumprimento de medida cautelar diversa do cárcere pela prática de outra infração. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento. (Recurso em Habeas Corpus nº 70.942/MG (2016/0123095-4), 6ª Turma do STJ, Rel. Antônio Saldanha Palheiro. DJe 12.09.2016)."

3.3- Denúncia sem pedido de condenação

Avançando um pouco mais nas fases da persecução penal, chegamos em momento crítico, de alta relevância, que é a formulação da acusação penal, com a apresentação da denúncia ou queixa.

Aqui, para o que nos interessa neste trabalho, vamos ressaltar que o juiz não deve fazer ou completar a acusação, como necessidade de adequação mínima ao

sistema acusatório. A provocação da atividade jurisdicional, nesse passo, além de ser necessária, deve ser adequada, não agindo o juiz como um tutor da inépcia das partes, ainda mais se tratando de pretensão punitiva estatal, promovida, em regra, por burocratas especializados na seara jurídica.

Os lineamentos processuais penais, como já do senso comum, são garantias da sociedade para que a atividade punitiva do Estado seja aplicada com racionalidade e de forma imparcial, ao mesmo tempo tutelando a segurança jurídica e o senso de justiça que se busca nesse campo específico de seu atuar.

O ponto que desejamos destacar é a apresentação de denúncia sem pedido expresso de condenação. Seria tal peça processual apta a provocar a atividade jurisdicional? Também sobre o tema já tivemos a oportunidade de escrever algumas linhas¹² que, em resumo, traçam o caminho a seguir exposto.

A ação tem seus elementos mínimos de composição (que, no mais das vezes, também lhes serve de pontos de identificação), sendo certo que, não estando presentes, a atividade jurisdicional não pode ser considerada provocada corretamente, violando-se a cláusula constitucional do devido processo legal.

Seja no processo civil, no processo penal ou trabalhista, a petição inicial deve conter tais elementos mínimos, essenciais, e outros que cada legislação específica exigir, até em razão da boa técnica processual, necessária para que possamos distinguir esses atos inaugurais da atividade processual como tais, e não como meros requerimentos ou solicitações.

Fernando Antônio Negreiros Lima¹³ ensina:

“Como elementos da ação, apontam-se as partes, o pedido e a causa de pedir. São elementos constitutivos, que integram toda ação e cuja importância é decisiva no que se refere à questão a identidade de ações e suas consequências processuais”

O pedido do autor exterioriza sua pretensão, identifica a providência jurisdicional que se requer. O pedido é o objeto do processo, ou seja, ponto central ao qual se destina toda a atividade processual, para que se chegue ao julgamento meritório.

¹² JARDIM, Afrânio Silva e AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres**. 14 edição, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 545-553.

¹³ LIMA, Fernando Antônio Negreiros. **Teoria Geral do Processo Judicial**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 454.

O juiz, ao analisar o mérito da pretensão, vai julgar procedente ou improcedente o pedido que consta da inicial.

Da mesma forma que nas ações civis, eleitorais ou trabalhistas, na ação penal pública condenatória, o pedido do autor deve estar expresso.

Parte da doutrina classifica o pedido como pressuposto processual de existência, o que, deixando ao largo a clássica polêmica sobre tal categoria processual, enfatiza sua importância para a regular provocação e desenvolvimento da atividade jurisdicional.

Não existindo pedido de condenação, o que restaria ao juiz julgar procedente ou improcedente? O pedido de citação ou de recebimento da inicial? Qual o fim desejado pela parte autora que apenas narra um fato ao juiz e não requer nenhuma providência de mérito?

A denúncia, apresentada sem pedido, padece da ausência de elemento constitutivo da ação, deixando de manifestar a pretensão do autor, ou seja, não requer ao Judiciário uma providência de mérito. A rigor, sem pedido não existe regular exercício do direito de ação, retratando a petição inicial uma mera notícia crime. Ademais, sem pedido, não temos sequer petição inicial, enquanto ato processual típico.

Antes de adentrarmos na questão da boa técnica na elaboração da denúncia, há de se colher outra lição. A saudosa professora Ada Pellegrini Grinover¹⁴, na companhia de Antônio Cintra e Cândido Dinamarco, leciona:

“Esses elementos são as partes, a causa de pedir e o pedido. É tão importante identificar a ação, que a lei exige a clara indicação dos elementos identificadores logo na peça inicial de qualquer processo (...). A falta dessas indicações acarretará o indeferimento liminar da petição inicial, por inépcia (CPC, arts. 284 e 295, par., inc. I).”

Entrando já na boa técnica da elaboração da denúncia, temos a doutrina de José Frederico Marques¹⁵ que afirma:

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Teoria Geral do Processo**. 24ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 280.

¹⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, 2ª edição. Campinas: Millenium, 2001, p. 135.

“A denúncia, portanto, dando forma à apresentação da ação penal, necessita trazer o pedido de prestação jurisdicional, de par com a acusação do órgão do Ministério Público”

O Ministério Público, ao denunciar, não deve se ater apenas à exposição de um fato criminoso, com suas circunstâncias. Deve atribuir esse fato a alguém, pedindo uma providência jurisdicional que, na ação penal condenatória, deve, justamente, consistir no pedido de condenação.

Aliás, o conceito de acusação é bastante negligenciado por boa parte da doutrina nacional, sendo que os manuais e cursos de processo penal modernos, mais preocupados, talvez, com os concursos públicos e provas da OAB, têm deixado a desejar no esclarecimento do tema. Acusação inclui a imputação e o pedido de condenação. A imputação é a descrição do fato criminoso, atribuição desses fatos ao réu e a classificação jurídica desses fatos. Porém, para a acusação se completar ainda falta o pedido de condenação, elemento essencial, como acima se demonstrou.

Para sanar essa lacuna teórica, traz-se o ensinamento de Afrânio Silva Jardim, mestre de todos nós¹⁶:

“Tratando-se de ação penal condenatória, o seu exercício pressupõe a formulação de uma acusação. Esta se compõe basicamente de dois elementos: a imputação e o pedido de condenação. Imputação e pedido de condenação formam a acusação. (...) Através do pedido, procura o autor fazer valer sua pretensão, sujeitando o réu ao processo. (...) Ainda na esteira do mestre paulista, podemos afirmar que a imputação compõe-se dos seguintes elementos: a) a descrição de fatos; b) qualificação jurídico-penal desses fatos; c) a atribuição dos fatos descritos a alguém”

Avançando um pouco mais, podemos afirmar que não bastam os requisitos postos no art. 41, do Código de Processo Penal, para que a denúncia se considere apta. Outros requisitos essenciais e não-essenciais da denúncia escaparam à percepção do legislador, que, como cediço, no geral não revela profundos

¹⁶ JARDIM, Afrânio Silva e AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal: estudos e pareceres**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, pp. 170-172.

conhecimentos da técnica processual. Entre esses elementos, podemos citar o endereçamento ao órgão jurisdicional que se entende por competente, ser escrita em vernáculo, indicar o rito processual, etc.

Logicamente que nem todos os requisitos da denúncia são essenciais, como o rol de testemunhas, por exemplo. Porém, outros que não estão presentes no art. 41, do CPP, constituem-se como imprescindíveis. É o caso da denúncia estar escrita no vernáculo, tão essencial quanto o pedido de condenação, embora não seja elemento constitutivo da ação. Tal exigência se extrai do art. 192, do CPC em vigor, necessariamente aplicável ao processo penal. Imagine-se uma denúncia escrita em língua bárbara (em alemão, por exemplo), obviamente, haveria de se socorrer, o juiz penal, do Código de Processo Civil, no artigo acima citado, com suporte na janela analógica do art. 3º, do CPP, a fim de que a denúncia fosse traduzida para o português.

Nesse tópico, ainda cabe a lição de Edilson Mogenout Bonfim¹⁷:

“Os requisitos formais que a peça acusatória deve preencher estão contidos no art. 41 do Código de Processo Penal e analogicamente no disposto no art. 282 do Código de Processo Civil, que elenca os requisitos da petição inicial. Tais requisitos se resumem, basicamente, nos elementos identificadores da ação (partes, pedido e causa de pedir). Assim, deve a peça acusatória conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias (o que em última análise constitui a causa de pedir, pois é a exposição do fato que – ao menos em tese – violou a norma penal objetiva), e a classificação do crime; a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identifica-lo, bem como a identificação do órgão do Ministério Público (ou querelante) e sua assinatura (ou seja, a qualificação das partes); o pedido de condenação (completando os elementos da ação); por fim, há de ser a peça acusatória redigida em vernáculo, contendo o devido endereçamento e o pedido de citação do réu para que integre o processo.”

¹⁷ BONFIM, Edilson Mogenout. **Curso de Processo Penal**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 23.

Tal doutrinador, com nítida intenção didática, transcreve parte de uma recomendação aos membros do Ministério Público de São Paulo, oriunda do Conselho Superior e da Corregedoria-Geral daquele órgão público, que indica os elementos que devem se fazer presentes numa denúncia, veja-se¹⁸:

“Ao elaborar a denúncia, deve o membro do Ministério Público ater-se ao seguinte:

- I- Mencionar todos os nomes e apelidos usados pelo acusado, bem como as folhas dos autos em que se encontra a sua qualificação;*
- II- Indicar, sempre que possível, dia, hora, e lugar da infração;*
- III- Descrever o fato delituoso com todas as suas circunstâncias;*
- IV- (...);*
- V- (...);*
- VI- (...);*
- VII- (...)*
- VIII- Formular o pedido de condenação ou pronúncia;*
- IX- (...)*”

Diga-se, pois, que a inicial inepta, como violadora do devido processo legal, deve ser rejeitada pelo Judiciário, irregularmente provocado. No processo penal, há dispositivo expresso, art. 395, inc. I, do CPP. Aliás, tal dispositivo sequer traz a possibilidade do juiz intimar o autor (Ministério Público ou querelante) para emendar a inicial, indicando que a rejeição deva ser imediata¹⁹.

¹⁸ BONFIM, Edilson Mougenout. **Curso de Processo Penal**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 233-234.

¹⁹ Em sentido contrário ao que foi dito, citamos o professor Renato Brasileiro de Lima (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª edição. Salvador: Juspodium, 2015, p. 282), valendo suas palavras por todos que assim entendem: *“Há doutrinadores que incluem, dentre os requisitos essenciais da peça acusatória, a formulação de um pedido de condenação. A nosso ver, o pedido de condenação é implícito. Afinal, se o Ministério Público ofereceu denúncia, ou se o ofendido propôs queixa-crime, subentende-se que têm interesse na condenação do acusado. Ademais, como visto ao tratarmos do princípio da obrigatoriedade, nada impede que o promotor de Justiça, ao final do processo, opine pela absolvição do acusado. Portanto, entendemos que o pedido de condenação não é requisito essencial da peça acusatória”*. Com a devida vênia, o pedido de condenação, como já visto, há de ser expresso, para que se possa regularmente provocar a jurisdição. Não é qualquer peça inicial que haverá de merecer um julgamento de mérito, para isso, aliás, existem as exigências legais para apresentação da inicial. Sendo irregularmente provocado, o Judiciário há de se abster do exame da pretensão do autor, extinguindo o processo sem resolução do mérito.

A questão referente ao pedido implícito diz respeito não à exigência de apresentação de um pedido principal e expresso, sempre presente no processo penal, civil, trabalhista ou eleitoral, mas sim, relaciona-se com as prestações vincendas, juros e correção monetária, tema este regulado no art.

Relevante frisar que o juiz, de regra, não deve subentender o que deseja o Ministério Público, suprindo, de ofício, as eventuais falhas na atividade persecutória estatal, comprometendo a separação de funções própria do sistema acusatório. Noutras palavras, o juiz não deve tentar supor que haja um pedido de condenação na denúncia, que lhe teria sido dirigido pelo Ministério Público, para, a partir dessa suposição, julgar procedente ou improcedente o que, de fato, não existe!

Note-se que a possibilidade do Ministério Público opinar pela absolvição do réu nada tem a ver com a obrigação legal de apresentar uma denúncia formalmente apta. O Ministério Público, no processo penal condenatório, desempenha dupla atividade, conforme art. 257, do CPP, exercendo o papel de parte acusadora e fiscalizando a correta aplicação da lei penal.

Daí que deve, o Ministério Público, como parte, provocar regularmente o Judiciário, apresentando denúncia apta, desincumbindo-se de sua carga probatória, requerendo as cautelares que entender pertinentes, etc., e, como fiscal da correta aplicação da lei penal, pode exercer a ação de *habeas corpus*, requerer a liberdade do réu preso, etc, inclusive, ao final, pode opinar (e não pedir) pela condenação ou absolvição do réu, bem como recorrer da sentença condenatória ou absolutória.

Sendo inepta, a denúncia, por ausência de pedido de condenação, deve ser rejeitada, conforme art. 395, inc. I, do CPP. Não é outro o entendimento do

322, §1o, do Código de Processo Civil em vigor. Com a palavra, o saudoso mestre J. J. Calmon de Passos (PASSOS, José Joaquim Calmon de Passos. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 237): “*Pedido implícito. Esse estar contido virtualmente é característico dos chamados pedidos implícitos, ou seja, pedidos que para serem atendidos não reclamam expressa formulação. É a hipótese de prestações vincendas, se a obrigação é de trato sucessivo (art. 290) bem como da inclusão dos juro legais na condenação, ainda que não expressamente pedidos*”.

Note-se que o próprio Código de Processo Civil, ao admitir a categoria de pedido implícito, não deixa de esclarecer que o pedido principal deve estar expresso, sob pena de inépcia de inicial, conforme art. 330, CPC. Não é por outro motivo que o renomado processualista baiano, ao considerar a hipótese de inicial que não contenha o pedido de condenação, enfatiza¹⁹: “*A falta do pedido – Inepta é a inicial a que falta o pedido. E sem dúvida que o é, porquanto, faltando o pedido, faltarão conteúdo para a sentença, em sua conclusão, uma vez que não se saberá qual o bem da vida pretendido pelo autor. E como entre nós vige o princípio dispositivo, segundo o qual não pode o juiz agir de ofício nem decidir fora, aquém ou além do pedido pelas partes, ausência do pedido impede, de modo absoluto e irremediável, o exercício da atividade jurisdicional do Estado, conseqüentemente, torna inviável o prosseguimento do processo*”.

Não poderia ser diverso no processo penal, sendo absolutamente essencial que o pedido de condenação seja expresso.

professor Renato Marcão²⁰, na obra “Curso de Processo Penal”, editora Saraiva, na pág. 266, ao dizer:

“Da narração dos fatos deve decorrer pedido lógico, correspondente.

Como petição inicial que são, a denúncia e também a queixa, devem conter pedido de condenação do apontado autor do delito, conforme os fatos narrados.

A inicial acusatória não se presta à simples comunicação de um fato, de maneira que incumbe àquele que apresentá-la em juízo deduzir pedido juridicamente possível. Cabe ao autor da ação penal postular a prestação jurisdicional condenatória.

Se, ao contrário, a petição não contiver pedido, não poderá ser recebida. Vale dizer: deverá ser rejeitada.”

Note-se que a redação do art. 395, do CPP, não foi das melhores, do ponto de vista técnico. O pedido também é classificado como pressuposto processual positivo, de modo que sua ausência, a par de deixar inepta a denúncia, fazendo incidir o inciso I do art. 395 do CPP, possibilita a rejeição da denúncia também pela norma posta no inciso II do mencionado artigo.

Entretanto, como já era de se esperar, a resposta dos tribunais, diante desse grave defeito na denúncia, tem sido nitidamente utilitarista, cavando mais fundo o abismo entre doutrina, legislação e prática nos tribunais, veja-se um exemplo:

“TJPE- PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (ART. 581, INC. I, DP CPP).DENÚNCIA REJEITADA POR INÉPCIA FACE A AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DE CONDENAÇÃO. DESNECESSIDADE. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. PRESENTES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA RECEBER A DENÚNCIA.

I. Estando a peça acusatória dentro dos ditames preconizados no art. 41 do CPP, bem como devidamente expostos os fatos e suas circunstâncias – de

²⁰ MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 266.

forma clara e objetiva – não há o que se falar em inépcia, tendo em vista não haver afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

II. A ausência de pedido expresso de condenação na denúncia não a torna inepta.

III. Ao final da instrução penal – em sede de alegações finais- o representante do Ministério Público pode requerer tanto a absolvição como a condenação dos denunciados, tudo em face das provas colhidas após o oferecimento da peça acusatória e consequente instrução processual.

IV. Recurso provido. Decisão unânime.

Recurso em sentido estrito n. 0448260-8, Segunda Turma da Primeira Câmara Regional do TJPE. Relator Desembargador Márcio Aguiar”

3.3.1- Pedido expresso de condenação para indenização?

Como já vimos acima, a jurisprudência majoritária admite, na denúncia, pedido de condenação implícito. No entanto, note-se que, como bem apontou Ygor Nasseh Salah Salmem²¹, para corroborar com um certo patrimonialismo, já tradicional em nossos tribunais, ao tempo que a jurisprudência majoritária não exige que a pretensão punitiva, quase sempre com a grave consequência de pena de prisão, esteja sequer exposta na denúncia, paradoxalmente exige que o pedido de indenização por danos patrimoniais e morais, em valores mínimos, esteja explícito, alegando, então, que poderia ocorrer violação ao contraditório e ampla defesa.

Noutras palavras, parece admitir violação ao devido processo legal, quando a pretensão punitiva atinge o direito de liberdade, não abrindo mão, no entanto, do regramento processual adequado, quando se trata de defesa do patrimônio. Veja-se um exemplo:

“TJPE-0113515) PENAL. APELAÇÃO. CONDENAÇÃO POR ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. PLEITO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. VALORAÇÃO

²¹ SALMEM, Ygor Nasser Salah Salmem. **Uma discussão acerca da denúncia: há inépcia por falta de pedido de condenação?** Publicado em <http://emporiiododireito.com.br/tag/inepcia-da-denuncia-por-falta-do-pedido-de-condenacao/> Acesso em 06 de agosto de 2017.

NEGATIVA, APENAS, DA CONDUTA SOCIAL E DA PERSONALIDADE. PENA-BASE REDUZIDA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS ÀS VÍTIMAS (ART. 387, IV, CPP). AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO. NECESSIDADE DE SUBMISSÃO AO CONTRADITÓRIO. INDENIZAÇÃO EXCLUÍDA DA CONDENAÇÃO. PROVIDÊNCIA TOMADA DE OFÍCIO. 1. Da análise dos fundamentos utilizados pelo Magistrado a quo verifica-se que apenas aqueles usados para a valoração negativa da conduta social e da personalidade é que autorizam a elevação da pena-base. Isto porque os fundamentos utilizados para o desfavorecimento da culpabilidade, das circunstâncias, das consequências e dos motivos do crime são inerentes ao tipo penal. Ademais, o fato de a vítima não ter colaborado para a prática do crime deve ser ponderado como circunstância neutra. Por outro lado, somente quando todas as circunstâncias forem favoráveis ao réu, é que a pena pode ser aplicada no patamar mínimo. Basta, contudo, que uma delas não lhe seja benevolente para ocorrer o aumento. Redução da pena-base operada para acima do mínimo legal. 2. Verificou-se que o Juiz de Direito a quo agiu acertadamente ao considerar preponderante a agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea. 3. Para que seja fixado na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados à vítima, com base no art. 387, IV, do Código Penal, deve haver pedido formal nesse sentido pelo ofendido e ser oportunizada a defesa pelo réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Precedentes STJ. Exclusão operada de ofício. 4. Por maioria de votos, deu-se provimento ao apelo ministerial e, por unanimidade de votos, de ofício, excluiu-se o valor fixado a título de indenização. (Apelação nº 0003717-46.2010.8.17.0640, 1ª Câmara Extraordinária Criminal do TJPE, Rel. Antônio Carlos Alves da Silva. j. 11.07.2016, DJe 05.08.2016).”

Aliás, perceba-se que, no acórdão acima, houve a exclusão da condenação para indenização, em valor mínimo, do dano constatado, de ofício pelo tribunal, ou seja, não foi objeto do apelo do réu. Aqui, calha lembrar que o art. 1.008, do Código de Processo Civil, no todo aplicável ao processo penal, veda esta conduta, pois o que não foi objeto de impugnação, no recurso, torna-se incontroverso, salvo a matéria

dita de “ordem pública”²², o que certamente não ocorre, em regra, com direito patrimonial. Melhor explicando, se o réu não objetou a condenação, na parte em que foi obrigado a pagar valor indenizatório mínimo, sendo a disposição de seu patrimônio um direito, em regra disponível, não caberia ao tribunal agir de ofício.

Por fim, nesse tópico, é importante perceber que os efeitos civis da sentença penal condenatória não são nenhuma novidade em nosso ordenamento jurídico, eis que estipulados no artigo 91, inciso I, do Código Penal.

Portanto, tornar certa a indenização, no cível, há muito tempo é efeito automático da sentença penal condenatória e nunca se houve por atribuir a tal efeito qualquer vício de inconstitucionalidade. O que o art. 387, § 4o, do CPP, estipulou foi, tão somente, a fixação de um mínimo valor dessa indenização.

Ora, bem mais importante que fixar um valor mínimo é a determinação da obrigação de indenizar, já que esta importa em impedimento de discussão no cível da existência do dano, da conduta do agente e do nexos causal entre ambos. Tudo isso, repita-se, já está determinado legalmente pelo art. 91, I, do CP, como efeito automático da sentença penal condenatória.

Enfim, se o juiz penal, ao proferir sentença penal condenatória, já torna certa a obrigação de indenizar, que é de mais importância e gravidade, como não poderia fixar um valor mínimo dessa indenização, que é o de menos importância? Por isso, vemos equívoco nas decisões que não admitem a eficácia imediata do art. 387, § 4o, do CPP, pois não há qualquer violação ao contraditório e ampla defesa e muito menos à anterioridade da lei penal, mesmo porque se trata de lei meramente processual.

Nesse último ponto, bom que se diga que a lei processual é regida pelo princípio *tempus regit actum*, colhendo a situação fática no momento em que entra em vigor, independentemente de ser benéfica ou maléfica ao réu.

3.4- Audiência de instrução e julgamento sem a presença do Ministério Público

²² THEODORO J[UNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, 49ª, edição, Vol. III.** Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1.009.

Consequência natural da estrutura acusatória do processo penal é a exigência de efetiva participação do Ministério Público em todas as fases da *persecutio criminis in judicio*, especialmente quando se tratar de ação penal pública condenatória.

A relação processual penal exige o chamado *actum trim personarum*. Noutras palavras, o processo há de ser angularizado, não se admite uma relação linear entre juiz e réu, como se aquele conjugasse as funções de acusar e julgar simultaneamente.

É certo que o juiz não pode exercer a acusação (pelo menos, por enquanto), sendo também, razoavelmente, um consenso doutrinário a assertiva de que não deve decretar medidas cautelares restritivas, de ofício, na fase de inquérito.

É absolutamente necessário, portanto, que, no momento crucial do processo de conhecimento, a audiência de instrução e julgamento, onde se dá a maior parte da colheita de provas, as considerações sobre estas e, por vezes, o próprio julgamento, estivesse presente, e com participação efetiva, o Ministério Público.

Pela simples leitura de alguns artigos do Código de Processo Penal, já se conclui que a presença do Ministério Público, na audiência de instrução e julgamento, é obrigatória. Vejam-se, por exemplo, os artigos 402 e 403 do CPP, ambos regulando expressamente a atividade do Ministério Público na audiência de instrução e julgamento.

Todavia, certamente premido pela necessidade de dar andamento aos processos, mesmo diante da falta de membros do Ministério Público nas audiências, vários juízes têm realizado tais atos na ausência de promotores de Justiça.

Tal realidade inspirou o Conselho da Magistratura, do Tribunal de Justiça de Pernambuco, a emitir recomendação aos juízes criminais, no sentido de que realizem as audiências de instrução e julgamento, nos processos penais, mesmo na ausência do Ministério Público. A recomendação foi vazada nos seguintes termos:

“Poder Judiciário de Estado de Pernambuco. Conselho da Magistratura. Recomendação 01, de 13 de novembro de 2014:

(...)

Resolve:

Recomendar aos magistrados com jurisdição criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que realizem as audiências de instrução, sem a participação do

representante do Ministério Público, desde que tenha havido sua prévia intimação pessoal para comparecer aos referidos atos processuais.”

Perceba-se que a recomendação não faz qualquer distinção entre as ausências justificadas ou injustificadas do membro do Ministério Público. Isso dá ensejo a situações delicadas, como são as que o promotor de Justiça está acumulando outra promotoria e, por isso, não pode estar presente em dois atos processuais ao mesmo tempo.

Pelo que foi recomendado, não importa se a ausência foi ou não justificada, aceitando-se como suficiente, para a validade do ato, a mera intimação do Ministério Público. Trata o Ministério Público como se fosse parte numa ação processual que versa sobre direitos disponíveis, devendo arcar com as consequências de sua ausência.

Todavia, o Ministério Público não defende, no processo penal, direito próprio, institucional ou disponível. Muito pelo contrário, atua em nome do Estado, a fim de auferir fins de interesse comum a toda a sociedade. Dito de outra forma, mesmo que o membro do Ministério Público não quisesse participar de audiências de instrução, no processo penal, estaria ele obrigado a tal mister, não podendo abandonar a tutela da pretensão punitiva e mesmo sua função de fiscal da correta aplicação da lei.

Em capítulo posterior, no presente trabalho, vamos analisar as consequências da ausência do Ministério Público em todos esses atos processuais, inclusive na audiência de instrução e julgamento.

Por ora, cabe elencar algumas consequências dessa ausência. A coleta de prova na audiência, por exemplo, fica gravemente comprometida.

O art. 212, do CPP, parece muito claro ao afirmar que ao juiz somente cabe o papel de esclarecer dúvidas sobre pontos inquiridos de forma insuficiente pelas partes. Ou seja, devem as partes indagam diretamente os depoentes e, depois, o juiz pode esclarecer eventuais dúvidas.

Como se sabe, o Ministério Público deve indagar, em primeiro lugar, as testemunhas por ele arroladas, passando-se, depois, às indagações da defesa técnica. Ora, o problema surge justamente aí, pois, ausente o Ministério Público, o correto seria o juiz passar a palavra à defesa técnica sem qualquer indagação, podendo apenas, ao final esclarecer alguma dúvida.

Percebendo isso, alguns advogados e defensores públicos passaram a não questionar os depoentes e, quando o juiz começa suas perguntas, alegam que não poderia, o magistrado, fazer qualquer indagação, pois não há dúvida alguma a esclarecer, eis que nada foi produzido em audiência. Pensamos incorreta essa postura da defesa, pois a dúvida do juiz não está restrita à prova que foi produzida em audiência, basta pensarmos num depoimento de perito para esclarecer algum ponto de um laudo pericial produzido na fase de inquérito, ou mesmo a realização de um reconhecimento pessoal, para esclarecer dúvidas sobre o ato similar feito durante o inquérito.

Também nos parece incorreta a postura de alguns juízes que, ignorando completamente a regra do art. 212, do CPP, passam a indagar os depoentes em primeiro lugar, antes mesmo da defesa. O que ocorre, nessa situação, é que a relação processual é claramente linear, dando-se diretamente apenas entre juiz e réu. Típica característica de um processo penal inquisitivo.

Estão lá, na sala de audiências, apenas o juiz, o réu e seu defensor. Quem está praticando os atos compatíveis com a função de acusador? Quem está se desincumbindo do ônus probatório da acusação? Claramente é o juiz. O juiz, nesse momento, não é mais juiz, pois perde sua imparcialidade e assume as funções de acusar e julgar simultaneamente.

Para nós, como já fica evidente, a audiência de instrução e julgamento não pode ser realizada sem a presença do acusador, seja ele público ou privado. Aliás, note-se que, em ações penais privadas, que tratam de crimes, em geral, menos graves, a ausência do querelante provoca o fenômeno da perempção, conforme art. 60, III, do CPP.

Outra possível consequência, que nos parece grave, é a dispensa das alegações finais do Ministério Público. Obviamente que, ausente o promotor de Justiça, sendo a audiência de instrução e julgamento, conforme art. 403, do CPP, não serão ofertadas as alegações finais do Ministério Público, passando o juiz, após as alegações da defesa técnica, a julgar o processo, naquele momento, oralmente, ou por escrito, posteriormente.

As alegações da defesa técnica vão combater, portanto, não as razões finais da acusação, inexistentes, mas sim, a linha acusatória traçada pelo próprio juiz que produziu as provas diretamente. Se o juiz nada perguntou, a conclusão do processo dificilmente sairá da absolvição por insuficiência de provas.

Parecem-nos essenciais as alegações finais do Ministério Público, tanto quanto as da defesa técnica, pois, mediante essas razões, o Ministério Público avalia se produziu o suficiente para se desincumbir do ônus probatório que carrega, opinando, na forma do art. 385, do CPP, pela condenação ou absolvição do réu. Essa atividade, para além de essencial, não pode ser exercida por nenhum outro ator processual.

Embora nos pareça muito clara, nessa situação de audiência de instrução e julgamento sem a presença do Ministério Público, a configuração de um ato típico do processo inquisitório, ficando até mesmo caricata a figura de um juiz que preside o ato e promove a coleta da prova apenas com a presença do acusado, o Conselho Nacional de Justiça, provocado pela insatisfação da Associação dos Membros do Ministério Público de Pernambuco, em exame de mérito da citada resolução, manteve-a em vigor.

Tal entendimento tem sido corroborado pela jurisprudência:

“STJ-0716649) PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 212, CAPUT, E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E INQUIRÇÃO DIRETA DAS TESTEMUNHAS PELO JUIZ. MERA NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. (Agravo em Recurso Especial nº 1.067.186/RS (2017/0053079-7), STJ, Rel. Maria Thereza de Assis Moura. DJe 06.04.2017).

TJ-PR - Apelação Crime ACR 1171495 PR 0117149-5 (TJ-PR)

Data de publicação: 08/08/2002

Ementa: APELAÇÃO CRIME - CONCUSSÃO - PRELIMINARES - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR E NULIDADE POR AUSÊNCIA DE ALEGAÇÕES FINAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - REJEIÇÃO - MÉRITO - DELITO CONFIGURADO COM PLENA EVIDÊNCIA DE AUTORIA IMPUTADA AOS CONDENADOS - APENAMENTOS INALTERADOS - DECISÃO MANTIDA. Mesmo em se tratando de policiais excluídos da tropa durante o processamento da ação penal, não há como se reconhecer a incompetência da Justiça Militar para conclusão do procedimento e do subsequente julgamento, porque a ação delituosa foi praticada no exercício das

funções. A ausência de alegações finais pelo Ministério Público não gera nulidade, ainda mais que a falta de tal peça, por evidente, ao contrário de prejudicar, beneficia a defesa, porquanto, torna mais restrita a argüição verbal em audiência de julgamento por parte do órgão acusador. Por estar devidamente configurado o delito imputado aos apelantes, cuja decisão se respalda em provas seguras obtidas durante a instrução, inclusive com reconhecimento dos acusados pela vítima, não há como se alterar o juízo condenatório. Estando corretos os apenamentos impostos, de vez que amparados na evidência dos autos e não configurado e nem demonstrado pela defesa, comportamento anterior meritório, inviável é a aplicação da atenuante pretendida na insurgência recursal. RECURSO DESPROVIDO.”

4. Consequências processuais de um processo penal condenatório sem a presença do Ministério Público.

O título do tópico já é um absurdo, a despertar perplexidade por si só. Devemos reconhecer, no entanto, que é precisamente disso que se trata: mediante a produção de jurisprudência majoritária, no sentido de admitir: realização de audiência de custódia apenas entre juiz e autuado; atuação de ofício, pelo juiz, na fase inquisitorial, para a decretação de prisão preventiva; o prosseguimento de um processo cuja inicial nada pede ao Judiciário, não provocando a prestação jurisdicional; audiência de instrução e julgamento sem a presença do Ministério Público e dispensa das alegações finais deste órgão; temos, nada mais, nada menos, que um processo penal de condenatório absolutamente inquisitorial.

Porém, pior que isso são as (não) consequências da espetacular violação aos princípios básicos do sistema acusatório.

Por nosso regramento processual, as consequências para atos defeituosos são as nulidades absolutas e relativas, além da inexistência.

Todavia, também aqui temos a má influência do utilitarismo processual, produzindo uma jurisprudência que, ao revés de corrigir e manter o prumo da observância da tipicidade dos atos processuais, estimula a prática de atos ilegais por parte dos juízes.

A situação chega a ser desesperadora para o jurisdicionado, eis que o Judiciário, ao menos de forma majoritária, sendo justamente o órgão que deveria prover a regularidade do processo, é o protagonista de violações reiteradas aos tipos processuais estabelecidos em lei, aceitando a validade do ato mesmo diante de provocação das partes, quando pedem o reconhecimento da ilegalidade identificada.

Não seria necessário dizer, porém, nesses tempos estranhos de perda de parâmetros na atividade jurisdicional, melhor pecar por excesso, que as formas processuais são garantias para toda a sociedade e, especialmente, para as partes. O Estado também se submete ao império da lei, devendo praticar seus atos obedecendo aos comandos normativos.

No campo que nos interessa, a violação dos tipos processuais leva ao reconhecimento de nulidades dos atos praticados. Embora, no rol apresentado acima, possa se questionar se a denúncia, sem pedido de condenação, é ato juridicamente inexistente ou nulo, certamente os demais atos realizados sem a intervenção do Ministério Público entram na categoria de atos anuláveis.

As nulidades são divididas entre relativas e absolutas, com algumas características não tanto vinculadas à essência da violação ao tipo processual, mas no que diz respeito à verificação e declaração de seus efeitos. Grosso modo, pode-se dizer que as nulidades absolutas são reconhecíveis, *ex officio*, pelo juiz, são insanáveis e dispensam a demonstração de prejuízo, pois este seria evidente, vigorando o oposto para as nulidades relativas.

Para obter uma classificação legal, diferenciando as nulidades relativas das absolutas, ante a ausência de regra mais clara, utilizam-se os artigos 564, que traz um rol de atos anuláveis, e 572, ambos do CPP, sendo este que trata da regra de sanabilidade, estipulando um rol dos atos que podem ser convalidados. Portanto, não sendo, as demais causas de nulidade, elencadas no art. 564, passíveis de convalidação, conforme regra do art. 572, significa dizer que são nulidades absolutas.

A causa de nulidade, que estamos tratando, é a falta de intervenção do Ministério Público em todos os termos do processo penal, prevista no art. 546, inc. II, letra “d”, do CPP, seja nas ações penais por ele exercidas ou manejadas pelo querelante, na ação subsidiária.

Como se viu nos capítulos anteriores, revelamos uma persecução penal, cuja ação é pública, no qual desde a fase de inquérito, passando pela audiência de custódia, instrução e fase de alegações finais, vem se desenvolvendo sem a intervenção

do Ministério Público. Mesmo na denúncia, apresentada sem pedido algum, torna-se necessária uma atividade oficial do juiz para que produza algum resultado, qual seja, o juiz deve presumir que a parte autora deseja uma condenação.

A doutrina, de forma majoritária, qualifica este grave defeito como produtor de nulidade absoluta. Vejam-se as palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho²³:

“Sendo o órgão do Ministério Público o titular da ação penal pública, seu comparecimento em todos os seus termos é obrigatório. Acusador e Defensor devem estar presentes em todos os atos do processo. O princípio do contraditório exige a presença de ambos. Realizado sem a presença do Ministério Público, a nulidade é insanável. Se por acaso o Ministério Público não comparecer à realização do ato, cumprirá ao Juiz, a quem cabe prover à regularidade do processo, comunicar o fato ao seu substituto legal para que ele participe da audiência. Não logrando êxito, deverá redesignar transmitindo o fato à Procuradoria-Geral de Justiça.”

Nesse sentido, lição de Gustavo Badaró²⁴:

“O dispositivo legal distingue duas situações de não intervenção do Ministério Público: (1) na ação penal pública; (2) na ação penal de iniciativa privada, subsidiária da pública. (...) No primeiro caso haverá nulidade absoluta. No segundo, relativa. É o que se infere do art. 572, I, quando se refere ao ‘art. 564, III, d e e, segunda parte’. Como explica Tourinho Filho, ‘as oposições ‘letras d e e vêm explicitadas por uma oposição ‘segunda parte’, restritivas delas. Logo o aposto ‘segunda parte’ refere-se a ambas as letras’. Se a intenção do legislador fosse que a expressão ‘segunda parte’ se referisse apenas à letra e, a redação deveria ser: ‘letras d, e, segunda parte, (...)’”.

Na mesma linha, caminha Guilherme de Souza Nucci²⁵.

²³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado, 13ª edição**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 296-297.

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal, 3ª, edição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 797.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado, 11ª edição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 972.

Advertindo que a ausência de intervenção do Ministério Público, no processo penal condenatório, causa nulidade absoluta, não só em razão da regra expressa no art. 572, CPP, mas também, e principalmente, por violar o devido processo legal sob o prisma constitucional, vide funções institucionais ministeriais previstas nos artigos 127 e 129, I, da CF de 88, com o que concordamos, vale a lição de Rosmar Rodrigues Alencar²⁶, que avança ao ponto de afirmar que a ausência do Ministério Público é sempre causa de nulidade absoluta, mesmo em ações penais privadas subsidiárias:

“A essencialidade da intervenção, mesmo nos casos de ação penal privada subsidiária da pública, é depreendida até mesmo do art. 129, I, da mesma Lei Maior (...).

De tal modo, a aplicação de norma jurídica com supedâneo no art. 572, do Código de Processo Penal, para afastar a consequentialidade normativa da nulidade absoluta por falta de intervenção do Ministério Público nas ações penais referidas na alínea ‘d’, do inciso III, do art. 564, do Código de Processo Penal, não se compatibiliza com a Constituição, devendo ser declarada nulidade parcial sem redução do texto (mantém-se o enunciado, porém afasta-se a norma construída a partir dele por não ter sido recepcionada”.

Sob outro prisma, embora ainda pelo viés constitucional, também concluindo pela nulidade absoluta na falta de intervenção do Ministério Público, especificamente na audiência de instrução e julgamento, advertindo para a invalidade das provas produzidas nesse ato, veja-se o ensino de Ada Grinover, Antônio Filho e Antônio Fernandes²⁷:

“Inválida é, ainda, a prova produzida sem a presença das partes.

(...)

Esse fundamental princípio é reconhecido como uma das garantias do processo em geral, extraindo-se de sua inobservância a proibição de utilização das provas produzidas.

²⁶ ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da Nulidade no Processo Penal**. São Paulo: Noesis, 2016, p. 558.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarence. **As nulidades no processo penal, 11ª edição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 116.

Entre nós, a partir da Lei 11.690/2008, o contraditório judicial na fase de sua produção constitui verdadeiro requisito de existência da prova”.

Aqui, queremos enfatizar esse ponto, embora de forma mais ampla: a violação a qualquer tipo processual, que constitua garantia constitucional, deve gerar nulidade absoluta, pela nítido interesse público e relevância que adquirem, no sistema, os regramentos constitucionais do processo penal. Evidente que uma falha processual, minando sua própria estrutura acusatória, como são as que vimos elencando, vai gerar nulidade absoluta.

Relevante mencionar a grave tendência de se ampliar a exigência de demonstração de prejuízo, própria das nulidades relativas, para os casos de nulidades absolutas, como pressuposto de decretação de nulidade do ato processual ilegal (art. 563, CPP).

A violação a regras processuais cogentes, de nítido interesse público, estruturadoras do sistema acusatório, desenhado na própria Constituição Federal, traz o chamado prejuízo evidente, pela própria desobediência do Poder Judiciário à lei e à Constituição Federal, sendo esse prejuízo nítido e extensível não só ao réu, mas a toda a sociedade.

Além disso, a regra do art. 563, do CPP, levada ao extremo de exigir prejuízo “concreto”, verificável na situação de cada ato processual praticado ilegalmente, pode provocar aberrações convalidatórias extremamente perigosas e autoritárias, subvertendo a própria submissão do Estado à lei. Pense-se no exemplo de um réu confesso. Poder-se-ia chegar ao absurdo de se defender toda e qualquer ilegalidade processual, em razão de que não haveria maior prejuízo, já que ele próprio, réu, confessa e quer se submeter ao cumprimento de uma pena.

Na verdade, não estamos longe disso, com a importação acrítica que se fez, também via jurisprudência ativista, de institutos próprios de sistemas diversos do nosso, como é o caso da justiça penal negociada, visível no instituto da colaboração premiada.

Ademais, a rigor, a exigência de demonstração de prejuízo, em um ato que não foi praticado de acordo com a lei, traz quase sempre, como resultado, a impossibilidade de sua demonstração, já que não haverá o parâmetro adequado para tal valoração, qual seja, o ato praticado corretamente.

Noutras palavras, como saber se houve prejuízo ou não a um réu, por exemplo, que participou de uma audiência de custódia ou audiência de instrução e julgamento, sem a presença do Ministério Público, se não sabemos, de antemão, qual seria a postura do promotor ou procurador, qual classificação jurídica que daria ao fato, quais as cautelares que pediria, as perguntas que faria às testemunhas e vítima, o conteúdo de suas alegações finais, etc? É impossível, como adverte Ricardo Jacobsen Gloeckner²⁸:

“Subordina-se a validade de um ato irregular à demonstração de prejuízo cujo alicerce de comparação é ato que nunca existiu. O resultado é a incapacidade de se demonstrar o prejuízo. De fato, como demonstrar que ato que jamais foi realizado seria mais benéfico do que aquele concretamente realizado? Não se pode comprovar o prejuízo. É empiricamente não demonstrável. Destarte, percebe-se facilmente que a exigência de demonstração de prejuízo equivale a se deixar as portas abertas à irregularidade processual”.

Por fim e por óbvio, anote-se que o art. 565, do CPP, não se aplica às nulidades absolutas, eis que podem e devem ser declaradas até mesmo de ofício pelo juiz, ainda mais diante de requerimento de parte no processo, pois tudo está relacionado à legalidade de ato praticado pelo Estado, na prestação jurisdicional²⁹.

5. Conclusão

Por tudo que foi dito, entendemos que a realização de audiência de custódia, apenas presentes juiz e autuado; a atuação de ofício, pelo juiz, na fase inquisitorial, para a decretação de prisão preventiva; a audiência de instrução e julgamento, sem a presença do Ministério Público, e a dispensa das alegações finais deste órgão são atos processuais atípicos, produtores de nulidade absoluta.

Não desejamos, todavia, esboçar uma conclusão com o resumo de todos os argumentos jurídicos apresentados. Essas conclusões jurídicas, que as busquem o leitor, após examinar nossos argumentos.

²⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. Salvador: JusPodvum, 2013, p. 438.

²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal, 3ª, edição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 789.

Queremos dizer, ao final, que não se olvida, aqui, da época um tanto estranha na qual estamos inseridos, onde a defesa de um devido processo legal, na maior amplitude possível, parece se transformar em verdadeira batalha, uma guerra, movida, pelos inimigos, por algo além do mero utilitarismo processual.

Parece que existe, no ar, no entorno social, algo mais palpável que mero discurso sobre princípios processuais ou quebra de garantias. É um sentimento, um ódio, uma irracionalidade individualista, um desapego à alteridade.

Nesses tempos, quando, mediante negócios jurídicos penais, quer-se derrubar até mesmo a exigência constitucional de um devido processo para a aplicação de uma pena, ou seja, um processo penal sem a intervenção do próprio Poder Judiciário; aparece, como vimos acima, em via paralela, mas com objetivos semelhantes, o processo penal sem a presença do Ministério Público, o processo penal inquisitivo, com apenas as figuras do juiz-inquisidor e do acusado.

Ambos, processo penal negocial e processo penal inquisitivo, juntos na cruzada pela destruição das garantias civilizatórias que, com muito custo, conseguimos construir ao longo de séculos ou mesmo milênios.

Triste *réquiem* para o direito processual penal e, quiçá, para nossa frágil democracia.

BIBLIOGRAFIA.

- ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da Nulidade no Processo Penal**. São Paulo: Noesis, 2016.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal, 3ª, edição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BONFIM, Edilson Mougenout. **Curso de Processo Penal**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 70.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. Salvador: JusPodvum, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Teoria Geral do Processo**. 24ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarence. **As nulidades no processo penal, 11ª edição.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JARDIM, Afrânio Silva e AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal: Estudos e Pareceres.** 14 edição, Salvador: Juspodivm, 2016.

LIMA, Fernando Antônio Negreiros. **Teoria Geral do Processo Judicial.** São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 3ª edição. Salvador: Juspodium, 2015.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal,** 2ª edição. Campinas: Millenium, 2001.

MELO, Raphael. **Audiência de custódia no processo penal.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado, 11ª edição.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PASSOS, José Joaquim Calmon de Passos. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III.** 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PRADO, Geraldo L.M. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.** 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 195.

SALMEM, Ygor Nasser Salah Salmem. **Uma discussão acerca da denúncia: há inépcia por falta de pedido de condenação?** Publicado em <http://emporiododireito.com.br/tag/inepcia-da-denuncia-por-falta-do-pedido-de-condenacao/> Acesso em 06 de agosto de 2017.

THEODORO J[UNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, 49ª, edição, Vol. III.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado, 13ª edição.** São Paulo: Saraiva, 2010.

O *AMICUS CURIAE* COMO EXPRESSÃO DO REGIME DEMOCRÁTICO

Rafael Crespo Maciel Machado¹

RESUMO

Esse trabalho busca analisar o instituto do *amicus curiae* como elemento reforçador da legitimidade das decisões jurisdicionais, sua origem histórica e seu desenvolvimento, previsões legais, especiais e gerais, o entendimento dos tribunais pátrios acerca do tema, bem como os posicionamentos doutrinários pertinentes.

Palavras-chave: Democracia. Pluralidade. Holística.

ABSTRACT

This work seeks to analyze the institute of the *amicus curiae* as a reinforcing element of the legitimacy of jurisdictional decisions, its historical origin and its development, legal, special and general predictions, the courts' understanding of the subject, as well as the pertinent doctrinal positions.

Keywords: Democracy. Plurality. Holistic.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, em razão de uma série de fatores, como o neoconstitucionalismo, tem-se assistido a uma busca de todos os poderes da República pela tomada de decisões que encontrem ressonância nos diversos setores da sociedade, notadamente naquelas searas que possuem interesses diretos e indiretos passíveis de serem atingidos pelas decisões estatais.

É nesse contexto de busca por uma legitimidade reforçada dos atos jurisdicionais que sobressai a figura do *amicus curiae*, figura essa dantes reservada a nichos restritos e, portanto, sem muita repercussão social.

O legislador concretizador do Novo Código de Processo Civil observa, com perspicácia, a potencialidade do instituto e passa a lhe conferir uma amplitude até então desconhecida no ordenamento jurídico brasileiro.

2. AS DIMENSÕES DOS DIREITOS

Costuma-se organizar a sucessão das dimensões do Direito à luz da evolução do Estado.

De início, saindo do regime absolutista, os detentores do poder, notadamente a burguesia, almejou estabelecer direitos que protegessem o cidadão do arbítrio estatal, que era tão vivo em suas memórias. Nesse momento, surge o estado liberal, estado esse que deveria se restringir a assegurar a segurança pública e a paz social.

¹ Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Fluminense (UNIFLU). Advogado.

Destarte, nesse período, destacam-se os direitos de primeira dimensão, que conferiam aos súditos a prerrogativa de exigir dos agentes estatais uma abstenção, os denominados direitos de liberdade, como os direitos políticos e civis.

Em uma segunda tomada, em um cenário de profunda desigualdade social e risco de grande convulsão social, verifica-se que a intervenção estatal na ordem econômica e social era indispensável, surgem, então, os direitos de igualdade, materializados nos direitos econômicos, sociais e culturais.

Por derradeiro, e em busca de um ponto de equilíbrio entre o absentismo e o intervencionismo estatal, exsurge o Estado Democrático de Direito ou Estado Social de Direito. Esse modelo não abdica da intervenção em temas econômico-sociais, mas confere espaço para a autorregulação entre particulares, o que tem o condão de gerar grande desenvolvimento, notadamente desenvolvimento tecnológico. É nesse contexto histórico que são concebidos os direitos de fraternidade e solidariedade.

No ponto, cumpre ressaltar que há divergência doutrinária quanto o rol de direitos de terceira dimensão. Para Karen Vasak, a lista em questão seria composta pelo direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à paz. Lado outro, para Paulo Bonavides, o direito à paz comporia uma quinta dimensão de direitos.

Analisando o fenômeno da globalização e os seus reflexos no Direito, vários autores vislumbram uma quarta dimensão deontológica formada pela democracia, pluralismo e informação.

Trabalhando a questão do Estado Democrático de Direito, aduz José Afonso da Silva:

“(...) A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária(Art.3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representante eleitos (Art.1º, parágrafo único) participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de gooverno; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes(...)²”

Dissertando sobre o tema, pontua Paulo Bonavides:

“(...) Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado(...)”Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos de primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade(...) Dotados de um altíssimo teor de

² SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional. 29ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros.119 p.

humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm por primeiro destinatário o gênero humano mesmo(...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. São direitos da quarta geração o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro(...)³

No que toca a contemporaneidade brasileira, impende ressaltar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, expressamente, até o momento, apenas as três primeiras dimensões de direito, como se extrai do seguinte excerto:

“O Plenário iniciou julgamento de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face da Lei 15.299/2013 do Estado do Ceará, que regulamenta a atividade de “vaquejada”. O Ministro Marco Aurélio (relator) julgou procedente o pedido formulado na inicial. Explicou que a lei estadual citada regulamentara a prática da “vaquejada”, na qual dupla de vaqueiros, montados em cavalos distintos, buscava derrubar um touro, puxando-o pelo rabo dentro de uma área demarcada. Observou que o requerente teria sustentado a exposição dos animais a maus-tratos e crueldade, enquanto o governador do Estado-Membro teria defendido a constitucionalidade da norma, por versar patrimônio cultural do povo nordestino. Afirmou, portanto, que haveria conflito de normas constitucionais sobre direitos fundamentais — de um lado, o art. 225, § 1º, VII, e, de outro, o art. o 215. Asseverou que o art. 225 consagraria a proteção da fauna e da flora como modo de assegurar o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. Cuidar-se-ia, portanto, de direito fundamental de terceira geração, fundado no valor solidariedade, de caráter coletivo ou difuso, dotado de altíssimo teor de humanismo e universalidade. A manutenção do ecossistema beneficiaria as gerações do presente e do futuro. O indivíduo seria considerado titular do direito e, ao mesmo tempo, destinatário dos deveres de proteção, daí por que encerraria verdadeiro “direito-dever” fundamental. Consignou que o STF, ao constatar o conflito entre normas de direitos fundamentais, ainda que presente a manifestação cultural, conferiria interpretação de forma mais favorável à proteção ao meio ambiente, especialmente quando verificada situação a implicar inequívoca crueldade contra animais. Tudo isso a demonstrar preocupação maior com a manutenção, em prol dos cidadãos de hoje e de amanhã, das condições ecologicamente equilibradas para uma vida mais saudável e segura. (...)”⁴

Malgrado o Pretório Excelso ainda não tenha avançado no tema das dimensões dos direitos, adotando a classificação doutrinária consagrada, há diversos pronunciamentos da corte em comento exaltando o caráter fundamental da democracia, como exemplo, cita-se o seguinte excerto:

“(…)Uma compreensão sobre a separação de poderes que se atenha ao tradicional entendimento de que ao Poder Judiciário cabe apenas ser deferente às escolhas do Executivo e do Legislativo demonstra uma limitada concepção de democracia,segundo a qual as escolhas majoritárias dos representantes do povo (gestores e legisladores) são inquestionáveis. E essa compreensão rasa de democracia acaba por permitir que direitos fundamentais de minorias, pouco vistas, sejam sistematicamente violados. Uma compreensão robusta de democracia deve, ao contrário, possibilitar que esses grupos minoritários – como o são os encarcerados

³ BONAVIDES. Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros. 516-526p.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4983/CE. Tribunal Pleno. Brasília,DF, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 31/05/2017.

em geral – tenham suas situações de privação expostas e que diante da violação de seus direitos o Poder Judiciário os garanta. Nesse sentido, o jurista português Jorge Miranda aduz o seguinte no tocante aos dois sentidos de funções do Estado: “I- São dois os sentidos possíveis de função do Estado: como fim, tarefa ou imperativo ou opção para agir, correspondente a certa necessidade coletiva ou a certa zona da vida social; e como atividade com características próprias, passagem a ação, modelo ou comportamento. No primeiro sentido, a função traduz um determinado enlace entre a sociedade e o Estado, assim, como um princípio (ou uma tentativa) de legitimação do exercício do poder. A crescente complexidade das funções assumidas pelo Estado- da garantia da segurança perante o exterior, da justiça e da paz civil à promoção do bem-estar, da cultura e da defesa do ambiente- decorre do alargamento das necessidades humanas, das pretensões de intervenção dos governantes e dos meios de que se podem dotar; e é ainda uma maneira de o Estado ou os governantes em concreto justificarem a sua existência ou a sua permanência no poder. No segundo sentido, a função - agora não tanto algo de pensado quanto algo de realizado - entronca nos atos e atividades que o Estado constantemente, repetida e repetidamente, vai desenvolvendo de harmonia com as regras que o condicionam e conformam; define-se através das estruturas e das formas desses atos e atividades; e revela-se indissociável da pluralidade de processos e procedimentos, de sujeitos e de resultados de toda a dinâmica jurídico-pública. No primeiro sentido, a função não tem apenas que ver com o Estado enquanto poder; tem também que ver com o Estado enquanto comunidade. Tanto pode ser prosseguida só pelos seus órgãos e serviços através das chamadas políticas públicas como ser realizada por grupos e entidades da sociedade civil, em formas variáveis de complementariedade e subsidiariedade (tudo dependendo das concepções dominantes e da intenção global do ordenamento). No segundo sentido, a função não é outra coisa senão uma manifestação qualificada do poder político, um modo tipicizado de exercício do poder, e carece de ser apreendida numa triplíce perspectiva-material, formal e orgânica. No primeiro sentido, a função traduz-se depois em incumbências quer para a proteção e a promoção de direitos fundamentais, quer para conformação de setores da vida coletiva (cfr., por exemplo, na Constituição portuguesa, os arts. 38º, nº 4, 59º e segs. ou 80º e segs.; e na Constituição brasileira, os arts. 5º- LXXIV, 21 ou 134 e segs.). No segundo sentido, a função é o modo específico como o Estado procura atingir os fins prescritos na Constituição e na lei, o modo como se desincumbe das imposições que delas recebe.” (Teoria do Estado e da Constituição. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P.355-356) Em assento contínuo na doutrina portuguesa, é possível concluir que a diversidade de funções não é algo a ser visto de forma estanque, mas deve-se considerar o momento de sua concretização. Confira-se: “A separação e interdependência não é um esquema constitucional rígido mas apenas um princípio organizatório fundamental. Como tal, não há que perguntar pela sua realização estrita nem há que considera-lo como um dogma de valor intemporal. Devemos perspectiva-lo como princípio histórico (K. Hesse) ‘em contacto’ com uma ordem constitucional concreta. Como princípio constitucional concreto, o princípio da separação articula-se e combina-se com outros princípios constitucionais positivos (princípio de governo semipresidencialista ou de regime misto parlamentar-presidencial, princípio da conformidade dos actos estaduais com a Constituição, princípio da participação). (...) As várias funções devem ser separadas e atribuídas a um órgão ou grupo de órgãos também separados entre si. Isto significa não uma equivalência total entre atividade orgânica e função, mas sim que a um órgão deve ser atribuída principal ou prevalentemente uma determinada função.” (CANOTILHO, J.J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. 2. Reimp. Coimbra:Almedina. p. 556-558) No estágio atual de democracia em que o Brasil se posiciona, não há espaço para a negativa de direitos fundamentais positivados no Texto Constitucional. A Constituição é fruto de uma opção política que adota a proteção desses direitos como única escolha possível na construção de uma sociedade justa e democrática. - Constituição Dirigente e Vinculação dos direitos fundamentais A Constituição dirigente, que não esgota em si mesma o seu conteúdo direcional, é também política. Ela só se realiza plenamente através da atuação do Poder Legislativo (produção de leis) e do Poder Executivo (criação e execução de políticas públicas). Mas, ao Poder Judiciário cabe justamente guardar e

garantir os direitos fundamentais, os quais devem estar subjacentes às leis e às políticas públicas. E quando estas são insuficientes, como se verifica claramente no presente caso, é dever do Poder Judiciário atuar para que essas políticas públicas cumpram com o seu desiderato e satisfaçam um direito tido como pressuposto para qualquer existência digna e sadia. A agenda de políticas públicas nasce de pesquisa realizada no seio do grupo social e da definição das prioridades, a partir dos recursos financeiros existentes. Todavia, o não atendimento dessas necessidades coletivas pelos demais Poderes autoriza a atuação do Poder Judiciário no sentido de tornar efetiva a proteção aos direitos fundamentais. Ou seja, a atuação judicial sobressai da inércia ou insuficiência dos demais Poderes em cumprir as diretrizes e determinações da Constituição de efetivar direitos, especialmente os direitos fundamentais. Comunga-se da ideia de que é preciso manter uma íntima ligação entre a Constituição e as circunstâncias sociais que se mantêm em constante mutação. A dinâmica social exige um acompanhamento contínuo e incessante do Texto Constitucional, sob pena de o texto positivado não mais refletir os valores e princípios fundamentais adotados pela sociedade destinatária. De nenhuma valia teria a previsão de um direito fundamental se ele não puder ser tutelado pelo Estado, principalmente quando todos os contornos normativos encontram-se definidos na legislação vigente, tal como ocorre na hipótese do direito à integridade física e moral do preso. E nesta expressão – Estado – entende-se contida a tripartição Executivo, Legislativo e Judiciário. Nessa perspectiva, tem razão aqueles que afirmam que o poder é uno e a repartição em três funções diversas – executiva, legislativa e judiciária – dá-se como instrumento de otimização de resultados. A separação de Poderes, conforme anotado alhures por Canotilho, é apenas técnica de repartição organizatória funcional. Não há proibição de um Poder agir para tutelar direitos caros em determinada ordem normativa.⁵

Com efeito, verifica-se que a democracia consubstancia verdadeira pedra de toque de qualquer Estado que respeite os direitos fundamentais de seus nacionais, fato esse que não passou despercebido pelo constituinte originário de 1988, o qual preceituou logo no primeiro artigo da Constituição:

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.⁶

3. A SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES

A constituição deixou de ser vista como mera carta de intenções e norma programática para ser vista como norma jurídica fundamental, dotada, portando, de imperatividade e exigibilidade:

“(…)Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de normajurídica(…)Desse reconhecimento de caráter jurídico às normas constitucionais resultam consequências especialmente relevantes(…):a) a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata às situações que contempla(…) b) a Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema(…)c) os

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC nº 110623. 2ª Turma. Brasília,DF, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 31/05/2017.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

valores e fins previstos na Constituição devem orientar o intérprete e o aplicador do direito(...)⁷”

Nesse novo cenário, a constituição é enxergada como realidade viva conformada e conformadora da sociedade, que precisa ser, se quiser se manter atual, interpretada à luz das mudanças sociais, jurídicas e econômicas que não param de acontecer.

Nesse diapasão, sobrepõe-se a relevância da contribuição prestada por Peter Haberle à Hermenêutica constitucional, qual seja, a Sociedade Aberta de Intérpretes. Segundo tal linha doutrinária, a definição do sentido e do alcance das normas, especialmente das normas constitucionais, não ficaria restrito aos tribunais e juízes togados (Sociedade Fechada de Intérpretes).

Assim, deveria ocorrer verdadeira democratização da interpretação constitucional, ou seja, todos os cidadãos, enquanto seres que têm sua conduta norteada pela Carta Magna, seriam, ao mesmo tempo, seus intérpretes, o que confere respaldo teórico suficiente à intervenção do *amicus curiae*, por exemplo.

“(…)Para Haberle, a interpretação constitucional deve ser desenvolvida sob a influência da teoria democrática, no âmbito da qual todo cidadão ativo, grupos, opinião pública e demais potências públicas representam forças produtivas da interpretação, de modo que são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando pelo menos como intérpretes da Constituição(...).⁸”

Trabalhando o conceito de Sociedade Aberta, colaciona-se julgado do Supremo Tribunal Federal que explorou a exaustão o tema em comento:

Parecer prévio por comissão mista e tramitação de novas medidas provisórias (Transcrições) (v. Informativo 657) ADI 4029/DF* Relator: Min. Luiz Fux Voto: A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade questiona a juridicidade da Lei Federal nº 11.516/07, a qual criou nova entidade autárquica, cognominada Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio). Preliminarmente, cumpre analisar a legitimidade ativa ad causam da associação nacional dos servidores do IBAMA (ASIBAMA nacional), composta por quatro mil e quinhentos associados por todo o território nacional, integrantes de todos os órgãos ambientais federais do Brasil. A Carta de Outubro de 1988, ao estatuir amplo rol de legitimados para a propositura da Ação Direta, inaugurou nova fase no controle de constitucionalidade brasileiro, superando o amplo domínio do controle difuso e incidental sobre o abstrato e concentrado, decorrente do monopólio conferido pela Constituição de 1967 ao Procurador-Geral da República para a utilização da Representação de Inconstitucionalidade. O novo regime preza, indubitavelmente, pela abertura dos canais de participação democrática nas discussões travadas pelo Judiciário, colimando instituir aquilo que Häberle definiu como sociedade aberta de intérpretes constitucionais. Em passagem de sua obra, o autor alemão ressalta a importância de que o debate constitucional seja realizado em meio a interlocutores plurais: A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma “sociedade fechada”. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados. (...) A estrita

⁷BARROSO. Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 1ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva.2009. 196-197p.

⁸JÚNIOR. Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional. 2ª edição. Salvador: Ed. Juspodium. 225p.

correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (...). (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997) O diploma constitucional hoje vigente é dotado de um amplo catálogo de expressões de compreensão equívoca, identificados pela doutrina como cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados, que adquirem densidade normativa a partir da atividade do intérprete, o qual, inevitavelmente, se vale de suas convicções políticas e sociais para delinear a configuração dos princípios jurídicos. Segundo Robert Alexy, o sistema jurídico é um sistema aberto em face da moral (Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. passim), precisamente pela necessidade de conferir significação a princípios abstratos como dignidade, liberdade e igualdade. Sendo assim, seria iniquamente antidemocrático afastar a participação popular desse processo de transformação do axiológico em deontológico. Nesse contexto, a manifestação da sociedade civil organizada ganha papel de destaque na jurisdição constitucional brasileira. Como o Judiciário não é composto de membros eleitos pelo sufrágio popular, sua legitimidade tem supedâneo na possibilidade de influência de que são dotados todos aqueles diretamente interessados nas suas decisões. Essa a faceta da nova democracia no Estado brasileiro, a democracia participativa, que se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais. Sobre o tema, Häberle preleciona: “‘El dominio del pueblo’ se debe apoyar en la participación y determinación de la sociedad en los derechos fundamentales, no sólo mediante elecciones públicas cada vez más transparentes y abiertas, sino a través de competencias basadas en procesos también cada vez más progresistas” (em tradução livre: “O domínio do povo deve se apoiar na participação e determinação da sociedade nos direitos fundamentais, não somente mediante eleições públicas cada vez mais transparentes e abertas, senão também através de competências baseadas em processos também cada vez mais progressistas”). HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 137). A interferência do povo na interpretação constitucional, traduzindo os anseios de suas camadas sociais, prolonga no tempo a vigência da Carta Magna, evitando que a insatisfação da sociedade desperte o poder constituinte de seu estado de latência e promova o rompimento da ordem estabelecida. À luz dessas considerações deve ser interpretado o inciso IX do art. 103, não se recomendando uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de “entidade de classe de âmbito nacional”. A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada em vez de limitada, quanto mais quando a restrição decorre de construção jurisprudencial, à míngua de regramento legal. Não se deve olvidar que os direitos fundamentais, dentre eles o da participação democrática, merecem sempre a interpretação que lhes dê o maior alcance e efetividade. Recorrendo à lição de Luís Roberto Barroso, merece ser ressaltado que o fundamento para que o Judiciário possa sobrepor a sua vontade à dos agentes eleitos dos outros Poderes reside justamente na confluência de ideias que produzem o constitucionalismo democrático (Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 286). Essa a configuração de democracia deliberativa engendrada por Carlos Santiago Nino (*La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona:

Gedisa, 1997), estimulando o pluralismo do debate político, da qual não pode esta Corte descurar. (...)”⁹

Em arremate, é crescente o entendimento de que, diante de uma realidade hipercomplexa, os intérpretes oficiais da norma constitucional devem estar dispostos a dialogar com a plêiade de atores sociais que possam ser atingidos pelas decisões judiciais.

4. A BUSCA POR LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Há, pelo menos, três anos o Brasil passa por sérias crises políticas, econômicas e sociais, havendo, segundo diversos autores, verdadeira crise de representatividade política, fato esse que por vezes resulta em atos despídos de eficácia social.

Outrossim, ganha corpo em todos os ramos do Direito a busca por uma legitimidade social reforçada, com o fito de conferir ao povo uma segunda forma de exercício da democracia indireta, uma espécie de influência popular que não finda com a eleição de representantes, mas que perdura em relação a atos estatais relevantes.

4.1. REFLEXOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

A disciplina em questão sempre teve como pedras de toque os princípios da Supremacia do Interesse Público e Indisponibilidade do interesse público.

Todavia, novos ventos sopram sobre o Direito Administrativo. Atualmente, a imperatividade, a hierarquia e a subordinação dão lugar ao diálogo, a transparência a cooperação.

Reconhece-se que ouvir o cidadão gera uma decisão mais consentânea com o interesse público primário.

Nesse sentido, destaca-se o art.39 da Lei nº 8666/93:

Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados¹⁰.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC nº 110623. 2ª Turma. Brasília, DF, Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 8666/93. 21 de junho de 1993. Brasília, DF. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

4.2 REFLEXOS NO DIREITO FINANCEIRO:

Essa onda democrática e busca por legitimidade reforçada também produziu efeitos no campo do conhecimento em análise, especialmente em razão de ser a disciplina que abarca os princípios e regras que, ao fim e ao cabo, tutelam o patrimônio público.

Cite-se, por oportuno, o art. 48 da Lei Complementar nº 101/00:

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

§ 1º A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos¹¹;

Alguns autores chegam a falar em verdadeira cidadania fiscal:

“expressa-se por meio de previsões legais que permitem o conhecimento e envolvimento do cidadão nas deliberações orçamentárias e no acompanhamento da sua execução(...)”¹²

4.3 REFLEXOS NO DIREITO AMBIENTAL

Numa intersecção com o Direito Administrativo e tendo em vista a densa proteção conferida pelo constituinte ao meio ambiente (Art.225 da CRFB/88), bem de uso comum do povo, dispõe o art.8º da Lei nº 11.284/06:

Art. 8º A publicação do edital de licitação de cada lote de concessão florestal deverá ser precedida de audiência pública, por região, realizada pelo órgão gestor, nos termos do regulamento, sem prejuízo de outras formas de consulta pública¹³.

Ante o exposto, pelos exemplos acima citados, verifica-se que o legislador, durante a realização do seu *munus*, tem atuado com o escopo de ouvir mais o cidadão, como intérprete das normas e não apenas mero destinatário delas.

5. A ORIGEM HISTÓRICA DO *AMICUS CURIAE* E SEU DESENVOLVIMENTO NOS ESTADOS UNIDOS.

A doutrina pontua que o instituto alvo do presente trabalho teve seu nascedouro, assim como diversos outros mecanismos do Direito Contemporâneo, no Direito Romano.

¹¹BRASIL. Lei Complementar nº 101/00. 04 de maio de 2000. Brasília, DF. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

¹²ABRAHAM, Macus . **Curso de Direito Financeiro Brasileiro. 4ª ed. Editora Forense. 2017**

¹³BRASIL. Lei nº 11.284/06. 02 de março de 2006. Brasília, DF. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

Contudo, o grande desenvolvimento do *amicus curiae* ocorreu nos Estados Unidos, tendo o legislador brasileiro se inspirado expressamente na tradição norte-americana, fato esse passível de apuração quando da leitura da exposição de motivos da Lei nº9.868/99:

“(…) Da mesma forma, afigura-se digna de realce a proposta formulada com o sentido de permitir que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades (arts. 7º, § 2º, e 18, § 2º). Positiva-se, assim, a figura do "amicus curiae" no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões. Outra inovação consta dos arts. 9º, 1º, e 20, § 1º, do anteprojeto, que autorizam o relator, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existente nos autos, a requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data, para, em audiência pública, ouvir depoimentos e pessoas com experiência e autoridade na matéria. Nos Estados Unidos, o chamado "*Branseis-Brief*" - memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no case *Muller versus Oregon* (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher - permitiu que se desmitificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples "questão jurídica" de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição (cf., a propósito, Kermit L. Hall, *The Supreme Court*, p. 85.). Hoje, não há como negar a "comunicação ente norma e fato" (Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalf), que constitui condição da própria interpretação constitucional (cf., Marenholz zwischen Wissenschaft und Richterkunst, Homenagem aos 70 anos de Konrad Hesse, Heidelberg, 1990, p. 53 (54). É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos (Marenholz, op. Cit. P. 54). Tem-se, assim, a proposta de um novo instituto que, se adotado, servirá para modernizar o processo constitucional brasileiro.¹⁴

A suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos passou a prever no seu regimento a figura do *amicus curiae*, como relevante mecanismo para chamar a atenção do tribunal para temas importantes, conforme se depreende do seguinte trecho da 37 rule:

Brief for an Amicus Curiae. An amicus curiae brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An amicus curiae brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored. An amicus curiae brief may be filed only by an attorney admitted to practice before this Court as provided in Rule 5.¹⁵

6 . O *AMICUS CURIAE* NO DIREITO BRASILEIRO

A figura do *Amicus curiae* aparece no Direito Brasileiro com aplicação restrita a alguns temas específicos, e não de forma geral.

Inicialmente, cita-se a previsão do art.31 da Lei nº 6.835/76 que versa sobre o mercado de valores mobiliários e que dispõe:

¹⁴BRASIL. Lei nº 9868/99. 10 de novembro de 1999. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

¹⁵ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. Rules of Supreme Court of United States. Washington. 01 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov>. Acesso em: 02/06/2016.

Art. 31 - Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.¹⁶

Mantendo essa lógica tópica, estabelecia a antiga lei antitruste e preconiza o atual art.118 da Lei nº 12.529/11:

Art. 118. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.¹⁷

Entendia-se que tendo em conta a natureza jurídica da Comissão de Valores Mobiliários e do Conselho Administrativo de Atividade Econômica, qual seja, autarquia federal de regime especial, dotada de servidores especializados na matéria, a participação de tais entidades teria o condão de verticalizar o debate, contribuindo, dessa forma, para uma decisão jurisdicional plena.

Notando as virtudes da intervenção do *amicus curiae*, o legislador passou a promover um progressivo processo de expansão desta figura.

Como consequência do parágrafo supracitado e ainda no seio da legislação específica, notabilizam-se as previsões do artigo 14, §7º, da Lei nº 10.259/01 e artigo 3º, §2º da Lei nº 11.417/06 e art. 7º, §2º da Lei 9.868/99, os quais estabelecem:

Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

§7º. Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.¹⁸

Art. 3º. São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

§2º. No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.¹⁹

Art. 7º. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.²⁰

¹⁶BRASIL. Lei nº 6835/76. 07 de dezembro de 1976. Brasília, DF. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

¹⁷BRASIL. Lei nº 12.529/11. 30 de novembro de 2011. Brasília, DF. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

¹⁸BRASIL. Lei nº 10.259/01. 12 de julho de 2001. Brasília, DF. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

¹⁹BRASIL. Lei nº 11.417/06. 19 de dezembro de 2006. Brasília, DF. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

²⁰BRASIL. Lei nº 9868/99. 10 de novembro de 1999. Brasília, DF. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

No que toca a presença da figura do *amici curiae* nos Códigos de 1939 e 1973, é possível inferir que, no primeiro, não há referência ao instituto alvo desse trabalho, ao passo que, no segundo, há hipótese de previsão restrita de intervenção, a saber:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.²¹

Modificando todo esse panorama, o CPC/15 torna possível a intervenção do *amicus curiae* em qualquer processo, independentemente do tema ou da questão debatida. Enfim, inverte-se a lógica até então existente, ou seja, transforma-se a exceção em regra.

Assim estabelece o Art. 138 do Novo Código de Processo Civil:

O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecurável, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.²²

Insatisfeito com a previsão global, o Código ainda contempla mais duas previsões específicas:

Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.

§ 3º. Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecurável, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.²³

Em que pese a previsão geral já fosse suficiente para garantir a presença do *amicus curiae* no bojo do incidente de inconstitucionalidade e do incidente de resolução de demandas repetitivas, entende-se que o legislador assim obrou no primeiro caso em razão do princípio

²¹BRASIL. Lei nº 5.869. 11 de janeiro de 1973. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

²²BRASIL. Lei nº 13.105. 16 de março de 2015. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

²³BRASIL. Lei nº 13.105. 16 de março de 2015. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

da presunção de constitucionalidade das leis e pelo fato de que, se a lei é fruto da vontade popular, também deve se ouvir o povo enquanto titular legítimo de todo o poder (Art.1º, parágrafo único, da CRFB/88).

Noutro giro, pensa-se que a previsão específica de intervenção no IRDR se justifica em razão da litigiosidade de massa ínsita ao instituto.

A doutrina também reconhece o papel democrático desempenhado pelo *amicus curiae* e tem pugnado pela sua expansividade, mesmo em procedimentos especiais céleres.

Nessa toda, restou estabelecido no âmbito do Fórum de Processualistas Civis:

249. A intervenção do *amicus curiae* é cabível no mandado de segurança.

250. Admite-se a intervenção do *amicus curiae* nas causas trabalhistas, na forma do art. 138, sempre que o juiz ou relator vislumbrar a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão geral da controvérsia, a fim de obter uma decisão respaldada na pluralidade do debate e, portanto, mais democrática²⁴.

6.1. NATUREZA JURÍDICA DO *AMICUS CURIAE*

Sempre grassou na doutrina a controvérsia acerca da verdadeira essência do amigo da corte. Todavia, com o advento do novo código processual, o legislador pacificou a controvérsia acerca da natureza jurídica do *amicus curiae*, definindo-o como modalidade de intervenção de terceiros.

Antes, porém, como já ressaltado, reinava a controvérsia na doutrina. Uma primeira corrente de pensamento e que mostrava-se prevalecente defendia que o *amicus curiae*, assim como os peritos e intérpretes, seria um auxiliar eventual do juízo.

Nesse diapasão, sustenta Fredie Didier:

“(...) verdadeiro auxiliar do juízo. Trata-se de uma intervenção provocada pelo magistrado ou requerida pelo próprio *amicus curiae*, cujo objetivo é o de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário. A sua participação consubstancia-se em apoio técnico ao magistrado(...)”²⁵

Noutra senda, parte da doutrina asseverava que o *amicus curiae* seria um assistente qualificado, apto a colaborar com uma das partes e, dessa forma, obter êxito na demanda.

Em arremate, parte dos processualistas já advogava a tese de que o *amicus curiae* seria uma hipótese de intervenção de terceiros.

²⁴BRASIL. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – Carta de Vitória. Disponível em: <<http://alicejusbrasil.com.br>>. Acesso em: 02/06/2017.

²⁵DIDIER JR. Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil – volume 1. 13ª edição. Salvador: Ed. Juspodium.2011. 409p.

Assim, já pontuava Daniel Assumpção:

“(…) Ainda que substancialmente diferente dos terceiros intervenientes tradicionais, prefiro o entendimento de que a intervenção ora analisada é uma espécie diferenciada de intervenção de terceiro, tendo como principal consequência a atribuição da natureza jurídica de parte após sua admissão no processo(…)”²⁶

A última corrente foi adotada pelo Código de Processo Civil de 2015, o qual alocou o *amicus curiae* no Título III, capítulo V do novo código, isto é, no rol de intervenção de terceiros.

6.2. ANÁLISE DO ARTIGO 138 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O artigo 138 do NCPC preceitua:

O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.²⁷

Da análise perfunctória do dispositivo legal supramencionado verifica-se que a intervenção do amigo da corte pode ocorrer tanto na primeira quanto na segunda instância, uma vez que são utilizados os vocábulos juiz e relator.

Além disso, a lei estabelece as causas autorizadoras da intervenção de terceiro em análise, quais sejam, relevância da matéria, especificidade do tema controvertido ou repercussão social da controvérsia.

Discutindo se tais requisitos seriam cumulativos ou alternativos, ficou assentado no enunciado 395 do Fórum de Processualistas civis o seguinte:

Os requisitos objetivos exigidos para a intervenção do *amicus curiae* são alternativos.²⁸

Como se depreende do dispositivo legal, os pressupostos da intervenção consubstanciam verdadeiras cláusulas gerais que conferem uma grande margem de liberdade ao julgador e que só o tempo terá o condão de definir suas balizas. Espera-se apenas que a vagueza do texto legal não se torne subterfúgio para decisões que restrinjam a potencialidade do instituto.

²⁶NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil -volume único. 4ª edição. São Paulo Editora gen/método. 2012. 210p.

²⁷BRASIL. Lei nº 13.105. 16 de março de 2015. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

²⁸BRASIL. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – Carta de Vitória. Disponível em: <<http://alicejusbrasil.com.br>. Acesso em: 02/06/2017.

Ainda, preconiza o art.138 do CPC/15, sem diferenciar entre deferimento e indeferimento, que a decisão que versa sobre o *amicus curiae* será irrecorrível.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, interpretando o art.7º, §2º da Lei nº 9868/99, texto esse que tem redação muito parecida com o art.138 do CPC/15, conferiu legitimidade recursal ao amigo da corte, quando este tem o seu pedido de ingresso na lide indeferido, senão vejamos:

“(…)O Plenário negou provimento a agravo regimental em que discutida a admissibilidade da intervenção, na qualidade de “amicus curiae”, de instituição financeira em ação direta de inconstitucionalidade. Preliminarmente, o Colegiado conheceu do recurso. No ponto, a jurisprudência da Corte reconheceria legitimidade recursal àquele que desejasse ingressar na relação processual como “amicus curiae” e tivesse sua pretensão recusada. Por outro lado, não se conheceria de recursos interpostos por “amicus curiae” já admitido, nos quais se intentasse impugnar acórdão proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade. No mérito, o Plenário entendeu que não se justificaria a intervenção de instituição financeira para discutir situações concretas e individuais, no caso, a situação particular que desaguara na decretação de liquidação extrajudicial da instituição. Sob esse aspecto, a tutela jurisdicional de situações individuais deveria ser obtida pela via do controle difuso, por qualquer pessoa com interesse e legitimidade. O propósito do “amicus curiae” seria o de pluralizar o debate constitucional e conferir maior legitimidade ao julgamento do STF, tendo em conta a colaboração emprestada pelo terceiro interveniente. Este deveria possuir interesse de índole institucional, bem assim a legítima representação de um grupo de pessoas, sem qualquer interesse particular. Na espécie, a instituição agravante careceria de legitimidade, uma vez não possuir representatividade adequada(…)”²⁹

A doutrina processual pontua que, antes mesmo do juiz analisar se estão presentes os requisitos autorizadores da intervenção do amici curiae, deverá o magistrado, em homenagem ao princípio do contraditório, na vertente em que repele a decisão de terceira via, conferir às partes litigantes o direito de se manifestar sobre o pleito intervencionista.

Nessa toada, dispõe o enunciado do Fórum de Processualistas civis abaixo colacionado:

O juiz deve assegurar o contraditório antes da admissão ou exclusão do amicus curiae.³⁰

Noutro senda, o NCPC (Art.138, §3º) conferiu expressamente legitimidade ao amici curiae para recorrer das decisões que resolverem o incidente de resolução de demandas repetitivas:

O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.³¹

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Recisória nº 1699. Brasília, DF, 18/12/2015, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 31/05/2017.

³⁰BRASIL. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – Carta de Vitória. Disponível em: <<http://alicejusbrasil.com.br>. Acesso em: 02/06/2017.

³¹BRASIL. Lei nº 13.105. 16 de março de 2015. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

A doutrina, porém, estende essa legitimidade para o âmbito dos recursos repetitivos, conforme se deduz do enunciado 391 do Fórum de Processualistas Civis:

*O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar recursos repetitivos.*³²

O entendimento doutrinário supramencionado encontra arrimo no fato de que o IRDR ao lado da sistemática de julgamento dos recursos repetitivos exercem funções muito similares no ordenamento atual, eis que ambos materializam técnicas de julgamento para litígios de massa, bem como se prestam a formação concentrada de precedentes. O próprio Código admite tais semelhanças ao preconizar no seu artigo 928:

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.³³

Conclui-se ainda que legitimidade para pleitear a intervenção alvo do presente trabalho é ampla, competindo às pessoas naturais, jurídicas, órgãos ou entidades especializadas. Entretanto, com o escopo de delimitar, ou melhor, conferir bases seguras ao julgador é preciso que os pretensos intervenientes demonstrem representatividade adequada.

Segundo a doutrina processual haverá representatividade adequada quando o terceiro possuir um interesse institucional na decisão da causa, isto é, quando o bem da vida objeto da demanda se traduzir no interesse de uma coletividade, por menor que seja essa.

Assim, aduz Cássio Scarpinella Bueno:

“(…) O interesse institucional, por isso mesmo, deve ser compreendido de forma ampla, a qualificar quem pretende ostentar o status de amicus curiae em perspectiva metaindividual, apta a realizar interesse que não lhe são próprios nem exclusivos como pessoa ou entidade. São, por definição, interesses que pertencem a grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas e que, por isso mesmo, precisam ser considerados no proferimento de específicas decisões(…)”³⁴

Em que pese segundo a doutrina o interesse institucional traduza verdadeira interesse metaindividual, cumpre albergar enunciado 127 do Fórum dos Processualistas Civis, o qual preceitua:

³²BRASIL. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – Carta de Vitória. Disponível em: <<http://alicejusbrasil.com.br>>. Acesso em: 02/06/2017.

³³BRASIL. Lei nº 13.105. 16 de março de 2015. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02/06/2017.

³⁴BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil -Volume Único. 2ª edição. São Paulo: ed. Saraiva. 2016. 180p.

A representatividade adequada exigida do *amicus curiae* não pressupõe a concordância unânime daqueles a quem representa.³⁵

No ponto, impende asseverar que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o mero fato de uma instituição atuar em diversos processos que discutem a mesma matéria não lhe confere representatividade adequada para intervir como *amici curiae*.

Nessa esteira, julgado representativo dessa concepção:

Não se admite a intervenção da Defensoria Pública como *amicus curiae*, ainda que atue em muitas ações de mesmo tema, no processo para o julgamento de recurso repetitivo em que se discutem encargos de crédito rural, destinado ao fomento de atividade comercial. Por um lado, a representatividade das pessoas, órgãos ou entidades referidos no § 4º do art. 543-C do CPC e no inciso I do art. 3º da Resolução 8/2008 do STJ deve relacionar-se, diretamente, à identidade funcional, natureza ou finalidade estatutária da pessoa física ou jurídica que a qualifique para atender ao interesse público de contribuir para o aprimoramento do julgamento da causa; não é suficiente o interesse em defender a solução da lide em favor de uma das partes (interesse meramente econômico). Por outro lado, a intervenção formal no processo repetitivo deve dar-se por meio da entidade de âmbito nacional cujas atribuições sejam pertinentes ao tema em debate, sob pena de prejuízo ao regular e célere andamento deste importante instrumento processual. A representação de consumidores em muitas ações é insuficiente para a representatividade que justifique intervenção formal em processo submetido ao rito repetitivo. No caso em que se discutem encargos de crédito rural, destinado ao fomento de atividade comercial, a matéria, em regra, não se subsume às hipóteses de atuação típica da Defensoria Pública. Apenas a situação de eventual devedor necessitado justificaria, em casos concretos, a defesa dessa tese jurídica pela Defensoria Pública, tese esta igualmente sustentada por empresas de grande porte econômico. Por fim, a inteireza do ordenamento jurídico já é defendida pelo Ministério Público Federal.³⁶

Destarte, malgrado os posicionamentos acima destacados acerca da representatividade adequada, especialmente no que toca ao fator legitimador da intervenção em estudo, não se vislumbra no texto do artigo 138 do NCPC a exigência de tal requisito. Registre-se ademais que sustentar tal posicionamento contraria toda a evolução história sofrida pelo instituto do *amicus curiae*, o qual deixou de ser específico para ser geral. Por fim, no que tange a essa questão, a intervenção em comento tem o condão de democratizar, pluralizar, conferir uma visão holística acerca do objeto da controvérsia, devendo, portanto, ser vista de forma ampliativa.

É certo que deve haver, no entanto, um mínimo de nexos legitimador, fator esse que tenha a aptidão de efetivamente filtrar as pessoas, físicas ou jurídicas, que possam colaborar para o melhor deslinde possível da controvérsia.

³⁵BRASIL. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – Carta de Vitória. Disponível em: <<http://alicejusbrasil.com.br>>. Acesso em: 02/06/2017.

³⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 1.333.977-MT, Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.ju.br>>. Acesso em: 01/06/2017.

Nesse contexto, entende-se como adequada a visão ampliativa de Fredie Didier acerca da questão:

“(…) Ou seja, o amicus curiae precisa ter algum vínculo com a questão litigiosa, de modo que possa contribuir para a sua solução. A adequação da representação será avaliada a partir da relação jurídica entre o amicus curiae e a relação jurídica litigiosa. Uma associação científica possui representatividade adequada para a discussão de temas relacionados à atividade científica que patrocina; um antropólogo renomado pode colaborar, por exemplo, com questões relacionadas aos povos indígenas(…) Nada impede que haja mais de um amicus curiae no processo. A pluralidade de visões sobre o mesmo tema enriquece o debate e qualifica, necessariamente, a decisão(…)”³⁷

Ainda quanto à legitimidade do interveniente em comento e o preenchimento dos pressupostos exigidos pelo artigo 138 do NCPC, a doutrina entende que estes devem ser aferidos no momento de ingresso do terceiro, não havendo nenhuma consequência, portanto, caso os pressupostos sucumbam no decorrer da apreciação da controvérsia.

Nessa toada, enunciado do Fórum de Processualistas:

A perda superveniente dos requisitos de admissão do amicus curiae acarreta sua exclusão do processo.³⁸

Do disposto no art.138 do NCPC, infere-se que este dispositivo legal não estipulou um limite temporal à intervenção do amicus curiae, omissão esta que poderia conduzir à conclusão de que o terceiro poderia intervir a qualquer momento. Entretanto, tal posicionamento não tem encontrado respaldo no entendimento das cortes pátrias.

Nesse diapasão, aduna-se julgado do Supremo Tribunal Federal:

O Plenário, por maioria, deferiu, em parte, pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, para suspender, até julgamento final da ação, a eficácia do art. 8º da Resolução 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral - TSE (“O inquérito policial eleitoral somente será instaurado mediante determinação da Justiça Eleitoral, salvo a hipótese de prisão em flagrante”). A resolução impugnada dispõe sobre a apuração de crimes eleitorais. Em preliminar, a Corte rejeitou pleito de sustentação oral feito pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP e da Associação dos Procuradores da República na condição de “amici curiae”. Na espécie, os pedidos de ingresso foram deduzidos após a inclusão em pauta da presente ação. O Tribunal reafirmou jurisprudência quanto à impossibilidade de terceiros se manifestarem após a liberação dos autos para julgamento. Destacou que os “amici curiae” poderiam requerer o seu ingresso por ocasião do julgamento definitivo. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, que acolhiam o pronunciamento dos postulantes. O Ministro Marco Aurélio enfatizava admitir a participação, ainda que o requerimento fosse posterior à inclusão do processo em pauta. O Ministro Gilmar Mendes vislumbrava a possibilidade de, em princípio, rever a jurisprudência. Ressaltava que o STF poderia indeferir o ingresso caso se tratasse de pedido abusivo. O Ministro Celso de Mello sublinhava a importância da admissão do “amicus curiae” porque, de um lado, permitiria a pluralização do debate

³⁷DIDIER JR.Fredie. Curso de Direito Processual Civil-volume 1. 17ª edição. Salvador: Ed. Juspodium, 2015.523p.

³⁸BRASIL. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – Carta de Vitória. Disponível em:<<http://alicejusbrasil.com.br>. Acesso em: 02/06/2017.

constitucional e, de outro, conferiria maior legitimidade às decisões do STF, quando tomadas, como na espécie, em sede de controle normativo abstrato. Frisava que, em face do julgamento da presente medida cautelar, poder-se-ia interpretar essa vedação no sentido de não ser possível a admissão do “amicus curiae” depois de incluído o feito em pauta, para efeito de julgamento definitivo.³⁹

Não difere desse entendimento o Superior Tribunal de Justiça, o qual preconiza:

“(...)O pedido de intervenção, na qualidade de *amicus curiae*, em recurso submetido ao rito do art. 543-C do CPC, deve ser realizado antes do início do julgamento pelo órgão colegiado. Isso porque, uma vez iniciado o julgamento, não há mais espaço para o ingresso de *amicus curiae*. De fato, já não há utilidade prática de sua intervenção, pois nesse momento processual não cabe mais sustentação oral, nem apresentação de manifestação escrita, como franqueia a Resolução 8/2008 do STJ, e, segundo assevera remansosa jurisprudência, o *amicus curiae* não tem legitimidade recursal, inviabilizando-se a pretensão de intervenção posterior ao julgamento (EDcl no REsp 1.261.020-CE, Primeira Seção, DJe 2/4/2013). O STJ tem entendido que, segundo o § 4º do art. 543-C do CPC, bem como o art. 3º da Resolução 8/2008 do STJ, admite-se a intervenção de *amicus curiae* nos recursos submetidos ao rito dos recursos repetitivos somente antes do julgamento pelo órgão colegiado e a critério do relator (EDcl no REsp 1.120.295-SP, Primeira Seção, DJe 24/4/2013). Ademais, o STF já decidiu que o *amicus curiae* pode pedir sua participação no processo até a liberação do processo para pauta(...)”⁴⁰

O entendimento acima tem sido aplicado no âmbito dos demais tribunais. Contudo, como se vê, nem a jurisprudência nem o artigo 138 do NCPC previram um momento limite para a intervenção objeto do presente estudo.

Tendo em vista que o entendimento do Supremo Tribunal Federal fora assentado em sede de controle concentrado de constitucionalidade, portanto, em um processo objetivo, não se deve aplicar, por simetria, tal entendimento aos juízos de piso, os quais apreciam feitos subjetivos.

Com efeito, como nos processos de primeira instância há partes na defesa de direitos subjetivos, defende-se que o momento limite adequado para a intervenção seria o saneamento do processo, uma vez que, a partir desse momento, os litigantes não podem mais promover alterações subjetivas e objetivas. Caso contrário, a lide correria o risco de eternização, o que contrariaria o princípio da duração razoável do processo (Art.5, LXXVIII, da CRFB/88).

Acerca do saneamento, preceitua o NCPC:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento. § 1º—Realizado o saneamento, as partes têm o

³⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5104. Brasília, DF, 21 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 01/06/2017.

⁴⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 1.152.218-RS. Brasília, DF, 07 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 01/06/2017.

direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.⁴¹

O novo código também é omissivo quanto aos poderes processuais que o *amicus curiae* poderá exercer, conferindo ao juiz o poder de defini-los à luz das peculiaridades de cada caso concreto. Assim dispõe o parágrafo segundo do artigo 138 do NCPC:

§ 2º. Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.⁴²

Em que pese a previsão legal supracitada, a jurisprudência tem se encarregado de fincar algumas balizas, entretanto haja divergência entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Segundo o STJ, o *amicus curiae* não tem direito adquirido à sustentação oral:

Em questão de ordem, a Corte Especial, por maioria, firmou a orientação de não reconhecer o direito do *amicus curiae* de exigir a sua sustentação oral no julgamento de recursos repetitivos, a qual deverá prevalecer em todas as Seções. Segundo o voto vencedor, o tratamento que se deve dar ao *amicus curiae* em relação à sustentação oral é o mesmo dos demais atos do processo: o STJ tem a faculdade de convocá-lo ou não. Se este Superior Tribunal entender que deve ouvir a sustentação oral, poderá convocar um ou alguns dos *amicus curiae*, pois não há por parte deles o direito de exigir sustentação oral.⁴³

Lado outro, pontifica o Supremo Tribunal Federal que o amigo da corte possui diversas prerrogativas processuais, notadamente a realização de sustentação oral, requerimento de provas, informações, dentre outras, nos seguintes moldes:

“(…)É por tais razões que entendo que a atuação processual do “amicus curiae” não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas ou, ainda, à produção de sustentações orais perante esta Suprema Corte. Essa visão do problema – que restringisse a extensão dos poderes processuais do “colaborador do Tribunal” – culminaria por fazer prevalecer, na matéria, uma incompreensível perspectiva reducionista, que não pode (nem deve) ser aceita por esta Corte, sob pena de total frustração dos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador na positivação da cláusula que, agora, admite o formal ingresso do “amicus curiae” no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Cumpre permitir, desse modo, ao “amicus curiae”, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais. Esse entendimento é perfilhado por autorizado magistério doutrinário, cujas lições acentuam a essencialidade da participação legitimadora do “amicus curiae” nos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade (GUSTAVO BINENBOJM, “A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira”, p. 157/164, 2ª ed., 2004, Renovar; GUILHERME PEÑA DE MORAES, “Direito Constitucional/Teoria da Constituição”, p. 207/208, item n. 4.10.2.3, 4ª ed., 2007, Lumen Juris, v.g.), reconhecendo-lhe o direito de promover, perante esta Corte Suprema, a pertinente sustentação ora (FREDIE DIDIER JR., “Possibilidade de Sustentação Oral do Amicus Curiae”, “in” “Revista Dialética de Direito Processual”, vol. 8/33-38, 2003;

⁴¹BRASIL. Lei nº 13.105. 16 de março de 2015. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

⁴²BRASIL. Lei nº 13.105. 16 de março de 2015. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

⁴³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 1.205.946-SP. Brasília, DF. 17 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 01/06/2017.

NELSON NERY JR./ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante”, p. 1.388, 7ª ed., 2003, RT; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, “Amicus Curiae: a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade”, “in” “Direito Federal”, vol. 70/127-138, AJUFE, v.g.) ou, ainda, a faculdade de solicitar a realização de exames periciais sobre o objeto ou sobre questões derivadas do litígio constitucional ou a prerrogativa de propor a requisição de informações complementares, bem assim a de pedir a convocação de audiências públicas, sem prejuízo, como esta Corte já o tem afirmado, do direito de recorrer de decisões que recusam o seu ingresso formal no processo de controle normativo abstrato. Cabe observar que o Supremo Tribunal Federal, em assim agindo, não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o “amicus curiae” poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle abstrato de constitucionalidade – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância, de indiscutível magnitude e de inquestionável significação para a vida do País e a de seus cidadãos(...)^{44,5}

De nada adiantaria conferir voz e vez ao amigo da corte se seus argumentos não fossem ao menos enfrentados pelos julgadores. Em razão disso, especialmente pelo fato de os precedentes assumirem uma posição nunca antes vista no ordenamento pátrio, é imprescindível que as teses suscitadas pelo terceiro interveniente sejam apreciadas pelo órgão jurisdicional competente, sob pena de omissão apta a ensejar a oposição de aclaratórios pelas partes.

Nesse diapasão, ficou assentado no Fórum de Processualistas Civis:

128.No processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresentadas, nos termos do inciso IV do § 1º do art. 489.⁴⁵

394. As partes podem opor embargos de declaração para corrigir vício da decisão relativo aos argumentos trazidos pelo *amicus curiae*.⁴⁶

Por derradeiro, impende analisar a figura do amigo da corte com a novel categoria jurídica dos negócios jurídicos.

Apesar de parte da doutrina sob a égide do Código de 1973 já sustentar a existência dos negócios processuais, apenas com o advento do CPC/15 se positivou tal categoria processual.

Assim, preceitua o artigo 190 do novo código:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 11.9667. 2ª Turma. Brasília, DF.13 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 31/05/2017.

⁴⁵BRASIL. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – Carta de Vitória. Disponível em:<<http://alicejusbrasil.com.br>. Acesso em: 02/06/2017.

⁴⁶BRASIL. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – Carta de Vitória. Disponível em:<<http://alicejusbrasil.com.br>. Acesso em: 02/06/2017.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade⁴⁷

A doutrina processual tem advogado a tese de que as partes não podem entabular acordos que ilidam a participação do *amicus curiae*.

Nesse diapasão, ficou cristalizado no âmbito do Fórum de Processualistas Civis:

392. As partes não podem estabelecer, em convenção processual, a vedação da participação do *amicus curiae*.⁴⁸

Trilhando essas mesmas pegadas, a Escola Nacional de Formação e Aprimoramento de magistrado assentou:

36) A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraiam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de *amicus curiae*; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei.⁴⁹

Referenda-se os entendimentos doutrinários acima citados, uma vez que a participação do amigo da corte encontra respaldo no interesse público de obtenção de uma decisão jurisdicional que analise o objeto da controvérsia sob o maior número de ângulos possível.

Embora o ingresso do terceiro interveniente não possa ser obstado pelas partes, estas podem convencionar sobre a dinâmica dessa intervenção, isto é, sua organização.

Na esteira dessa conclusão, assevera Fredie Didier:

“(…)As partes não podem limitar os poderes do *amicus curiae* ou negociar para impedir sua participação, valendo-se do art.190 do CPC. Mas é lícito um negócio processual plurilateral de que faça parte o *amicus curiae*, para organizar a forma de sua manifestação – por escrito, oralmente etc(…)”⁵⁰

7. CONCLUSÃO

Face a todo o exposto, é possível concluir que o *amici curiae* vem passando por um processo progressivo de expansão, tendo agora atingido o seu ápice. De esparsas previsões

⁴⁷BRASIL. Lei nº 13.105. 16 de março de 2015. Brasília, DF. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

⁴⁸BRASIL. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – Carta de Vitória. Disponível em:<<http://alicejusbrasil.com.br>. Acesso em: 02/06/2017.

⁴⁹BRASIL. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – Carta de Vitória. Disponível em:<<http://alicejusbrasil.com.br>. Acesso em: 02/06/2017.

⁵⁰DIDIER JR. Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil-volume 1. 17ª edição. Salvador: Ed. Juspodium, 2015.525 p.

específicas a dispositivo do Novo Código de Processo Civil aplicável em qualquer tipo de demanda.

Outrossim, a jurisprudência das cortes pátrias, especialmente do Supremo Tribunal Federal, bem como a doutrina processual tem captado, com exatidão, o caráter democrático e plural proporcionado pela intervenção do terceiro em questão.

Por derradeiro, entende-se que em razão da globalização e da crescente complexidade das questões que tem chegado às barras do Poder Judiciário, cada vez mais será aprofundada a compreensão de que é necessário a participação de terceiros em verdadeiro diálogo cooperativo como todos os sujeitos processuais.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro. 4ª ed. Editora Forense. 2017.

BARROSO. Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 1ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva. 2009.

BONAVIDES. Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil - Volume Único. 2ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4983/CE. Tribunal Pleno. Brasília,DF, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 31/05/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC nº 110623. 2ª Turma. Brasília,DF, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 31/05/2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

BRASIL. Lei nº 8666/93. 21 de junho de 1993. Brasília, DF. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

BRASIL. Lei Complementar nº 101/00. 04 de maio de 2000. Brasília, DF. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017

BRASIL. Lei nº 11.284/06. 02 de março de 2006. Brasília, DF. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

BRASIL. Lei nº 9868/99. 10 de novembro de 1999. Brasília, DF. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

BRASIL. Lei nº 6835/76. 07 de dezembro de 1976. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

BRASIL. Lei nº 12.529/11. 30 de novembro de 2011. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

BRASIL. Lei nº 11.417/06. 19 de dezembro de 2006. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

BRASIL. Lei nº 5.869. 11 de janeiro de 1973. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

BRASIL. Lei nº 13.105. 16 de março de 2015. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02/06/2017.

BRASIL. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – Carta de Vitória. Disponível em: <<http://alicejusbrasil.com.br>. Acesso em: 02/06/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Rescisória nº 1699. Brasília, DF, 18/12/2015, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 31/05/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 1.333.977-MT, Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.ju.br>. Acesso em: 01/06/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5104. Brasília, DF, 21 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 01/06/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 1.152.218-RS. Brasília, DF, 07 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 01/06/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 1.205.946-SP. Brasília, DF, 17 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 01/06/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 11.9667. 2ª Turma. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 31/05/2017.

CUNHA JÚNIOR. Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 2ª edição. Salvador: Ed. Juspodium, 2008.

DIDIER Jr. Fredie. Curso de Direito Processual Civil – volume 1. 13ª edição. Salvador: Ed. Juspodium, 2011.

DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil-volume 1. 17ª edição. Salvador: Ed. Juspodium, 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. Rules of Supreme Court of United States. Washington. 01 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov>. Acesso em: 02/06/2016.

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil - volume único. 4ª edição. São Paulo: Editora Gen/Método. 2012.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional. 29ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.