

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A INTRODUÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO
DIREITO BRASILEIRO: UMA REFLEXÃO À LUZ DA TEORIA
DA INTERCONSTITUCIONALIDADE**

GUSTAVO HENRIQUE ARACHESKI

Itajaí-SC, Janeiro/2019

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

A INTRODUÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO DIREITO BRASILEIRO: UMA REFLEXÃO À LUZ DA TEORIA DA INTERCONSTITUCIONALIDADE

GUSTAVO HENRIQUE ARACHESKI

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI e ao Curso de Mestrado em Direito da
União Europeia da Universidade do Minho –
UMINHO, como requisito parcial à obtenção dos
títulos de Mestre em Ciência Jurídica e de Mestre
em Direito da União Europeia.

Orientador (Univali): Prof. Doutor Marcos Leite Garcia

Orientadora (Uminho): Prof.^a Doutora Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu

Itajaí-SC, Janeiro/2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por tudo!

Agradeço meus pais pela confiança e pelo incentivo permanente no aprofundamento dos estudos.

Agradeço o Tribunal de Justiça de Santa Catarina pelo êxito do programa de pós-graduação *strictu sensu* para os magistrados e servidores, em parceria com a Universidade do Vale do Itajaí – Univali, que reverte na qualificação da atividade jurisdicional em prol da gente catarinense.

Agradeço meus orientadores, Professor Doutor Marcos Leite Garcia, da Univali – Brasil e Professora Doutora Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu, da Uminho - Portugal, pelas lições e o imprescindível auxílio na elaboração deste trabalho.

Agradeço, muito especialmente, a minha equipe de trabalho no Foro da Comarca de Joinville, tanto a assessoria de gabinete: Daniele, Vanessa e Diogo, como de cartório: Maristela, Cristina, Simone, Ricardo e Rodnei, todos servidores públicos exemplares, cuja dedicação ao trabalho perante a unidade jurisdicional pela qual sou responsável permitiu-me tranquilidade durante os períodos de afastamento para as aulas na Univali e, sobretudo, na Uminho.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Mirela, querida esposa, companheira há quase trinta anos,
que me apoiou não apenas agora, mas em todas as minhas escolhas.

Dedico também aos meus filhos Gustavo e Guilherme porque a dedicação deles aos
estudos é permanente fonte de inspiração.

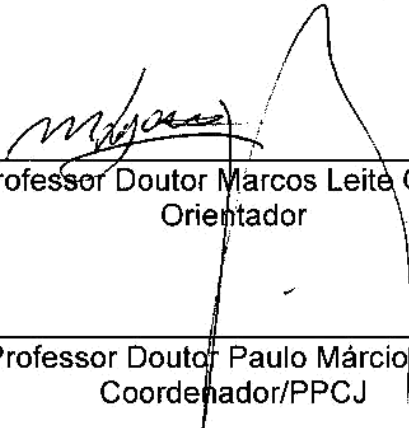
TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí e a Universidade do Minho bem como as respectivas Coordenações dos Cursos de Mestrado em Ciência Jurídica (Univali) e de Mestrado em Direito da União Europeia (UM), a Banca Examinadora e os Orientadores de toda e qualquer responsabilidade.

Itajaí-SC, Janeiro/2019

Gustavo Henrique Aracheski
Mestrando

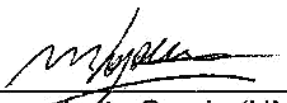
Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



Professor Doutor Marcos Leite Garcia
Orientador

Professor Doutor Paulo Márcio Cruz
Coordenador/PPCJ

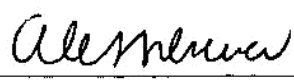
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Marcos Leite Garcia (UNIVALI) – Presidente



Doutora Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu (UNIVERSIDADE DO MINHO,
PORTUGAL) - Membro



Doutora Alessandra Aparecida Souza Silveira (UNIVERSIDADE DO MINHO,
PORTUGAL) - Membro

Itajaí (SC), 20 de março de 2019.

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CPB	Código Penal Brasileiro
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
DUE	Direito da União Europeia
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia

ROL DE CATEGORIAS

(a) **Audiência de Custódia:** ato judicial que consiste na apresentação, sem demora, de todo aquele que for preso por infração à lei penal ao juiz, para verificação da regularidade da prisão e decisão sobre a soltura ou manutenção da segregação cautelar.

(b) **Direito da União Europeia:** o Direito da União Europeia é aquele criado e desenvolvido a partir da conversação entre múltiplos atores e segmentos sociais que integram a UE. Não se confunde com o direito que surge das ordens jurídicas internas dos Estados-Membros que compõem a EU e está, basicamente, consubstanciado nos Tratados em vigência (alguns históricos, outros bem recentes e tantos já suplantados), também na Carta dos Direitos Fundamentais (fontes primárias, diretas e prevalentes) e nos Regulamentos, Diretivas e Decisões (fontes derivadas).

(c) **Pessoa presa:** todo indivíduo que estiver privado do direito de liberdade em razão de infração à lei penal, por prisão decorrente de situação de flagrante-delito ou por ordem da autoridade judiciária.

(d) **Teoria da Interconstitucionalidade:** teoria que busca regular as inter-relações do Direito da União Europeia com os Estados-Membros e seus cidadãos, sintetizada por Gomes Canotilho como “uma forma específica da interorganização política e social”¹ dentro do complexo quadro jurídico da União Europeia.

(e) **Tutela Jurisdicional Efetiva:** direito fundamental que consiste não apenas na apreciação (formal) pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito, mas na efetiva aplicação (material) do direito consolidado no ordenamento jurídico.

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 14ª reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1.425.

SUMÁRIO

RESUMOp. 11

ABSTRACTp. 12

INTRODUÇÃOp. 13

CAPÍTULO 1 - A COMPREENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: APROXIMAÇÕESp. 17

1.1 O processo de evolução e afirmação dos direitos humanosp. 17

1.2 O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do estado brasileirop. 26

1.2.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como referência axiológica dos Direitos Fundamentais à luz da concepção de Gregório Peces Barbap. 32

1.2.2 O Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetivap. 35

1.3. A Constitucionalização dos Direitos Fundamentais no Brasilp. 39

CAPÍTULO 2 - A INTRODUÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO DIREITO BRASILEIROp. 46

2.1 O sistema penal e o recrudescimento das penas como concausas do fenômeno do encarceramento em massap. 46

2.2 A introdução da audiência de custódiap. 57

2.3 A tutela jurisdicional efetiva na audiência de custódiap. 72

CAPÍTULO 3 - UMA REFLEXÃO À LUZ DA TEORIA DA INTERCONSTITUCIONALIDADEp. 79

3.1 O Direito da União Europeiap. 79

3.2 A Teoria da Interconstitucionalidadep. 86

3.3 A jusfundamentalidade como concretização da Teoria da Interconstitucionalidade: aproximações em sede de audiência de custódiap. 95

3.4 A Audiência de Custódia do Direito brasileiro à luz da Interconstitucionalidade: um exemplo práticop. 104

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....p. 107

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....p. 110

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa Direito e Jurisdição, com área de concentração em Fundamentos do Direito Positivo. Tem o objetivo de estudar a forma de introdução da Audiência de Custódia no procedimento de jurisdição penal brasileiro, implementada por determinação judicial do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, a omissão do Estado brasileiro no cumprimento de normas internacionais de direitos humanos (Pacto dos Direitos Civis e Políticos – ONU e Convenção Americana de Direitos Humanos – OEA). Além disso, foram identificados pontos de conexão da forma de introdução deste direito à luz da Teoria da Interconstitucionalidade, desenvolvida no contexto do Direito da União Europeia pela interação reflexiva entre derivações decorrentes de ordenamentos jurídicos distintos. O trabalho se desenvolveu pelo método indutivo e está dividido em três capítulos. O primeiro versa sobre o processo de afirmação dos direitos humanos, com particulares enfoques ao princípio da dignidade da pessoa humana e no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. O segundo capítulo inicia pela abordagem do estado de penúria do sistema prisional brasileiro, o fenômeno do encarceramento em massa e como isso contribuiu para a introdução da audiência de custódia no procedimento penal. Também se apresentou o modelo de audiência de custódia posto pelo Conselho Nacional de Justiça e os direitos fundamentais diretamente impactados no ato. No terceiro capítulo, apresentou-se o modo de desenvolvimento da Teoria da Interconstitucionalidade como arranjo político constitucional regente do Direito da União Europeia, buscando organizar as interações reflexivas de padrões jusconstitucionais provenientes de distintas fontes. Tal desígnio foi perseguido na medida em que a teoria serve para explicar o fenômeno que esteve na base da inclusão da audiência de custódia no direito brasileiro, podendo beber sedimento teórico naquele desígnio que se desenvolveu no contexto da EU, aferindo-se a possibilidade de incidência do interconstitucionalismo fora do espaço europeu.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Audiência de Custódia. Tutela jurisdicional efetiva. Direito da União Europeia. Teoria da Interconstitucionalidade.

ABSTRACT

This dissertation is inserted in the Research line of Law and Jurisdiction, within the area of concentration of Foundations of Positive Law. It aims to study the introduction of Hearing of Custody in the Brazilian criminal procedure, implemented by judicial determination of the Federal Supreme Court, which recognized in the judgment of the Non-Compliance Action of Fundamental Precept No. 347, the Brazilian State omission to comply with international human rights standards (the Covenant on Civil and Political Rights - UN and the American Convention on Human Rights - OAS). In addition, connecting points were identified with the way in which this right was introduced in the light of the theory of inter-constitutionality, developed within the context of the European Union law by the reflective interaction between sources derived from different legal systems. The work was developed using the inductive method and it was divided into three chapters. The first chapter deals with the process of affirmation of human rights, with particular focus on the principle of dignity of the human person and the fundamental right to effective judicial protection. The second chapter begins by approaching the state of penury of the Brazilian prison system, the phenomenon of mass incarceration and how this has contributed to the introduction of the custody hearing in criminal proceedings. Also, the model of custody hearing set by the National Council of Justice and the fundamental rights directly impacted in the act were presented in this chapter. In the third chapter, the development of the Theory of Interconstitutionality was presented as a constitutional political arrangement regulated by the European Union Law, in an attempt to organize the reflective interactions of jusconstitutional standards from different sources. This task was pursued considering that the theory serves to explain the phenomenon that was the basis of the inclusion of the audience of custody to the Brazilian law, being able to take in theoretical base from that design that was developed in the context of the EU, assessing possibility of incidence of interconstitutionalism outside the European arena.

Key-words: Human Rights. Dignity of human person. Custody Hearing. Effective judicial protection. European Union Law. Theory of Interconstitutionality.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali e de Mestre em Direito da União Europeia pelo Curso de Mestrado da Universidade do Minho, no âmbito de uma Dupla Titulação conferida pelas duas Universidades envolvidas.

O seu objetivo científico é analisar a introdução da audiência de custódia no direito brasileiro, se constitui uma dimensão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva com repercussão no fenômeno do encarceramento em massa e no tratamento das pessoas presas por infração à lei penal; bem como usar, como referencial doutrinal a teoria da interconstitucionalidade que, apesar de desenvolvida para explicar o fenômeno jurídico europeu (DUE), pode servir para outras interações reflexivas entre diferentes ordenamentos jurídicos, como é o caso da audiência de custódia.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) A audiência de custódia – por implicar na apresentação pessoal da pessoa presa ao juiz para subsequente apreciação da regularidade/necessidade da prisão – constitui-se, à luz dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, numa garantia fundamental concretizadora do direito à tutela jurisdicional efetiva.

b) A audiência de custódia irá impactar na redução do número de presos provisórios e na redução dos atentados à respectiva integridade física e mental.

c) A introdução da audiência de custódia no direito brasileiro pode ser considerada um caso de aplicação prática de desígnios jurídico-constitucionais em rede (à luz da Teoria da Interconstitucionalidade), na medida em que vai beber influências ao nível mais elevado de proteção do arguido preso decorrente de derivações jusfundamentais dos tratados internacionais aplicáveis.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na

presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

A Audiência de Custódia – ou o direito da pessoa presa ser apresentada, sem demora, ao juiz –, está prevista em dois tratados internacionais de Direitos Humanos (PIDCP e CADH) aos quais o Brasil aderiu desde 1992, mas não os cumpria neste ponto. Em 2015, o STF analisou pedido formulado em ação de descumprimento de preceito fundamental, a qual visava providências em relação ao caótico estado de coisas pelo qual perpassa o sistema carcerário, e cautelarmente determinou a imediata realização desse ato por juízes e tribunais brasileiros. No entanto, como essa audiência não é da tradição do direito doméstico, embora implementada por determinação do STF em cumprimento à norma constitucional, foi recebida com resistência em parte do meio jurídico na medida em que o standard jusfundamental brasileiro, como mencionado, não prevê esse direito à pessoa presa por infração à norma penal.

No Capítulo 1, fez-se inicialmente pela abordagem do processo de evolução e afirmação dos direitos humanos ao longo da história e a busca permanente da humanidade na identificação e reconhecimento a todos dos direitos mais elementares ao ser humano. Tratou-se também de como a ordem constitucional brasileira está fundamentada na valorização desses direitos fundamentais, os quais materializam o princípio da dignidade da pessoa humana, e ainda a abertura a outros direitos previstos em normas internacionais. Dá-se ainda particular relevância ao princípio da tutela jurisdicional efetiva que merece dignidade constitucional.

O Capítulo 2 parte da abordagem do sistema penal e de como está posto, em todo mundo, de modo a afetar em maior proporção as pessoas distantes dos centro de poder e, em especial, no Brasil em que as autoridades públicas responsáveis pelo respectivo gerenciamento não seguem o mesmo discurso, daí se projetando a falácia punitivista como solução para o problema da (in)segurança pública, sem se observar, doutro lado, para o reflexo (na incidência penal) do incumprimento dos direitos fundamentais às classes sociais menos favorecidas economicamente. Buscou-se retratar como o recrudescimento de penas incrementou o fenômeno do encarceramento em massa que é maior responsável pelo lastimável

estado da imensa maioria das cadeias, presídios e penitenciárias do país.

Ainda neste segundo capítulo, foi apresentada a decisão judicial emanada do Supremo Tribunal Federal para implantação da audiência de custódia no Brasil, bem como a respectiva fundamentação centrada nos diplomas internacionais de direitos humanos. Na sequência, fez-se a abordagem da norma jurídica interna que delineou a forma de realização da audiência de custódia pelos juízes e tribunais nacionais e, por fim, os reflexos dessa decisão e da própria audiência de custódia quanto aos direitos fundamentais das pessoas presas.

O Capítulo 3 dedica-se à verificação das aproximações entre a forma de introdução da audiência de custódia no Brasil com a teoria da interconstitucionalidade desenvolvida no âmbito do Direito da União Europeia. A fim de situar as bases da teoria da interconstitucionalidade, fez-se singelo delineamento do seu surgimento e de como o desenvolvimento da aliança econômica entre Estados europeus no pós-guerra, mas que tinha como pano de fundo a busca da convivência pacífica entre os povos europeus, deu ensejo à edificação de uma estrutura de governança supranacional única, que é fonte de criação de Direito concomitantemente àquele dos Estados que a compõem, implicando na incidência de normas de distintas fontes no mesmo espaço político. Acresce que tais normas surgem, nesse contexto, numa relação simbiótica e reflexiva. Essa problemática decorrente da vigência de normas jurídicas de diferentes fontes no mesmo espaço também afeta àquelas consideradas jusfundamentais pelo que o estudo traçou os pontos de conexão entre a teoria da Interconstitucionalidade e a introdução da audiência de custódia no direito brasileiro.

A presente Dissertação se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados os seus aspectos destacados, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre esses aspectos acerca da forma de introdução da audiência de custódia no direito brasileiro.

O Método a ser utilizado na fase de Investigação será o Indutivo; na fase de Tratamento dos Dados será o Cartesiano, e, dependendo do resultado das análises, na Dissertação será empregado o Método Indutivo.

As Técnicas de investigação serão definidas pelo mestrando e por seus orientadores, levados em consideração os parâmetros adotados pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI e no Regulamento Acadêmico relativo à obtenção do Grau de Mestre da Universidade do Minho, e mencionadas aqui, com a indicação das fontes que foram efetivamente utilizadas para compor a Dissertação.²

² PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018. p.89-115.

CAPÍTULO 1

A COMPREENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: APROXIMAÇÕES

1.1 O processo de evolução e afirmação dos Direitos Humanos

Embora os valores relacionados à dignidade da pessoa humana, à liberdade e à igualdade entre os homens se encontrem delineados desde a filosofia clássica (greco-romana) e no pensamento cristão³, confundindo-se por vezes com a própria história da humanidade; no transcurso do processo de afirmação dos direitos humanos foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789 – na esteira do pensamento iluminista, em especial de Rousseau e Montesquieu, e na então recente Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776, nos Estados Unidos –, o grande marco de inspiração ao reconhecimento de que todos os seres humanos são dignos de igual respeito e tratamento, nenhum podendo se firmar superior aos demais.

O movimento revolucionário francês marcou mais do que o fim do sistema aristocrático, centralizador e absolutista reinante nos séculos XVI, XVII, e XVIII, inaugurou o surgimento de um novo modelo de organização social centrado na diretriz política de reconhecer a todos os homens os direitos de liberdade e, tão importante, de igualdade perante a lei⁴; sem desprezar a perspectiva de impor limites e controles para a atuação do Estado, respeitando direitos considerados fundamentais⁵.

A partir de então, segundo Norberto Bobbio:

Passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 38

⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 5ª impressão. p. 87.

⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p 224.

direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional⁶.

Mais do que buscar suprimir a desigualdade entre os indivíduos, característica marcante da época, os ventos da Revolução Francesa elevaram o Homem à posição de titular do poder soberano, ideia que anos mais tarde se agregou ao núcleo fundamental dos direitos humanos.

Para Ingo Wolfgang Sarlet:

A contribuição francesa foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do século XIX. Cabe citar aqui a lição de Martin Kriele, que, de forma sintética e marcante, traduz a relevância de ambas as Declarações para a consagração dos direitos fundamentais, afirmando que, enquanto os americanos tinham apenas direitos fundamentais, a França legou ao mundo os direitos humanos. Atente-se ainda, para a circunstância de que a evolução no campo da positivação dos direitos fundamentais, recém-traçada de forma sumária, culminou com a afirmação (ainda que não em caráter definitivo) do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa, por sua vez determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais que caracteriza a assim denominada primeira dimensão (geração) destes direitos)⁷.

Este transcurso de identificação dos direitos humanos – que se desenvolve a partir do fim da Idade Média passando pelas revoluções americana e francesa – Gregório Peces-Barba cunhou com a expressão de *trânsito à modernidade* (*transito a la modernidade*), na medida que, não há como negar, os direitos humanos são um conceito da modernidade⁸.

Com a tradução de Marcos Leite Garcia, Peces-Barba pontua:

“(...) o trânsito à modernidade é um momento revolucionário, de profunda ruptura, mas ao mesmo tempo importantes elementos de sua realidade já se anunciavam na Idade Média, e outros elementos

⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 22.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 44.

⁸ GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o Conceito de Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba**. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. v. 2. 2016. p. 218. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/909/903>. Acesso em: 06/12/2018.

tipicamente Medievais sobreviveram ao fim da Idade Média, neste trânsito à modernidade e até o século XVIII, aparecerá a filosofia dos direitos fundamentais, que como tal, é uma novidade histórica do mundo moderno, que tem sua gênese no trânsito à modernidade, e que, por conseguinte, participa de todos os componentes desse trânsito já sinalizado, ainda que sejam os novos, os especificamente modernos, os que lhe dão seu pleno sentido⁹.

E conclui, desta feita, que foi neste momento da história do homem que se formou a nova mentalidade em torno da necessidade da formação de uma sociedade pautada pelo atendimento de anseios jusfundamentais, então, desenvolvendo-se a mudança do paradigma de relacionamento do Homem com o Estado.

No âmbito internacional, as aspirações das Declarações Americana e Francesa passaram a influenciar todo mundo ocidental evoluindo através das décadas: o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho [estas criadas após a Primeira Guerra Mundial] foram os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos:

Por meio desses institutos, não mais se visava proteger arranjos e concessões recíprocas entre os Estados; visava-se, sim, o alcance de obrigações internacionais a serem garantidas ou implementadas coletivamente, que, por sua natureza, transcendiam os interesses exclusivos dos Estados contratantes. Essas obrigações internacionais voltavam-se à salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados (...). Rompem ainda com a noção de soberania nacional absoluta, na medida em que admitem intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos¹⁰.

Os direitos humanos – assim reconhecidos originariamente como aqueles garantidores da liberdade e igualdade – tornaram-se objeto de preocupação pela comunidade internacional passando a ocupar a pauta de discussões de organizações supranacionais.

O grande salto para edificação (jurídica) desses direitos se deu, todavia, posteriormente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948,

⁹ GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o Conceito de Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba**. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. v. 2. 2016. p. 218. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/909/903>. Acesso em: 06/12/2018.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 195.

fomentada e redigida “sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, e cuja revelação só começou a ser feita (...) após o encerramento das hostilidades”¹¹, retomando-se os ideais da Revolução Francesa (liberdade, igualdade, fraternidade-solidariedade).

É relevante, mesmo triste, perceber, como acentua Fabio Konder Comparato, que os avanços no âmbito dos direitos humanos são movidos por “surto de violência” como um “fruto da dor física e do sofrimento moral”:

A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, pela mutilação em massa, pelos massacres coletivos e pelas explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos¹².

A propósito, quanto ao objeto do presente estudo, pode-se relacionar que a implantação da audiência de custódia no processo penal brasileiro apenas se deu depois de o STF¹³, conforme de verificará adiante, deparar-se com os “horrores” do sistema carcerário nacional; ou seja, ainda que o Estado brasileiro já houvesse aderido às normas internacionais de direitos humanos (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos) que estipulavam a pronta apresentação da pessoa presa à autoridade judiciária, foi preciso confrontar-se com o caos do sistema prisional para impulsionar e efetivar o respectivo direito.

Retornando à linha histórica, a DUDH passou a representar o ideário da expressiva maioria da comunidade internacional firmando preceitos elementares para assegurar a cada ser humano a vida com a dignidade que é inerente à própria essência humana. Foi a DUDH o ponto de partida do processo de generalização da proteção internacional dos direitos humanos. Segundo Eduardo Muylaert Antunes,

¹¹ COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 238.

¹² COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. p. 50.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Medida Cautelar) nº 347 Distrito Federal. Relator: MARCO AURÉLIO DE MELLO. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 04 dez. 2018.

citado por Flávia Piovesan, a DUDH “se impõe com ‘o valor da afirmação de uma ética universal’ e conservará sempre seu lugar de símbolo e ideal”¹⁴.

A DUDH trata-se de um marco no desenvolvimento humanístico da civilização moderna tanto que foi sucedida da promulgação de outras declarações internacionais sobre direitos humanos (algumas merecerão destaque mais adiante), além de inspiração para inúmeras Constituições pautadas pelo reconhecimento de um valor fundamental para a dignidade humana e do estado democrático de direito.

Assim é que a DUDH, bem sintetizou Comparato, representou “a culminância de um processo ético que (...) levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa”¹⁵, rompendo-se, por exemplo, com a desigualdade presente na ordem nazista que atribuía (e negava) direitos elementares com base na pertinência racial. Enfim, fincou a baliza de que cada pessoa é um ser único e insubstituível e é possuidor de direitos que devem lhe conferir equivalência em dignidade em relação a todas as demais pessoas.

Noutro plano, a DUDH e os subsequentes tratados nela inspirados, pautados no paradigma de respeito à dignidade da pessoa humana, formaram uma ordem jurídica denominada Direito Internacional dos Direitos Humanos, a que os Estados devem se submeter e promover, sob pena de frustração dos direitos humanos.

A esse respeito, Flávia Piovesan aduz:

A Declaração se impõe com um código de atuação e de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional. Seu principal significado é consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, consolidando um parâmetro internacional para a proteção desses direitos. A Declaração ainda exerce impacto nas ordens jurídicas nacionais, na medida em que os direitos nela previstos têm sido incorporados por Constituições Nacionais¹⁶.

Aliás, a introdução da audiência de custódia no direito brasileiro é um exemplo prático dessa pressão internacional à vista do descumprimento das normas

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 221.

¹⁵ COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. p.225.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 233-234.

internacionais de direitos humanos a que o Brasil se obrigou.

Mas, “os direitos elencados na Declaração não são os únicos possíveis direitos do homem: são os direitos do homem histórico”¹⁷, tanto que, na sequência da História, a DUDH impulsionou o reconhecimento de outras normas internacionais de direitos humanos, como, exemplificativamente: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966/1976), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos (1966), as Convenções contra discriminação racial e contra a mulher (1965 e 1979, respectivamente), a Primeira Conferência Mundial de Direitos Humanos (1968), Convenções Europeia (1983) e Americana (1990) para abolição da pena de morte, direitos das crianças, erradicação do trabalho forçado, da tortura, dentre outros.

Deste singelo apanhado nota-se, como ensina Bobbio, que os direitos humanos não surgem e nem são reconhecidos numa mesma oportunidade, são frutos do desenvolvimento da inteligência humana “que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem”¹⁸; um legado de permanente evolução.

Constituem-se, pois, os direitos humanos numa criação do próprio homem em busca do aperfeiçoamento da convivência coletiva: “são resultado da racionalidade social e refletem a construção social e histórica de sua formação e proteção”¹⁹.

Segundo Flávia de Avila, “em razão dos comprometimentos próprios da vida social, os seres humanos não apenas se autoconstroem, como também se autorregulam”²⁰.

Para Fábio K. Comparato, os direitos humanos são identificados como “os valores mais importantes da convivência humana (igualdade, liberdade e solidariedade), aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente,

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 53.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 51.

¹⁹ AVILA, Flávia de. **Diretos e Direitos Humanos**: abordagem histórico-filosófica e conceitual. Curitiba: Appris, 2014. p. 296.

²⁰ AVILA, Flávia de. **Diretos e Direitos Humanos**: abordagem histórico-filosófica e conceitual. p. 305.

por um processo irreversível de desagregação”²¹; e novamente com Norberto Bobbio, os direitos humanos não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir, não são uma existência, mas um valor, não são um dever, mas um dever ser²².

Para encerrar com Pérez Luño, traduzido por Ingo Sarlet, os direitos humanos são:

Um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional²³.

Enfim, é perceptível a existência de um processo de transformação que a humanidade persiste em atravessar na busca da compreensão dos valores e ideais mais caros aos seres humanos.

Esses avanços históricos, seguindo a lição de Peces-Barba, traduzidos por Marcos Leite Garcia²⁴, podem ser identificados em etapas que denominou: processos de positivação, de generalização, de internacionalização e de especificação. De início, numa fase de positivação, a partir das revoluções liberais burguesas, a lei surgiu como instrumento de equidade entre os homens e de contenção do Estado e de uma sociedade ainda estamental, as características principais desses direitos fundamentais eram para as liberdades. Na sequência, o processo de generalização decorreu da percepção de que a equidade jurídica meramente formal não bastava haja vista a desigualdade da capacidade de gerar riqueza entre os homens, daí decorrendo “a luta e a consequente positivação dos direitos sociais ou de segunda geração e de algumas outras liberdades como a de associação e a de reunião e a ampliação da cidadania com a universalização do

²¹ COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. p. 38.

²² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 49.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 86.

²⁴ GARCIA, Marcos Leite. **“Novos” Direitos Fundamentais**: características básicas. *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, n. 70. 2009. Disponível em: http://www.ambito-uridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6654. Acesso em: 06 dez. 2018.

sufrágio”²⁵.

Mais recente, com o processo de internacionalização buscou-se criar sistemas de proteção e efetivação dos direitos humanos com a finalidade de universalizá-los, não se podendo deixar de citar que a introdução da audiência de custódia no direito brasileiro insere-se nesta perspectiva na medida que tal direito da pessoa presa não está presente na ordem jurídica interna.

E, por fim, ainda mais proximamente, o processo de especificação em que “se considera a pessoa em situação concreta para atribuir-lhe direitos seja: como titular de direitos como criança, idoso, mulher, consumidor, etc., ou como alvo de direitos como o de um meio ambiente saudável ou à paz”²⁶.

A par dessa linha de desenvolvimento, notadamente a partir do processo de especialização, é possível identificar que no curso da história recente os direitos humanos também se projetam a partir de sucessivas dimensões cumulativas de novos direitos. Basta ver que no início, naquela que se firmou como a primeira dimensão de direitos do homem (constantes das Constituições Francesa e Americana, até mesmo na DUDH), surgiram os direitos precipuamente relacionados à defesa do indivíduo perante o Estado, buscava-se o reconhecimento de limites para atuação estatal à vista da autonomia individual, eram direitos de resistência diante do Estado (vida, liberdade, equidade).

Numa segunda dimensão, foram reconhecidos os direitos econômicos, sociais e culturais, pelos quais se compreendeu a indisponibilidade a todos os indivíduos do direito à saúde, educação e trabalho. Nesse plano, trata-se “não de se proteger contra o Estado, mas, sobretudo, de elaborar um rol de pretensões exigíveis do próprio Estado, que passa a ter de atuar a satisfazer tais direitos”²⁷.

²⁵ GARCIA, Marcos Leite. “**Novos**” **Direitos Fundamentais**: características básicas. Âmbito Jurídico. Rio Grande, n. 70. 2009. Disponível em: http://www.ambito-uridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6654. Acesso em: 06 dez. 2018.

²⁶ GARCIA, Marcos Leite. “**Novos**” **Direitos Fundamentais**: características básicas. Âmbito Jurídico. Rio Grande, n. 70. 2009. Disponível em: http://www.ambito-uridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6654. Acesso em: 06 dez. 2018.

²⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 457.

Dizendo doutro modo, os direitos da segunda dimensão caracterizam-se – ao contrário daquelas surgidos no âmbito da primeira dimensão, que demandavam uma atuação negativa por parte do Estado (não-agir) – como um dever estatal, o direito a prestações sociais (saúde, educação, segurança...) permanentes visando a assegurar um mínimo de dignidade e tratamento igualitário dentre todos.

Ao contrário da liberdade perseguida pelos direitos da primeira dimensão, a finalidade da agregação desses “novos” direitos da segunda dimensão é a realização da igualdade material.

Na terceira dimensão, mais recentemente, foram reconhecidos direitos traçados a partir do valor *solidariedade* relacionados à proteção de interesses coletivos ou difusos como o meio-ambiente, a paz, a autodeterminação dos povos, do patrimônio histórico e cultural, também de defesa de grupos específicos como mulheres, crianças, idosos e consumidores. Interessante notar que nesse ponto o direito desprende-se “da figura do homem-indivíduo como seu titular”²⁸.

Aliás, André Ramos Tavares ressalta:

A consequência mais veemente do reconhecimento dessa categoria ampla de interesses foi a de pôr a descoberto a insuficiência estrutural de uma Administração Pública e de um sistema judicial calcados exclusivamente no ideário liberal, que apenas comporta a referência individual, incapaz que é de lidar com fenômenos metaindividuais²⁹.

Embora de menor repercussão para o objeto deste estudo, existem os direitos de quarta dimensão: direito à democracia, ao pluralismo e à informação, ancorados na ideia de uma globalização política. Nesta também se incluiria o direito à mudança de sexo, à proteção da manipulação genética, o direito à proteção de dados.... E, por fim, há segundo alguns autores uma quinta dimensão de direitos humanos no qual se insere em plano principal o direito à paz, ao amor.

Mais importante que identificar as referidas dimensões é reconhecer a característica de permanente agregação ao rol de direitos humanos, evoluindo de

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 48.

²⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. p. 458.

acordo com a percepção de novas necessidades para realização da dignidade humana.

Enfim, os direitos humanos continuam em franco desenvolvimento e são, sem dúvida, promessas da modernidade, como insistiam Bobbio e Peces-Barba. Sinal disso é o quase-consenso ideológico em torno da busca pela efetivação desses direitos em todo o mundo. Mesmo à vista das expressivas diversidades culturais, filosóficas e as várias concepções de mundo, insiste-se, é difícil encontrar quem seja abertamente contrário aos direitos humanos³⁰ na medida que os principais valores que regem esses direitos: a liberdade, a igualdade e a solidariedade, assim como o direito à integridade física e moral, são constantemente disseminados e universalizados.

1.2 O princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento do Estado brasileiro

A exemplo da significação e teorização dos direitos humanos, a ideia de *dignidade da pessoa humana* vem sendo construída ao longo dos séculos não se resumindo ainda hoje em um conceito certo e acabado; permanece em desenvolvimento assim como a história do Homem.

Em sua origem, ainda antes da Idade Média, a dignidade – *dignitas* – era um valor que guardava relação com a posição do indivíduo na sociedade. Segundo Luís Roberto Barroso, tratava-se de um *status* pessoal, e disso decorria “o dever geral de respeito, honra e deferência, devido àqueles indivíduos e instituições merecedores de tais distinções, uma obrigação cujo desrespeito poderia ser sancionado como medidas civis e penais”³¹, implicando um tratamento diferenciado

³⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/bitstream/10316/10919/1/Os%20direitos%20humanos%20na%20p%C3%B3s-modernidade.pdf>>. p. 01. Acesso em: 02 fev. 2017.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 13.

entre os homens.

Nesse sentido, Paolo Ridola destaca que a dignidade envolvia uma abordagem essencialmente política e, citando Cícero, conclui que a concepção da época compreendia um valor mais relacionado à pertença às elites do que um elemento antropológico, inerente à natureza humana³². No entanto, com o passar dos séculos e o advento do Cristianismo, essa concepção social transformou-se, apoiada em orientações religiosas a dignidade humana tornou-se um atributo decorrente do fato de o Homem ter sido criado à imagem e semelhança de Deus. Também um “intenso significado relacionado ao martírio, concebido como a mais elevada expressão da dignidade”³³, afastando-se da ideia de que a *dignitas* envolvia aspectos político-sociais para firmar-se como uma expressão inerente a todos os homens.

Depois, na Idade Média, a dignidade humana, sem perder a referência cristã, passou a ser entendida como um fruto da capacidade cognitiva do homem, da sua racionalidade (do seu livre arbítrio, da sua liberdade). Muitos filósofos da época buscaram superar a ideia de dignidade humana relacionada a dogmas cristãos. Foi Kant, durante o Iluminismo, quem melhor delineou a perspectiva da dignidade humana nos termos em que hoje é concebida, aduzindo que “o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe com um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”³⁴.

Finalizando, ainda com Paolo Ridola, a ideia kantiana de que se confere ao homem um valor intrínseco externo ao direito positivo do Estado, prepara o processo de translação do plano da dignidade para o plano dos direitos humanos: o “vínculo entre ambos será de natureza instrumental e surgirá quando os direitos passam a exprimir o que cabe a cada ser humano, em vista de sua essência, e

³² RIDOLA, Paolo. **A Dignidade Humana e o ‘Princípio Liberdade’ na Cultura Constitucional Europeia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 24.

³³ RIDOLA, Paolo. **A Dignidade Humana e o ‘Princípio Liberdade’ na Cultura Constitucional Europeia**. p. 25.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 40.

quando a dignidade passa a significar essa essência”³⁵.

A concepção de Kant, que a dignidade parte da autonomia ética do indivíduo, está sujeita a críticas por deixar à margem parcela significativa de seres humanos incapazes de raciocinar, também por apresentar-se demasiadamente antropocêntrica. E, de fato, atualmente não se concorda com a ideia de dignidade humana sem abarcar todos os seres humanos, inclusive os privados da razão. Também é impossível deixar de agregar a dimensão ambiental ao conceito de dignidade na medida que a vida humana depende mais do que nunca da manutenção (recuperação) de um meio ambiente equilibrado.

Em contraponto a Kant, Hegel idealizou a dignidade como uma qualidade a ser conquistada a partir da condição de cidadão e, segundo Kurt Seelmann, “uma proteção jurídica de dignidade reside no dever de reconhecimento de determinadas possibilidades de prestações”³⁶ como respeito a direitos elementares, à individualidade, à inclusão no processo de interação social, dentre outros, ideia que, de fato, muito se ajusta ao objeto do presente estudo.

A exemplo do que aconteceu com o desenvolvimento dos direitos humanos, depois dos excessos do colonialismo europeu e das tragédias das grandes guerras, em especial a 2ª, causando sofrimentos incomensuráveis a centenas de milhões de pessoas, a dignidade humana foi incluída no discurso político-jurídico internacional, segundo Luís Roberto Barroso, por dois fatores:

Ao lado dos marcos religioso e filosófico já identificados, existe um marco histórico significativo, que foi decisivo para o delineamento da noção atual de dignidade humana: os horrores do nacional-socialismo e do fascismo, e a reação que eles provocaram após o fim da Segunda Guerra Mundial. Na reconstrução de um mundo moralmente devastado pelo totalitarismo e pelo genocídio, a dignidade humana foi incorporada ao discurso político dos vitoriosos como uma das bases para uma longamente aguardada era de paz, democracia e proteção dos direitos humanos. A dignidade humana foi então importada para o discurso jurídico devido a dois fatores principais. O primeiro deles foi a inclusão em diferentes tratados e

³⁵ RIDOLA, Paolo. **A Dignidade Humana e o ‘Princípio Liberdade’ na Cultura Constitucional Europeia**. p. 38.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 40.

dos documentos internacionais, bem como em diversas constituições nacionais, de referências textuais à dignidade humana. O segundo fator corresponde a um fenômeno mais sutil, que se tornou mais visível com o passar do tempo: a ascensão de uma cultura jurídica pós-positivista, que reaproximou o direito da moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo pré-Segunda Guerra³⁷

Desta linha evolutiva, em dias de hoje, “a dignidade humana é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito”³⁸; “é a convergência de diversas doutrinas e concepções de mundo que vêm sendo construídas desde longa data na cultura ocidental” e cuja noção se agrega aos valores basilares da própria modernidade jurídica tornando-se “critério de parametrização do sentido do próprio direito”³⁹. Na realidade, a dignidade da pessoa humana deixou de ter um componente eminentemente internacional para se acomodar nos desígnios jurídico-constitucionais dos Estados, como o brasileiro. Ora, neste cerne, a dignidade da pessoa humana passa a atuar como mínimo referencial, nomeadamente no que diz respeito às restrições de outros direitos fundamentais consagrados no mesmo texto constitucional.

Para finalizar sobre a concepção de dignidade humana, conclui-se com Sarlet:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida⁴⁰.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. p. 18

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. p. 19.

³⁹ BITTAR, Eduardo C. B. **Ética, Cidadania e Constituição**: O Direito à Dignidade e à Condição Humana. Revista Brasileira de Direito Constitucional nº 8, 2006. p. 140. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/26601/etica_cidadania_constituicao_direito.pdf. Acesso em: 06 dez. 2018.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na**

E com Bittar, quando aduz que se há sentido no mundo, um sentido para o Direito, é o sentido da dignidade humana:

Só há dignidade, portanto, quando a própria condição humana é entendida, compreendida e respeitada, em suas diversas dimensões, o que impõe, necessariamente, a expansão da consciência ética como prática diuturna de respeito à pessoa humana. Trata-se de um ideal, e como todo ideal, um objetivo antevisto a ser atingido, mas nem por isso um ideal utópico, porque se encontra na estrita dependência dos próprios seres humanos, podendo-se consagrar como sendo um valor a ser perseguido e almejado, simplesmente porque (parodiando Nietzsche), se trata de algo 'humano, demasiado humano'⁴¹.

E a ordem constitucional do Brasil tem, justamente, como um dos fundamentos da República o cumprimento da dignidade da pessoa humana:

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político⁴² (o destaque não consta do original).

A dignidade da pessoa humana está, portanto, no DNA do Estado brasileiro, prestando-se a nortear não apenas a lógica de desenvolvimento das políticas públicas e privadas e todo comportamento social perante o Estado; mas também a forma de interpretação e de homogeneização do próprio texto constitucional e de todo o ordenamento jurídico.

Por conta dessa ordenação constitucional, o sentido da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal está firmado no valor do ser humano: “é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser

Constituição Federal de 1988. p. 70-71.

⁴¹ BITTAR, Eduardo C. B. **Direitos Humanos Fundamentais:** posituação e concretização. p. 264.

⁴² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

humano constitui a finalidade precípua e não meio da atividade estatal”⁴³.

A dignidade da pessoa humana é o “supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais”⁴⁴; em resumo: é o princípio que confere legitimidade substancial à ordem jurídico-constitucional.

Ainda quanto ao sentido da expressão “dignidade da pessoa humana” (CF, art. 1º, III) na ordem constitucional, Bittar acrescenta que “não pode ser interpretada como uma norma que apresenta um direito ou um dever”, senão como função diretivo-principlológica, bastante por si só, para servir como valor-guia (ou valor-fonte, conforme expressão de Miguel Reale)⁴⁵.

E, para finalizar, objetivamente, ainda com Eduardo Bittar:

De fato, deve-se (...) entender que a “dignidade da pessoa humana” é, antes de tudo, uma expressão que serve como: 1. fundamento do Direito e do próprio Estado; 2. norte das ações governamentais; 3. télos das políticas sociais; 4. princípio hermenêutico, especialmente em função de sua topografia textual, para todos os direitos humanos e demais direitos do texto constitucional (justiça social; política legislativa; moralidade administrativa; política econômica e tributária; políticas penitenciárias; etc.); 5. diretriz para a legislação infraconstitucional; 6. base para a aplicação judicial dos direitos; 7. ponto de partida para a leitura do ordenamento jurídico; 8. Foco de dispersão com o qual se deve construir a proteção da pessoa humana; 9. núcleo de sentido das práticas jurídicas; 10. fundamento para a criação de instrumentos de proteção da pessoa humana⁴⁶.

Tem-se, pois, a dignidade humana como uma intuitiva aspiração popular e como consequência cumpre ao Estado o dever de fomentar políticas públicas para promoção e concretização da dignidade humana a todos.

A propósito do objeto deste estudo (a introdução da Audiência de Custódia no direito brasileiro) é possível notar que a razão de se buscar apresentar

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 78

⁴⁴ NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

⁴⁵ BITTAR, Eduardo C. B. **Direitos Humanos Fundamentais**: posituação e concretização. p. 46.

⁴⁶ BITTAR, Eduardo C. B. **Ética, Cidadania e Constituição**: O Direito à Dignidade e à Condição Humana. Revista Brasileira de Direito Constitucional. n.º 8. 2006. p. 144. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/26601/etica_cidadania_constituicao_direito.pdf. Acesso em: 06 dez. 2018.

toda pessoa presa à autoridade judiciária responsável para pronta verificação da regularidade da prisão e, na sequência, da necessidade da respectiva manutenção (ou imediata restituição da liberdade), também para verificação de eventual excesso por parte dos agentes estatais, constitui-se justamente no cumprimento de uma obrigação por parte do Estado (direito do preso) que tem como fim o atendimento de uma dimensão do princípio da dignidade humana corporizada e concretizada através do direito a uma tutela jurisdicional efetiva.

Sob outro aspecto, se a dignidade humana é compreendida como o valor próprio que identifica o ser humano como tal, é possível dizer que os direitos humanos (fundamentais) são, no plano jurídico-normativo, a materialização, a forma de afirmação e de realização do princípio da dignidade da pessoa humana. Como diz Bittar: “uma ética dos direitos humanos decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana”⁴⁷.

As diversas nuances dos direitos humanos se identificam com particulares traços do princípio da dignidade humana embora, como visto no ponto anterior, a dignidade humana não se constitua propriamente num direito.

Na visão de Paolo Ridola, com apoio em M. Herdegen:

Muito embora razões de ordem histórica tenham enfatizado que a dignidade humana é uma espécie de elemento catalizador de um ordenamento objetivo de valores, deve-se reconhecer que é, todavia, no campo dos direitos fundamentais que a dignidade relativa terá seu melhor desenvolvimento. Nesse âmbito, a dignidade operará como ‘fundamento material’ dos direitos fundamentais, a maioria dos quais ‘derivam’ dela e serão concebidos como meios de sua realização⁴⁸.

A dignidade humana se traduz como o valor que confere densidade, legitimidade material aos direitos humanos, a sustentação de uma *pretensão moral justificada*, no expressivo dizer de Peces-Barba.

A esse respeito, a concepção conceitual de Gregório Peces-Barba acerca dos Direitos Humanos mostra-se adequada para, se não situar a audiência de

⁴⁷ BITTAR, Eduardo C. B. **Direitos Humanos Fundamentais**: posituação e concretização. p. 50.

⁴⁸ RIDOLA, Paolo. **A Dignidade Humana e o ‘Princípio Liberdade’ na Cultura Constitucional Europeia**. p. 78.

custódia como tal (direito em si), ao menos uma dimensão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Sintetizando o pensamento de Peces-Barba, os direitos humanos envolvem, primeiramente, a dimensão ética, na medida que são, antes de tudo, uma “pretensão moral justificada”, ou seja, “algo que seja contrário a dignidade da pessoa humana, ou a igualdade e a liberdade entre todos não poderá ser justificado como possível futuro direito fundamental”⁴⁹.

Também possuem uma dimensão jurídica, a possibilidade de se tornarem exigíveis a partir da respectiva positivação, “deve tratar-se de uma pretensão moral justificada incluída em uma norma legal acompanhada de uma garantia”⁵⁰.

E, por fim, mas não menos importante, a dimensão social, que diz respeito à conscientização da sociedade em relação à norma de direito, sua existência, fundamentos, fins e relevância, sobretudo, a capacidade de um direito realizar-se efetivamente no seio social, enfim, a sua eficácia.

A audiência de custódia envolve, conforme se exporá mais detalhadamente no próximo Capítulo, a apresentação, sem demora, da pessoa presa por infração à norma penal à autoridade judiciária a fim de verificar a idoneidade do seu estado físico e psicológico, como também permitir ao juiz examinar a regularidade do ato prisional e decidir a sobre a liberdade. Em resumo, resguarda-se o direito à integridade da pessoa presa, na medida que coíbe as tão odiosas práticas de maus tratos e até tortura, e também privilegia-se o direito à liberdade, por permite ao juiz o contato pessoal com o preso, humanizando a decisão.

Assim, quanto à primeira dimensão referida por Peces-Barba, a audiência

⁴⁹ GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o Conceito de Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba**. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. v. 2. 2016. p. 218. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/909/903>. Acesso em: 06/12/2018.

⁵⁰ GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o Conceito de Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba**. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. v. 2. 2016. p. 218. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/909/903>. Acesso em: 06/12/2018.

de custódia passa pelo crivo ético constituindo-se numa pretensão moral justificada porque resguarda outros direitos fundamentais: a integridade pessoal e a liberdade, sendo ainda possível assegurá-los a todos os membros da sociedade (igualdade).

A dimensão jurídica também está bem identificada, tanto no plano internacional (PIDCP, art. 9º, 3 e CIDH, art. 7º, 5) como, mais recentemente, no âmbito nacional, a partir da imposição da sua realização pelo STF a todos juízes e tribunais do país (ADPF nº 347⁵¹) e sua regulamentação pelo CNJ (Resolução nº 213/2015⁵²), sem olvidar as propostas legislativas em curso.

Tão importante quanto as demais, a dimensão social também está justificada. Conforme se mostrará mais detidamente no segundo capítulo, é de calamidade o quadro atual do sistema carcerário brasileiro, o que se deve ao encarceramento em massa de pessoas em conflito com a lei penal, notadamente daquelas das camadas sociais menos abastadas, sendo imprescindível a adoção de instrumentos, como a audiência de custódia, que propiciem melhores condições à autoridade judiciária avaliar a necessidade da segregação cautelar.

A audiência de custódia, portanto, ajusta-se à visão de jusfundamentalidade de Gregório Peces-Barba. É um ato (processual penal) justo e defensável em sua perspectiva moral de garantir direitos fundamentais e alinhado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana que será adequado a promover a sua tutela jurisdicional. Está protegido por sólido arcabouço jurídico (nos planos internacional e nacional) e vem se integrando paulatinamente a *praxis*, notadamente à vista da sua imprescindibilidade social de amparar, sobretudo, os membros mais humildes da sociedade, mais suscetíveis à infração penal, à vista do atual estado de coisas por que perpassa o sistema prisional brasileiro.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Medida Cautelar) nº 347 Distrito Federal. Relator: MARCO AURÉLIO DE MELLO. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 04 dez. 2018.

⁵² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF, 08 de janeiro de 2016. DJe/CNJ nº 1. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 04 dez. 2018.

1.2.1 O Direito Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva

Na linha de raciocínio que se vem construindo a partir dos itens anteriores, o princípio da dignidade da pessoa humana no qual se fundamenta o Estado brasileiro surge como referência para legitimação das ações governamentais, dentre as quais a atividade jurisdicional se apresenta como uma das mais relevantes.

A Constituição Federal dispõe no inciso XXXV do art. 5º que “a lei não excluía da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁵³, sintetizando aquilo que é conhecido como direito de acesso ao Judiciário ou à tutela jurisdicional efetiva; a obrigação de o Estado prestar a todos – inclusive àqueles que se encontram privados da liberdade por conflito com a lei penal – o direito à efetiva jurisdição.

A respeito dessa garantia constitucional, André Ramos Tavares leciona:

Esse princípio é um dos pilares sobre o qual se ergue o Estado de Direito, pois de nada adiantariam leis regulamente votadas pelos representantes populares se, em sua aplicação, fossem elas desrespeitadas, sem que qualquer órgão estivesse legitimado a exercer o controle de sua observância. O próprio enunciado da legalidade, portanto, como já observado, requer que haja a apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo órgão competente.

Assim, dentro da ideia clássica de tripartição de funções estatais, incumbe ao Poder Judiciário o papel de se manifestar, como última instância, sobre as lesões ou ameaças de lesões a direito⁵⁴.

Para José Afonso da Silva, esse princípio se constitui na garantia das garantias constitucionais⁵⁵ quando se une à constelação de outras garantias como

⁵³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

⁵⁴ TAVARES, ANDRÉ RAMOS. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 666/667.

⁵⁵ SILVA, JOSÉ AFONSO DA. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 429.

as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural, do direito de ação e de defesa, do devido processo legal, do direito à duração por prazo razoável do processo, ou seja, alia-se à ideia de tutela jurisdicional efetiva. Trata-se de um sistema constitucional de garantias que deve estar apto à efetiva entrega da prestação jurisdicional, que o Estado “dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica”⁵⁶.

E o enfoque que se busca dar à questão neste estudo não se restringe à prestação jurisdicional em si, mas quanto à sua efetividade para realização dos direitos fundamentais, o que no âmbito das pessoas presas em conflito com a lei penal assume contornos diferenciados porquanto – não fosse o Estado haver resguardado a exclusividade do uso da força para solução dos conflitos (proibindo a autotutela) – reclamou também para si a exclusividade para a persecução penal. Noutras palavras, não basta ao Estado ditar normas constitucionais de direitos fundamentais (formais e materiais) se não criar mecanismos processuais garantidores desses direitos (e nisto se insere a audiência de custódia).

Neste aspecto, Luiz Guilherme Marinoni acentua que o dever do Estado-juiz, em relação à tutela jurisdicional, não se encerra numa mera resposta jurisdicional, “exige a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva (...) compreendido com um direito necessário para que se dê proteção a todos os outros direitos”⁵⁷.

No âmbito da União Europeia, a tutela jurisdicional efetiva também se constitui como um direito fundamental (CDFUE – art. 47º)⁵⁸ e, a exemplo da ordem constitucional brasileira, assegura o direito de todo cidadão acionar o Poder Judiciário para restauração de direitos violados perante um tribunal independente e

⁵⁶ SILVA, JOSÉ AFONSO DA. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 431

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. p. 14. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2018.

⁵⁸ Artigo 47. Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo. É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efectividade do acesso à justiça. (UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**. Lisboa. Portugal Jornal Oficial da União Europeia. 7 de junho de 2016. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 25 jan. 2019).

imparcial, cuja solução se faça dentro de um prazo razoável, assegurada também a assistência judiciária a quem não disponha de recursos.

A característica desse acesso à justiça no DUE é de que, além do tribunal organicamente europeu (TJUE), constituído e desenvolvido pela UE, os tribunais nacionais (incluídos os juízes de primeiro grau de jurisdição) também desempenham a jurisdição do DUE sendo considerados tribunais funcionalmente europeus⁵⁹; ou seja, a busca de um direito previsto na ordem jurídica europeia, ressalvados os casos de competência originária do TJUE, é dirigido ao juiz do próprio Estado-Membro.

Disso decorre que, para efetivação do DUE, os Estados-Membros devem disponibilizar aos particulares instrumentos processuais adequados para a busca do acautelamento dos direitos conferidos pela ordem jurídica europeia, pois como explica Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu: “Da mesma maneira que a União pôs os tribunais nacionais ao serviço da sua efetividade, também o fez em relação aos processos nacionais, permitindo que os cidadãos pleiteiem perante jurisdições que lhe são familiares”⁶⁰.

E esta noção desenvolvida no seio de precedentes jurisprudenciais do TJUE de que o DUE deve se efetivar a partir das diferentes jurisdições processuais internas dos Estados-Membros alicerçam-se nos princípios da autonomia processual dos Estados-Membros na medida em que o direito da União pressupõe que, em primeira linha, as vias processuais a utilizar são as que vigoram nos ordenamentos jurídicos nacionais. No entanto, tal sedimento não é absoluto e o próprio direito da União desenvolveu dois princípios de teste às soluções processuais nacionais para verificar se acautelam, em pé de igualdade, os direitos decorrentes da ordem jurídica europeia. Assim, desenhou o princípio da equivalência, mediante o qual verificará se as vias processuais internas não são menos favoráveis aos litígios decorrentes da ordem jurídica europeia do que quando aplicáveis a litígios puramente internos; e o

⁵⁹ ABREU, Joana Rita de Souza Covelo de. **Tribunais nacionais e tutela jurisdicional efetiva: da cooperação à integração judiciária no Contencioso da União Europeia**. p. 11-12. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/38880>. Acesso em: 19 Jan. 2019.

⁶⁰ ABREU, Joana Rita de Souza Covelo de. **Tribunais nacionais e tutela jurisdicional efetiva: da cooperação à integração judiciária no Contencioso da União Europeia**. p. 25-26. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/38880>. Acesso em: 19 Jan. 2019.

princípio da efetividade mediante o qual se testará “se tais normas processuais nacionais não impõem um esforço excessivo ou impossível ao exercício dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica da União”⁶¹.

Embora não se faça possível o detalhamento destes princípios frente ao objeto e às limitações do presente estudo, há pontos de equivalência nos *standards* para tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídico-constitucional brasileira e no âmbito do DUE, o que se notará relevante quando, no último capítulo, adentrar-se no exame da teoria de interconstitucionalidade como mecanismo de concretização do *standard* mais elevado de proteção (*in casu*, do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva). Aliás, também por conta do fenômeno de interconstitucionalidade, a tutela jurisdicional efetiva começou por ser desenhada enquanto princípio geral de direito, através da jurisprudência do TJUE, bebendo influências das tradições constitucionais dos Estados-Membros e das derivações de proteção de direitos humanos no contexto internacional. É nesta senda que se opera o salto qualitativo para a sua proteção e promoção jusfundamental – hoje corporizada no artigo 47º da CDFUE. Recentemente, esta leitura dual mas complementar ficou patente nos acórdãos Associação Sindical dos Juízes Portugueses⁶² e LM⁶³, onde o TJUE, no primeiro, se além à dimensão de princípio geral de direito de tutela e, no segundo, vai mais longe, pronunciando-se, quanto à independência dos juízes, na perspectiva jusfundamental. Afinal, tais são duas faces da mesma moeda que não devem ser equacionadas isoladamente⁶⁴.

Em conclusão, o direito à tutela jurisdicional deve ser compreendido como um direito fundamental à “efetiva proteção do direito material, do qual são devedores

⁶¹ ABREU, Joana Rita de Souza Covelo de. **Tribunais nacionais e tutela jurisdicional efetiva: da cooperação à integração judiciária no Contencioso da União Europeia**. p. 42. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/38880>. Acesso em: 19 Jan. 2019.

⁶² UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Acórdão. C-64/16: Associação Sindical dos Juízes Portugueses vs Tribunal de Contas**, 27 de fevereiro de 2018, processo C-64/16. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-64/16&language=PT>. Acesso em: 25 jan. 2019.

⁶³ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Acórdão. C-216/18 PPU: LM**, de 25 de julho de 2018. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&td=ALL&num=C-216/18%20PPU>. Acesso em: 25 jan. 2019.

⁶⁴ ABREU, Joana Covelo de. **LM Judgement – effective judicial protection as general principle and fundamental right**. In *The official blog of UNIO – Thinking and debating Europe*, November 3 2018. Disponível em: <https://officialblogofunio.com/2018/11/03/lm-judgment-effective-judicial-protection-as-general-principle-and-fundamental-right/>. Acesso em: 24 Jan. 2019.

o legislador e o juiz”⁶⁵ e desta perspectiva garantista, conforme se exporá com maior clareza no próximo Capítulo, a audiência de custódia se apresenta como ferramenta processual efetivadora dos direitos fundamentais da pessoa presa como o direito ao contraditório, à presunção de inocência e à integridade pessoal, dentre outros.

1.3 A Constitucionalização dos Direitos Humanos no Brasil

Como diz Marcos Leite Garcia: “as normas constitucionais definidoras de direitos são o coração e a cabeça das atuais constituições ocidentais (...) e os vetores que regem o sistema de normas são valores de direitos fundamentais”⁶⁶. Tanto é assim que após a DUDH a produção normativa que resultou do reconhecimento dos direitos humanos no plano internacional evoluiu significativamente em novas declarações, tratados, pactos, convenções, projetando-se tais avanços – natural e necessariamente -, para as ordens jurídicas internas, tanto que inseridos em Constituições de diversos Estados; basta ver como exemplo o rol de direitos “humanos/fundamentais” constantes da Constituição brasileira.

Essa transposição do plano internacional para o direito interno Estados é o que faz implicar na vigência desses direitos no respectivo meio social e no caráter de obrigatoriedade⁶⁷ pelo Estado.

Dessa incorporação dos ditames internacionais ao direito nacional, com inspiração na doutrina alemã (Grundrechte⁶⁸), nasce a distinção entre as categorias: direitos humanos ou direitos do homem e dos direitos fundamentais. Os direitos humanos são aqueles direitos inerentes à natureza humana positivados em tratados e documentos de direito internacional sem vinculação direta com alguma ordem jurídica interna. Em contrapartida, os direitos fundamentais são aqueles assim

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. p. 15.

⁶⁶ GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o Conceito de Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba**. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. v. 2. 2016. p. 218. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/909/903>. Acesso em: 06/12/2018.

⁶⁷ COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. p. 57.

⁶⁸ COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. p. 57.

positivados, reconhecidos pela ordem jurídica interna de determinado Estado⁶⁹.

Feito o registro acerca da distinção terminológica, tornando ao processo de constitucionalização dos direitos “fundamentais”, Comparato aduz que além do reconhecimento oficial pela autoridade política conferir segurança às relações sociais, a positivação dos direitos humanos na ordem jurídica “exerce, também, uma função pedagógica (...) no sentido de fazer prevalecer os grandes valores éticos, os quais, sem esse reconhecimento oficial, tardariam a se impor na vida coletiva”⁷⁰.

Na história das constituições brasileiras, a declaração de direitos, hoje elevados à condição de fundamentais, remonta à Constituição do Império, de 1824, “uma das mais avançadas declarações de direitos do Século XIX: assegurava direitos individuais [...] e adentrava no campo das garantias e proteção (...) embrionariamente, direitos sociais”⁷¹. A primeira Constituição da República, em 1891, não implicou grande avanço; mas contrariamente à do Estado Novo, de 1934, dentro outros direitos individuais, “inova realmente ao consignar (...) direitos dos trabalhadores (...) marca a passagem do Estado Liberal para o Estado Social ao privilegiar a inserção dos direitos de segunda geração”⁷² o que, diferentemente das anteriores - marcadas por direitos da primeira geração -, exige do Estado uma prestação positiva no sentido da realização dos direitos. As Constituições de 1967 e 1969 restringiram-se à manutenção das declarações anteriores, sem evoluções.

Foi apenas com a Carta Constitucional de 1988 – fruto do processo de democratização subsequente ao fim do regime militar – que os direitos humanos adquiriram, no plano jurídico-normativo interno, a relevância que lhes é própria e imprescindível.

Extrai-se do Preâmbulo da Constituição que a instituição do Estado brasileiro é destinada a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 31.

⁷⁰ COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. p. 58.

⁷¹ BITTAR, Eduardo C. B. **Direitos Humanos Fundamentais**: positivação e concretização. p. 120.

⁷² BITTAR, Eduardo C. B. **Direitos Humanos Fundamentais**: positivação e concretização. p. 122.

preconceitos(...). A propósito, a ordem constitucional não cuidou apenas em positivizar direitos fundamentais, mas buscou assegurar de maneira diferenciada a proteção jurídica desses direitos tidos como fundamentais e, aliás, em níveis até mesmo mais elevados que aquele originariamente previsto na ordem jurídica interna, como agora nos deparamos com o caso da introdução da audiência de custódia.

Neste ponto, a Constituição Brasileira adotou a ideia da abertura material do catálogo constitucional dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos relacionados no rol de Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição brasileira não são os únicos possíveis. Assim, além daqueles contidos expressamente na Carta Política, o regime constitucional nacional admite a existência de outros direitos positivados em normas internacionais. Noutras palavras, o legislador constituinte antevendo a possibilidade de omissões acerca de outros possíveis direitos do homem, ou então, consciente da natureza evolutiva desses direitos, em constante evolução no plano internacional, manteve aberta a Constituição para novos direitos.

A Constituição da República dispõe:

Art. 5º (...)

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

De início, registra-se que os tratados internacionais são acordos juridicamente obrigatórios e vinculantes, firmados entre os Estados para múltiplos fins, mas que se constituem na principal fonte de juridicidade no âmbito do direito internacional⁷³. Francisco Rezek ressalta a relevância dos efeitos jurídicos dos tratados, criando autênticos vínculos obrigacionais entre as partes⁷⁴.

Importante, aliás, mencionar que as variações terminológicas de *tratado*, tais quais: acordo, ajuste, carta, código, constituição, convenção, declaração, pacto, protocolo e regulamento, dentre outras, a exemplo do que acontece noutros países,

⁷³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 113.

⁷⁴ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**, 12 ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 18.

não passam de alternativas – juridicamente sinônimas – da expressão tratado, e se prestam à livre designação de qualquer avença formal, concluída entre personalidades de direito internacional destinada a produzir efeitos jurídicos.⁷⁵ Esse registro faz-se necessário porquanto o objeto de estudo – a introdução da audiência de custódia no processo penal interno – decorre da adesão brasileira ao Pacto de Direito Civil e Políticos e à Convenção Americana de Direitos Humanos, ou seja, denominações diversas para tratados internacionais.

Retornando ao modo de internalização das normas internacionais de direitos humanos, a Constituição brasileira ainda estabelece:

Art. 5º (...)

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais⁷⁶.

E mais:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional⁷⁷;

Finalmente:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional⁷⁸;

Conforme se vê, embora da competência privativa do Chefe do Poder

⁷⁵ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**, p. 15-16.

⁷⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

⁷⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

⁷⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

Executivo a celebração do tratado, ao Poder Legislativo incumbirá a necessária ratificação.

Nas palavras de Flávia Piovesan:

Consagra-se, assim, a colaboração entre Executivo e Legislativo na conclusão de tratados internacionais, que não se aperfeiçoa enquanto a vontade do Poder Executivo, manifestada pelo Presidente da República não se somar à vontade do Congresso Nacional. Logo, os tratados internacionais demandam, para seu aperfeiçoamento, um ato complexo no qual se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo⁷⁹.

Sobre a hierarquia da norma internacional perante o direito nacional grassa forte controvérsia porque a eficácia das normas contidas nos tratados depende da sua transposição ao ordenamento jurídico interno. Aliás, à vista de cada vez mais adesões de Estados (a exemplo do Brasil) aos tratados internacionais (de direitos humanos), como refere Virginia Leary, a problematização da hierarquia da relação entre direito internacional e direito interno ganhou novos contornos na medida que, agora, o foco não se dá mais na relação dos diferentes Estados entre si, mas do Estado aderente e seus cidadãos⁸⁰.

No caso do Estado brasileiro essa polêmica agrava-se porque o art. 5º, § 2º, estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros (...) dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, ou seja, a norma constitucional indica que os tratados de direitos humanos aos quais se aderiu têm hierarquia constitucional; no entanto, ao mesmo tempo, o § 3º do mesmo artigo demanda o quórum qualificado para a positivação constitucional, conforme se transcreveu linhas atrás⁸¹.

Aliás, o supracitado § 3º foi introduzido na Constituição Federal pela Emenda 45/2004⁸², de modo que ao tempo (1992) em que o Estado brasileiro

⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 118.

⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 121.

⁸¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

⁸² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em:

subscreveu aos tratados internacionais alusivos à audiência de custódia (Pacto dos Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana de Direitos Humanos) a regra inexistia.

Nesta celeuma, Flávia Piovesan aduz que o quórum qualificado “está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados propiciando a ‘constitucionalização formal’”⁸³ das convenções de direitos humanos no âmbito jurídico interno, sem atingir ou alterar a natureza constitucional daqueles formalizados anteriormente. Mesmo porque, segundo Jorge Miranda, “a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação”⁸⁴.

Também é importante colacionar a visão de Ingo Sarlet:

Com efeito, tendo em mente que a introdução do novo § 3º teve por objetivo resolver – ainda que remanescentes alguns problemas – de modo substancial o problema da controvérsia sobre a hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos, antes incorporados por Decreto Legislativo de modo a assegurar aos direitos neles consagrados um status jurídico diferenciado, compatível com sua fundamentalidade, poder-se-á sustentar que a partir da promulgação da Emenda nº 45/2004 a incorporação destes tratados deverá ocorrer pelo processo mais rigoroso das reformas constitucionais. Quanto à objeção de que com isto se estaria a dificultar a internalização dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos (lembre-se que há os que sustentam até mesmo a dispensa de qualquer ato formal de incorporação para além da ratificação) há como revidar com o argumento de que, além de assegurar aos direitos dos tratados pelo menos uma hierarquia constitucional equivalente as normas constitucionais do tipo derivado resta enrobustecida a legitimação democrática desses direitos, o que, por sua vez, concorre para a sua maior força normativa (...) ⁸⁵.

Essa preocupação externada por Sarlet, da questão da legitimação democrática, não é desarrazoado na medida que não foram inexpressivas as críticas contra o modo de implantação da audiência de custódia no direito brasileiro, não submetida a processo parlamentar específico.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

⁸³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p.142.

⁸⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p.128.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 131.

Contudo, a Corte Constitucional brasileira concluiu no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, de 03 de dezembro de 2008⁸⁶, por maioria, que as normas internacionais de direitos humanos anteriores à EC nº 45/2004 não têm hierarquia constitucional, porém, em avanço à posição anterior, firmou que as normas previstas em tratados subscritos pelo Estado têm hierarquia especial e diferenciada em relação à legislação ordinária; ou seja, adotou uma posição de suprallegalidade dos tratados internacionais.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343 São Paulo. Relator: CEZAR PELUSO. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário Oficial da União**. Brasília, 05 de junho de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 06 dez. 2018.

CAPÍTULO 2

A INTRODUÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 O sistema penal e o recrudescimento das penas como concausas do fenômeno do encarceramento em massa

A infração à norma jurídica, e neste estudo se aborda a violação de natureza penal, não é um “privilegio” da sociedade brasileira mas de todas as sociedades constituídas pelo ser humano, que precisa de normas reguladoras do cotidiano social. Dessa necessidade de proteção dos mais preciosos bens da vida surge o *sistema penal* como meio de controle social, “procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens”⁸⁷.

Sobre o sistema penal, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli sintetizam:

Chamamos ‘sistema penal’ ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe a execução de uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação de funcionários e define casos e condições para esta atuação (...) englobando a atividade do legislador público, da polícia, dos juízes, promotores e funcionários e da execução penal⁸⁸.

No seio da dinâmica social, as possibilidades de condutas antijurídicas são infinitas mas tão somente uma pequena fração é reconhecida (tipificada) como capaz de ter como consequência uma pena, enquanto outras tantas, de manifesta gravidade e impacto (individual ou coletivo) negativo são “pacificadas” por métodos jurídicos alternativos (direito administrativo, família, cível, comercial...).

Interessante notar quanto ao controle social por meio do direito penal sua característica marcante de a escolha sobre quais condutas irão demandar o

⁸⁷ BITTENCOURT, César Roberto, **Tratado de Direito Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2.

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**: parte geral. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 70.

tratamento jurídico “penalizante” ser definida, como todas as demais regras jurídicas, pelos grupos sociais mais próximos e acessíveis às estruturas de Poder. Daí será simples notar o porquê de as prisões ao redor do mundo e muito especialmente aquelas no Brasil estarem habitadas por pessoas que integram as camadas menos privilegiadas da sociedade, mais distantes do centro de Poder. Assim, o controle social por intermédio do sistema penal está disposto desde a sua origem de modo a criminalizar condutas a que as classes sociais menos abastadas estão mais vulneráveis a incidir.

O sistema penal, atividade exclusivamente estatal, desenvolve-se por intermédio da atuação sucessiva de instituições públicas cujos integrantes, principalmente no Brasil, não têm a mesma concepção sobre a própria razão, fins e métodos do sistema. Os segmentos elementares do sistema são: o policial (preventivo, repressivo, investigativo), o judicial (processual) e o executivo (prisional), os quais convergem para o exercício da atividade punitiva institucionalizada – cada grupo exercendo atividades específicas ao longo das sucessivas fases da cronologia da sistemática penal –, embora nem sempre com o mesmo o discurso⁸⁹, aliás, bem pelo contrário.

Neste aspecto relacionado à falta de identidade operacional entre os diferentes segmentos do sistema penal, Zaffaroni e Pierangeli alertam que embora o discurso judicial se apresenta com uma linha de cumprimento da Constituição e leis penais, esse respeito se concretiza de modo tímido e burocrático⁹⁰, dando ensejo ao empoderamento dos discursos policial e penitenciário repressivos, que cada vez mais encontram eco na sociedade em geral.

Com efeito, é perceptível a quem convive o cotidiano do sistema penal o retalhamento decorrente da omissão judicial em relação à apropriação do discurso punitivista não apenas pelos órgãos do Executivo, mas principalmente pelos órgãos de comunicação em massa, a informar e malformar a opinião pública fomentando o sentimento de angústia de uma sociedade que se encontra vulneravelmente perplexa perante o contínuo incremento da criminalidade em geral.

⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio R. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**: parte geral. p. 72

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio R. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**: parte geral. p. 73

Neste ponto, o recrudescimento da violência é um problema recorrente na sociedade moderna e, como ponderam André Luiz Callegari e Fernanda Arruda Dutra, muitos Estados têm se socorrido ao agravamento da legislação penal como forma de satisfação da opinião pública, mas os resultados não têm, pelo contrário, sido positivos (o que se demonstrará logo adiante), na medida que a violência não tem como ser combatida com mais violência⁹¹, ainda que aquela lícitamente empregada dentro das regras do Estado.

Esse problema da (in) segurança pública levou ao avivamento dos discursos punitivistas de boa parte dos integrantes do sistema penal e, como consequência, ao agravamento das sanções penais, fez explodir o número de pessoas presas, causando o fenômeno chamado *encarceramento em massa*.

Com lucidez, Georg Rusche e Otto Kirchheimer salientam:

O sistema social de uma dada sociedade não é um fenômeno isolado sujeito apenas às suas leis especiais. É parte de todo o sistema social, e compartilha suas aspirações e seus defeitos. A taxa de criminalidade pode de fato ser influenciada somente se a sociedade está numa posição de oferecer a seus membros um certo grau de segurança e de garantir um nível de vida razoável⁹².

Assim, o agravamento das penas e o empoderamento da legislação criminal se constituem numa fácil solução de cunho populista, que “podem ser testados mais de mil vezes, mas enquanto a sociedade não estiver apta a resolver seus problemas sociais”⁹³, o problema não arrefecerá.

Concluindo:

Há um paradoxo no fato de que o progresso do conhecimento humano tornou o problema do tratamento penal mais compreensível e mais perto de uma solução, enquanto a questão de uma revisão fundamental na política penal parece estar hoje mais longe do que nunca, por causa de sua dependência funcional a uma dada ordem

⁹¹ CALLEGARI, André Luiz. DUTRA, Fernanda Arruda. **Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais**. Doutrinas Essenciais Direito Penal vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 65

⁹² RUSCH, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2ª ed. Coleção Pensamento Criminológico. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. p. 281/282

⁹³ RUSCH, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2ª ed. Coleção Pensamento Criminológico. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. p. 281/282

social⁹⁴.

E o Brasil, infelizmente, tem recorrido com frequência ao empoderamento do sistema penal como perspectiva de reduzir os índices de insegurança pública, o que apenas agrava o problema.

Como exemplo do recrudesimento das penas: a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, chamada de “Lei dos Crimes Hediondos”, a qual impôs aos mais graves crimes (homicídio qualificado, latrocínio, extorsão, tráfico de drogas...) seriíssimas restrições processuais e penais, como por exemplo a impossibilidade de responder ao processo em liberdade (neste ponto já corrigido pela jurisprudência), também a obrigatoriedade do regime fechado para início de resgate da pena, maior prazo para progressão do regime de resgate de pena, maior prazo para a prisão temporária; e a Lei nº 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006, a “Lei de Drogas”, que não distingue adequadamente as responsabilidades do pequeno-traficante-usuário a dos grandes produtores e distribuidores de drogas, tendo majorado significativamente a punição para os crimes de tráfico de entorpecentes.

Segundo o relatório do Departamento Penitenciário Nacional⁹⁵, em junho de 2016, a população prisional do Brasil era de 726.712 pessoas, embora o número de vagas fosse apenas de 368.049.

Desse total, 40,2% eram de presos provisórios, ou seja, aqueles ainda sem condenação penal transitada em julgado; extraíndo-se ainda do relatório que dentre os presos provisórios (nas unidades que detinham tal informação) 47% estavam presos há mais de 90 dias⁹⁶.

Para se ter uma ideia de como a população carcerária cresceu no país, em 2000 havia “apenas” 232 mil pessoas presas contra, repita-se, 726 mil em 2016,

⁹⁴ RUSCH, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2ª ed. Coleção Pensamento Criminológico. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. p. 281/282.

⁹⁵ O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) é o órgão executivo que acompanha e controla a aplicação da Lei de Execução Penal e das diretrizes da Política Penitenciária Nacional, emanadas, principalmente, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP.

⁹⁶ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização – Junho de 2016**. Brasília, DF: 08 de dezembro de 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 23 set. 2018.

tanto que o referido relatório apontou:

Entre 2000 a 2016, a taxa de aprisionamento aumentou em 157% no Brasil. Em 2000 existiam 137 pessoas presas para cada grupo de 100 mil habitantes. Em junho de 2016, eram 352,6 pessoas presas a cada 100 mil habitantes⁹⁷.

Outra informação relevante reside na faixa etária da população carcerária, 30% é composta por pessoas entre 18 a 24 anos, 25% de 25 a 29 anos, 19% de 30 a 34, evidenciando o quão jovens são os presos brasileiros⁹⁸.

Quanto à raça/cor, “64% da população prisional é composta por pessoas negras”, embora integrem 53% da população brasileira, os brancos são 35%⁹⁹.

Outro dado fundamental: a escolaridade, apenas 10% da população carcerária tem o ensino médio completo. Esse número aumentou para 15% naqueles que abandonaram o ensino médio, 14% para os com ensino fundamental completo e, pasme-se, 51% para aqueles que nem mesmo finalizaram o básico; além de 4% analfabetos e 6% não-escolarizados¹⁰⁰.

Ainda, cerca de 1% dos encarcerados é portador de alguma deficiência.¹⁰¹

Havia 2066 estrangeiros encarcerados.¹⁰²

⁹⁷ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização – Junho de 2016**. Brasília, DF, 08 de dezembro de 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 23 set. 2018.

⁹⁸ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização – Junho de 2016**. Brasília, DF, 08 de dezembro de 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 23 set. 2018.

⁹⁹ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização – Junho de 2016**. Brasília, DF, 08 de dezembro de 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 23 set. 2018.

¹⁰⁰ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização – Junho de 2016**. Brasília, DF, 08 de dezembro de 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 23 set. 2018.

¹⁰¹ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização – Junho de 2016**. Brasília, DF, 08 de dezembro de 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 23 set. 2018.

¹⁰² BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização – Junho de 2016**. Brasília, DF, 08 de dezembro de 2017. Disponível

No tocante aos tipos penais infringidos, em relação aos homens, 26% praticou crime de tráfico, 26% roubo, 12% furto, 11% homicídio, sendo estas as principais incidências. Entre as mulheres, 62% estão presas por tráfico, 11% por roubo, 9% por furto e 6% por homicídio.¹⁰³

A toda evidência, o recrudescimento das penas não contribuiu, absolutamente, para a redução da criminalidade, pelo contrário, o problema apenas se acentuou.

Como mostra dessa realidade, o indicativo de crescimento da taxa de homicídios no Brasil, até 2016, conforme o Atlas da Violência 2018, do Instituto Brasileiro de Pesquisa Aplicada – IPEA¹⁰⁴:

Segundo o Sistema de Informações sobre Mortalidade, do Ministério da saúde (SIM/MS), em 2016 houve 62.517 homicídios no Brasil. Isso implica dizer que, pela primeira vez na história, o país superou o patamar de trinta morte por 100 mil habitantes (taxa igual a 30,3). Esse número de casos consolida uma mudança de patamar nesse indicador (na ordem de 60 mil a 65 mil casos por ano) e se distancia das 50 mil a 58 mil mortes, ocorridas entre 2008 e 2013.

Esse índice crescente revela, além da naturalização do fenômeno, a premência de ações compromissadas e efetivas por parte das autoridades nos três níveis de governo: federal, estadual e municipal. Não há dúvida de que o desafio é grande, afinal trata-se de uma complexa agenda da segurança pública, que deve envolver ações intersetoriais e integradas que incluam, além dos executivos, o Parlamento, a Justiça, o Ministério Público, a Defensoria e também a academia, as igrejas, os empresários e toda a sociedade civil organizada¹⁰⁵.

Insiste-se, a “solução” de recrudescer penas não redundou em mais

em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 23 set. 2018.

¹⁰³ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização – Junho de 2016**. Brasília, DF, 08 de dezembro de 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 23 set. 2018.

¹⁰⁴ O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (**Ipea**) é uma fundação pública federal vinculada ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Suas atividades de pesquisa fornecem suporte técnico e institucional às ações governamentais para a formulação e reformulação de políticas públicas e programas de desenvolvimento brasileiros. Os trabalhos do **Ipea** são disponibilizados para a sociedade por meio de inúmeras e regulares publicações eletrônicas, impressas, e eventos. (Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf. Acesso em: 23 set. 2018).

segurança pública e proteção social, ao contrário, agravou o insuportável problema de superlotação dos presídios que deu causa à tragédia que é o sistema prisional brasileiro.

Concorda-se com Alessandro Baratta para quem “*el esfuerzo del derecho moderno por domesticar la violencia punitiva, legitima a esta última en tan poca medida (...) que ha legitimado la guerra*”¹⁰⁶, o que se confirma nos embates diários entre policiais e infratores com elevação maciça no número de mortos de lado a lado.

Ao contrário, as boas perspectivas para segurança estão na efetivação dos direitos fundamentais positivos a todos os cidadãos:

Ampliar la perspectiva del derecho penal de la Constitución en la perspectiva de una política integral de protección de los derechos, significa también definir el garantismo (Ferrajoli) no solamente em sentido negativo como limite del sistema punitivo, o sea, como expresión de los derechos de protección respecto del Estado, sino como garantismo positivo. Esto significa la respuesta a las necesidades de seguridad de todos los derechos, también de los de prestación por parte del Estado (derechos económicos, sociales y culturales) y no sólo de aquella parte de ellos, que podríamos denominar derechos de prestación de protección, em particular contra agresiones provenientes de determinadas personas.

(...)

*La seguridad de los ciudadanos corresponde a la necesidad de estar y de sentirse garantizados em el ejercicio de todos los propios derechos: derecho a la vida, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y de las propias capacidades; derecho a expresarse y a comunicarse, derecho a la calidad de la vida, así como el derecho a controlar ya influir sobre las condiciones de las cuales depende, em concreto, la existencia de cada uno*¹⁰⁷

Foi justamente o distanciamento do sistema penal (e seus operadores) das diretrizes constitucionais, tanto por permitir o insensato recrudescimento das sanções penais como pelo incumprimento dos direitos fundamentais mais

¹⁰⁶ BARATTA, Alessandro. **La Política Criminal y el Derecho Penal de La Constitución**: Nuevas Reflexiones sobre el Modelo Integrado de Las Ciencias Penales. In Doutrinas Essenciais Direito Penal vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 57

¹⁰⁷ BARATTA, Alessandro. **La Política Criminal y el Derecho Penal de La Constitución**: Nuevas Reflexiones sobre el Modelo Integrado de Las Ciencias Penales. p. 58

elementares, que resultou no atual estado de coisas.

Neste aspecto, e agora tratando das atribuições que são inerentes à função judicial dentro do sistema penal, também envolvendo a questão inerente à contradição dos discursos antes citada, equivocou-se o juiz que supõe limitarem-se as suas responsabilidades funcionais à simples aplicação da lei. Não basta a boa interpretação da prova à luz do direito, nem a coragem para decretação de prisões e medidas persecutórias contra perigosas organizações criminosas, qualidades tão exaltadas noutros discursos em nossos dias. Dentre tantas atribuições, o cumprimento à Constituição e a proteção dos direitos fundamentais, inclusive aqueles decorrentes de tratados ou convenções internacionais, é imprescindível.

Assim, não obstante o antes citado discurso policial, subscrito pelo Poder Executivo e de parcela do Legislativo – o enfrentamento do problema de segurança pública não passa absolutamente pelo recrudescimento do sistema penal, pelo contrário, tem nisto parte da sua causa.

E nesta perspectiva de diferentes discursos para as mazelas do sistema penal, notadamente à luz de uma contundente opinião pública, o Ministro Marco Aurélio de Mello, do STF, no julgamento da (Medida Cautelar em) Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, que ordenou a implantação da audiência de custódia, mesmo assentando a impopularidade do tema por atribuir direitos à uma expressiva minoria da sociedade (pessoas em conflito com a lei penal) firmou a obrigação do Judiciário enfrentá-lo aduzindo que deve ser valorizada e não esquecida “a missão de defesa de minorias, do papel contramajoritário em reconhecer direitos daqueles que a sociedade repudia e os poderes políticos olvidam, ou fazem questão de ignorar”¹⁰⁸.

O retrato do que se tornou o sistema prisional brasileiro a partir do recrudescimento da lei penal está bem exposto no referido voto do Ministro Marco Aurélio de Mello:

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Medida Cautelar) nº 347 Distrito Federal. Relator: MARCO AURÉLIO DE MELLO. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 04 dez. 2018.

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem com amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

(...)

A superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. (...) Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário¹⁰⁹.

Acrescentou no voto o que todos já sabem: os presos não são divididos de acordo com a idade e nem mesmo pela natureza da infração praticada, também não se cumpre a norma que impõe a separação entre presos provisórios e os já condenados; além de ressaltar a inexistência de contingente de servidores minimamente remunerados e treinados para o envolvimento em tão árdua missão¹¹⁰.

Percebe-se, pois, dentro do sistema penal um estado de permanente e generalizada violação de direitos fundamentais, com manifesto desprezo à dignidade humana, de modo que as penas privativas de liberdade tornam-se penas cruéis e desumanas, os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”¹¹¹.

E Marco Aurélio reconheceu – à vista deste estado de coisas – manifesta infração à ordem constitucional brasileira, justamente ao tão exaltado princípio da

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Medida Cautelar) nº 347 Distrito Federal. Relator: MARCO AURÉLIO DE MELLO. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 04 dez. 2018.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Medida Cautelar) nº 347 Distrito Federal. Relator: MARCO AURÉLIO DE MELLO. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 04 dez. 2018.

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Medida Cautelar) nº 347 Distrito Federal. Relator: MARCO AURÉLIO DE MELLO. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 04 dez. 2018.

dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); à proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); à vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea 'e'); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLIX); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º inciso XLIX); e aos direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV)¹¹².

Restou evidenciado no julgamento o descumprimento de normas internacionais de direitos humanos a que o Estado brasileiro comprometeu-se, afirmando-se expressamente a violação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes bem como da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Não é irrelevante lembrar que se Estado é o responsável pela perseguição penal atrai necessariamente a obrigação de resguardar a dignidade humana por meio da realização dos direitos fundamentais àquele que se encontra sob a sua custódia.

Aliás, o Ministro Edson Fachin assentou no mesmo julgamento que a pena não pode se revelar como gravame a extirpar a condição humana daquele que a cumpre senão funcionar como fator de reinserção do transgressor da ordem jurídica, para que reassuma seu papel de cidadão integrado à sociedade que lhe cerca¹¹³.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Medida Cautelar) nº 347 Distrito Federal. Relator: MARCO AURÉLIO DE MELLO. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 04 dez. 2018.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Medida Cautelar) nº 347 Distrito Federal. Relator: MARCO AURÉLIO DE MELLO. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 04 dez. 2018.

Percebe-se, então, com facilidade, que essa relação degradante estabelecida com as pessoas presas – as quais além da privação da liberdade (correspondente à conduta antijurídica praticada) ainda são submetidas a toda ordem de indignidades no cárcere –, aniquila a perspectiva de a privação da liberdade servir como instrumento de ressocialização àquele que infringiu a norma penal.

Disso decorre a máxima, incontroversa, de que os presídios e penitenciárias do Brasil são escolas, faculdades do crime, em que jovens usuários-trafficantes e punquistas transmudam-se em impiedosos homicidas depois de cooptados pelas organizações criminosas que justamente se desenvolveram por conta da ineficácia estatal no atendimento às necessidades elementares do cidadão preso.

Como disse Edson Fachin: esse “estado de coisas inconstitucional” revela “uma realidade assombrosa de um Estado que pretende efetivar direitos fundamentais”¹¹⁴.

E arrematou:

Os estabelecimentos prisionais funcionam como instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social. Encontram-se separados da sociedade os negros, as pessoas com deficiência, os analfabetos. E não há mostras de que essa segregação objetiva – um dia – reintegrá-los à sociedade, assim, mantê-los indefinidamente apartados, a partir da contribuição que a precariedade dos estabelecimentos oferece à reincidência¹¹⁵.

Identifica-se, pois, um círculo vicioso: a ineficiência estatal em assegurar os direitos fundamentais a todos indistintamente contribui para criação de condições tendentes à incidência penal; na sequência, com a segregação, a falta de condições

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Medida Cautelar) nº 347 Distrito Federal. Relator: MARCO AURÉLIO DE MELLO. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 04 dez. 2018.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Medida Cautelar) nº 347 Distrito Federal. Relator: MARCO AURÉLIO DE MELLO. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 04 dez. 2018.

prisionais dirigidas à ressocialização decorrente da superlotação repercuta diretamente no incremento da criminalidade, a qual, por sua vez, projeta uma demanda social em busca da segurança pública que conduz ao recrudescimento da lei penal, que aumenta a incidência penal, que aumenta a massa carcerária... um verdadeiro paradoxo.

Diante desta realidade que não mais podia ser ignorada e da omissão por parte das demais forças do sistema penal (sem olvidar a própria inércia em regulamentar internamente o modo para execução das normas internacionais de Direitos Humanos a que o Brasil se obrigara), o Poder Judiciário (STF) interviu ditando, entre outras medidas, a implantação imediata da audiência de custódia como instrumento não apenas garantidor dos preceitos fundamentais que serão adiante tratados, mas também como um relevante instrumento processual para refrear o encarceramento em massa.

2.2 A introdução da Audiência de Custódia no processo penal brasileiro

De acordo com a linha evolutiva traçada no Capítulo 1, foi possível perceber como a partir do Século XVIII e mais intensamente depois dos horrores da Segunda Guerra Mundial, os Direitos Humanos passaram a ocupar espaço de diferenciada relevância no seio social. Desta perspectiva progressista, na Europa, a partir da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdade Fundamentais, de 04 de Novembro de 1950, reconheceu-se a necessidade de apresentar toda pessoa presa, sem demora, à presença do juiz ou de autoridade habilitada a exercer a função judiciária.

A referida Convenção Europeia estabeleceu:

ARTIGO 5º Direito à liberdade e à segurança

(...)

3. 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 e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo¹¹⁶.

Os fins desta apresentação ao juiz ou autoridade equivalente continuam, naquilo que é essencial, os mesmos desde então, de que sirva como instrumento de controle sobre a atividade de persecução penal realizada pelo Estado, em especial, dos agentes policiais e prisionais. De acordo com Mauro Andrade e Pablo Alflen, “evitar-se-ia, com isso, o risco de incidência de um dos principais problemas verificados nessa fase inicial da persecução penal, que é a ocorrência de tortura ou maus-tratos aos indivíduos que houvessem sido presos em flagrante”¹¹⁷ e, também, pelo menos no recém-criado padrão brasileiro, das pessoas presas por determinação judicial mas fora das hipóteses de flagrante.

No Brasil, a audiência de custódia foi efetivamente integrada ao direito interno recentemente, por força de ordem emanada pelo STF, como resultado de uma Medida Cautelar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (MCADPF), deflagrada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).

No julgamento da referida ADPF nº 347 MC/DF, deferiu-se a medida cautelar 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 90 dias, audiências de custódia viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão¹¹⁸.

A propósito, consta por expresse do voto do Ministro Edson Fachin que o Estado brasileiro estava há muito obrigado às normas internacionais de direitos

¹¹⁶ CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos do Homem. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Roma. Itália. 04 de novembro de 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 04/12/2018.

¹¹⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia** Comentários à Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018. p. 18.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Medida Cautelar) nº 347 Distrito Federal. Relator: MARCO AURÉLIO DE MELLO. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 04 dez. 2018.

humanos, o que não vinha cumprindo asseverando que:

Inexistem motivos para prorrogar a aplicabilidade da norma convencionada internacionalmente, sejam por razões de ordem técnica ou financeira, ou ainda de necessidade de adequação. A cultura jurídica precisa dar efetividade aos compromissos firmados pela República Federativa do Brasil e às normas positivadas democraticamente debatidas no âmbito do Poder Legislativo e sancionadas pelo Poder Executivo¹¹⁹.

O STF, como se vê, seguiu a posição já abordada no capítulo 1 acerca do *status supralegal* e a vigência no Estado brasileiro das normas internacionais de direitos humanos contidas no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, porém, entrou em vigor apenas em 1976, na medida que somente então alcançou o número de ratificações necessárias para tanto, atualmente 167¹²⁰.

E a parte que envolve o presente estudo:

Artigo 9º. (...)

(...)

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 liberdade¹²¹.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos foi submetido e aprovado, em 12 de dezembro de 1991, pelo Congresso Nacional brasileiro, aliás, juntamente com Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conforme o Decreto

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Medida Cautelar) nº 347 Distrito Federal. Relator: MARCO AURÉLIO DE MELLO. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 04 dez. 2018.

¹²⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 253.

¹²¹ BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Brasília, DF. Diário Oficial da União, 06 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

Legislativo nº 226/91¹²².

Com a aprovação pelo Congresso Nacional, o PIDCP foi finalmente promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, a constar do seu respectivo art. 1º: “O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, apenso por cópia ao presente decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém”. O destaque não consta do original, mas evidencia a inércia do Estado brasileiro em “executar e cumprir inteiramente” o conteúdo do Pacto. Note-se que a adesão se deu em 1992 e a implementação da Audiência de Custódia apenas em 2015, mais de 23 anos depois. Bem se vê, por este atraso, o porquê das agruras e o estado de coisas por que perpassa os sistemas penal e prisional brasileiros.

No âmbito regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos é o instrumento de maior relevância, sendo comumente chamada de Pacto de San Jose da Costa Rica porque foi assinada nesta capital, em 1969, vigendo a partir de 1978, com adesão de 25 Estados-partes até 2015, não obstante as denúncias formuladas por Trinidad & Tobago e Venezuela, em 1998 e 2012, respectivamente¹²³.

A Convenção Americana reconhece e assegura um catálogo de direitos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Como destaca Flávia Piovesan, desse universo destacam-se: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade movimento residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e direito à proteção judicial.

Interessante citar que a Convenção Americana, além das muitas enunciações a direitos humanos, também visou a compelir os Estados aderentes a

¹²² BRASIL. Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 12 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1991/decretolegislativo-226-12-dezembro-1991-358251-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 04 dez. 2018.

¹²³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 348.

efetivarem os respectivos direitos. Flávia Piovesan, citando Thomas Buergenthal, registrou em sua obra, que “os Estados-partes na Convenção Americana têm a obrigação não apenas de ‘respeitar’ esses direitos garantidos na Convenção, mas também de ‘assegurar’ o seu livre e pleno exercício”¹²⁴.

Tanto que em relação à Audiência de Custódia, não obstante tardiamente, o Estado brasileiro está, agora, efetivando o direito que está assim disposto na CADH:

Art. 7º. Direito a liberdade pessoal

(...)

5. Toda pessoa presa, detida ou retida dever ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo¹²⁵.

Esses dois preceitos internacionais são quase que repetitivos e impõem ao Estado-parte a obrigação de conduzir, sem demora, toda pessoa presa à presença de um juiz ou outra autoridade judiciária ou autorizada por lei a exercer tais funções.

A propósito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos firmou no Caso *Acosta Calderón Vs Ecuador*¹²⁶ (*Sentencia de 24 de junio de 2005*), que toda pessoa presa tem direito à apresentação judicial, sem demora, afirmando tal como o meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais, além de garantir os direitos do detido à adoção de medidas cautelares alternativas à prisão, em especial, assegurar o primado da presunção de inocência.

Ainda do referido acórdão da CIDH, concluiu-se que a apresentação deve ser feita sem demora porque em nenhuma situação, por mais grave que seja,

¹²⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 351.

¹²⁵ OEA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San Jose. Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

¹²⁶ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Acosta Calderón VX. Ecuador. Série C No. 129**. San Jose. Costa Rica, 24 de junho de 2005 (*sentencia*). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf. Acesso em: 04 dez.2018.

justifica a postergação prolongada do tempo de detenção, reiterando que apenas a apresentação pessoal é que satisfaz essas garantias fundamentais, não bastando “*el simple conocimiento por parte de un juez de que una persona está detenida*”¹²⁷.

Além desses dois tratados, o Estado brasileiro também é signatário da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, ocorrida aqui no Brasil, em Belém, em 1994, o qual, novamente, reafirma a necessidade de apresentação da pessoa presa à autoridade judiciária. O Congresso Nacional aprovou as tratativas firmadas nessa Convenção por meio do Decreto Legislativo nº 127/2011. O instrumento de ratificação foi depositado junto à OEA em 03 de fevereiro de 2014, surtindo efeitos no âmbito interno a partir da promulgação em 11 de maio de 2016, conforme consta do Decreto nº 8.766¹²⁸.

Extraí-se desta Convenção:

Artigo XI

Toda pessoa privada de liberdade deve ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e apresentada, sem demora e de acordo com a legislação interna respectiva, à autoridade judiciária competente.

Os Estados Partes estabelecerão e manterão registros oficiais atualizados sobre seus detidos e, de conformidade com sua legislação interna, os colocarão à disposição dos familiares dos detidos, bem como dos juízes, advogados, qualquer pessoa com interesse legítimo e outras autoridades.

Embora a Constituição do Brasil, de 1988, tenha inspiração nestes modelos internacionais de Direitos Humanos, o direito à pronta apresentação da pessoa presa não restou elencado na Carta Política brasileira e tampouco está previsto no Código de Processo Penal, de 1941, ainda anterior a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A respeito da adesão do Brasil aos referidos tratados, Flávia Piovesan

¹²⁷ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Acosta Calderón VX. Ecuador. Série C No. 129**. San Jose. Costa Rica, 24 de junho de 2005 (*sententia*). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf. Acesso em: 04 dez.2018.

¹²⁸ BRASIL. Decreto nº 8.766, de 11 de maio de 2016, promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Brasília, Distrito Federal. Diário Oficial da União, 11 de maio de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8766.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

argumenta que isso “vem a redimensionar o próprio alcance do termo cidadania” na medida que além dos direitos internos os indivíduos passam a titularidade de direitos internacionais, inclusive defensáveis perante instâncias internacionais, expandindo e complementando o universo dos direitos fundamentais a partir da conjugação de ambos sistemas de proteção de direitos humanos¹²⁹.

Resumindo, desde 1992, data da adesão do Brasil aos referidos tratados, o Estado brasileiro estava obrigado a conduzir toda pessoa presa, sem demora, à presença do juiz competente para verificar suas condições após a segregação e para decidir sobre a manutenção da prisão ou restituir-lhe a liberdade. Contudo, insiste-se, foi apenas em razão da intervenção do Poder Judiciário, depois de provocado pelo referido partido político, que esse direito passou a ser cumprido.

Neste ponto, Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Aflen destacam que a “necessidade de apresentação judicial de toda pessoa privada em sua liberdade, o Brasil só vem respeitando, ainda que minimamente, a CADH e o PIDCP porque o Poder Judiciário – leia-se, o Supremo Tribunal Federal e o CNJ – assim o querem”¹³⁰.

Não se pode deixar de registrar as frustradas tentativas de implantação da audiência de custódia pela natural via legislativa: Projeto de Lei do Senado nºs 156/2009 e 554/2011, Projetos de Lei nº 7.871/2014 e 470/2015, Propostas de Emenda Constitucional nº 12/2011 e 89/2015, no entanto, não foram adiante e, agora (até pela regulamentação por parte do CNJ), o tema deverá aguardar as discussões que envolverão o novo Código de Processo Penal, que precisa de fato ser modernizado na medida que o atual é 1941¹³¹. Aliás – à vista da recém-iniciada Legislatura federal, com incremento da bancada conservadora, e sem tampouco perder de vista a proposta de campanha divulgada pela imprensa¹³² do, agora,

¹²⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 402.

¹³⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia: Comentários à Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça**. p. 34

¹³¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 13 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, de 13 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

¹³² AMORIN, Felipe. UOL. Brasília. Publicado em 07 junho. 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/06/07/projeto-bolsonaro-stf.htm>. Acesso em: 03 dez. 2018.

Presidente da República de: “acabar com a audiência de custódia”, o Poder Judiciário será, ao que transparece, chamado a garantir o cumprimento das normas internacionais a que o país se obrigou, desde 1992, impedindo o retrocesso naquilo que envolve a efetivação de normas internacionais de direitos humanos e, mais importante, a tutela jurisdicional efetiva em padrão mais elevado.

O Conselho Nacional de Justiça incentivou, administrativamente, Tribunais de Justiça dos Estados à disseminação das audiências de custódia no país, com o Projeto Audiência de Custódia. A propósito, o Tribunal de Justiça de São Paulo criou norma interna que tratava da implantação da audiência de custódia naquele ente federado (Provimento Conjunto nº 03/2015), que foi alvo de questionamentos por parte das associações do Ministério Público e dos Delegados de Polícia, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240¹³³, mas cujo resultado foi negativo reafirmando o STF a necessidade de efetivação das normas internacionais de direitos humanos.

Nesta oportunidade, o STF uma vez mais ratificou o “status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro” legitimando a denominada ‘audiência de custódia’.

No entanto, logo na sequência, em 09/09/2015, o STF resolveu a questão no julgamento da ADPF(MC) nº 347 (conforme exposto no item anterior) e, com o fim de organizar e uniformizar a Audiência de Custódia no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça aprovou, em 15 de dezembro de 2015, a Resolução nº 213, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

A Resolução nº 213¹³⁴ estabelece em seu art. 1º:

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240 São Paulo. Relator: LUIZ FUX. Brasília, DF, 20 de novembro de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 31 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 17 dez. 2018

¹³⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF, 08 de janeiro de 2016. DJe/CNJ nº 1. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos->

Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

§ 1º A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a apresentação pessoal determinada no caput.

As duas principais finalidades dessa providência de natureza processual penal ainda são, a exemplo do que se alinhavava desde a CEDH em 1950: I – prevenir e reprimir a prática de maus tratos ou tortura e II – permitir ao juiz melhores condições para avaliar a necessidade da prisão cautelar.

Outro importante objetivo da audiência de custódia – naqueles casos em que a ordem prisional não decorre da situação de flagrância (quando a pessoa é surpreendida praticando o crime ou logo após) mas de decreto preventivo ou de sentença condenatória –, é o de servir para sanar eventual dúvida sobre a identidade da pessoa conduzida assegurando que a ordem seja efetivamente cumprida contra o verdadeiro destinatário, também para verificar se já não se encontra, eventualmente, extinta a punibilidade pelo fato que originou a ordem prisional.

Do artigo 1º supracitado é possível notar que a apresentação da pessoa presa deve ser – pessoal – ao juiz. Embora não se possa ignorar as dificuldades que a condução pessoal implique para os agentes do sistema penal, principalmente num Estado de dimensões continentais como o Brasil, não há modo alternativo (como a teleaudiência, por exemplo) de efetivar o direito em apreço senão mediante a apresentação pessoal do preso ao juiz. Esse contato direto é, sem dúvida, imprescindível para avaliar fielmente as condições em que o preso é apresentado, físicas e mentais, sem olvidar a humanização da relação jurídico-processual.

Aliás, a apresentação pessoal, como já se referiu em linhas atrás, é uma posição consolidada pelo Conselho Interamericano de Direitos Humanos, pois “somente assim poderão ser valoradas *‘todas las explicaciones que éste le*

proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad”, também concluindo Mauro Andrade e Pablo Alflen que a audiência de custódia é ‘uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal’¹³⁵, noutras palavras: a concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

E os referidos autores ainda acrescentam:

O que diz a CIDH é que a decisão sobre os focos de atenção (ou seja, os objetivos) da audiência de custódia deverá se dar a partir do material oral (princípio da oralidade) apresentando pessoalmente ao juiz (princípio da imediação), pois se pretende que o magistrado tenha todas as condições de ser o melhor julgador possível em relação aos temas a serem discutidos naquele momento (princípio da identidade física do juiz). Do contrário, o que teremos será incidência do princípio da escritura sobre a decisão judicial, em franco declínio no direito processual penal desde o século passado¹³⁶.

Quanto ao prazo para a apresentação, interessante notar que diversamente do que constou da decisão do STF na MCADPC nº 347, que ditou a apresentação ao juiz deve-se dar em 24 horas contadas da prisão, o CNJ – notando a dificuldade que aquele prazo inicial implicaria diante da realidade do sistema penal em geral – elasteceu-o para 24 horas contadas da comunicação da prisão em flagrante ao juiz.

E esse prazo reduzido para apresentação do preso ao juiz é imprescindível sob pena de frustrar os próprios fins do ato. A postergação poderia implicar na manutenção da segregação de uma pessoa presa ilicitamente por tempo demasiado; ou então, os sinais físicos de maus tratos infligidos ao custodiado poderiam desaparecer.

As normas internacionais de direitos humanos que deram origem à audiência de custódia no Brasil não estabeleceram, como se viu, um prazo específico para apresentação da pessoa presa ao juiz, pois se restringem a firmar o parâmetro “sem demora”. E, assim, cada Estado em particular interpretou a regra daí decorrendo prazos diversos como limite para apresentação do preso.

¹³⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia** Comentários à Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. p. 64

¹³⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia** Comentários à Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. p. 66

Da obra de Mauro Andrade e Pablo Alflen extraem-se exemplos como a Constituição da Guatemala (artigo 6º) cujo prazo não será superior a 6 horas, no Chile em que o CPP (artigos 131 a 132) prevê o prazo de 24h. As Constituições do Haiti (artigo 26), Nicarágua (artigo 33.2), México (artigo 16), a África do Sul (artigo 35.1) e Portugal (artigo 28.1) estabelecem o prazo máximo de 48 horas, mesmo lapso presente no CPP do Equador (artigo 173). Com prazo maior, a Constituição da Espanha fixa um prazo de 72 horas para essa apresentação, mesmo prazo fixado pelo CPP da Suécia¹³⁷.

Ainda neste tema do prazo para apresentação do preso, André Luiz Nicolitt e Veneranda Nicolitt Roza também traçaram pesquisa comparativa com outros países:

“Chamada de *first appearance* no direito estadunidense (...) não costuma demorar mais que 72 horas.

Reino Unido: Em regra o prazo é de 24 horas, excepcionalmente podendo ser prorrogado uma ou duas vezes por 36 horas, alcançando, no máximo 96 horas (4 dias) (...)

França: Em regra o prazo é de 24 horas, podendo ser estendido para 48 horas a pedido da Promotoria. Em circunstâncias especiais, a detenção pode alcançar 72 horas, e de 96 a 120 horas (5 dias) para casos com suspeita de terrorismo como preceitua o *Code de procédure pénale* (art. 706 e seguintes).

Espanha: O prazo máximo é de 72 horas, prazo estipulado pela própria Constituição.

Itália: está prevista a *udienza di convalida*; na hipótese de prisão em flagrante, a polícia coloca o preso à disposição do Ministério Público, em até 24 horas. Este, por sua vez, caso entenda que a prisão em flagrante é devida, pede ao juiz a sua convalidação. Tal pedido deve ser feito no prazo de 48 horas a partir do momento da efetiva privação de liberdade da pessoa. Segue-se o dever do juiz realizar a audiência de convalidação em até 48 horas.

Portugal: O prazo máximo é de 48 horas tanto no CPP português (art. 254) como na Constituição.

Alemanha: O prazo máximo é de 47 horas e 59 minutos.

Suécia: O prazo máximo é de 48 horas.

¹³⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia:** Comentários à Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. p. 70/71

África do Sul: O prazo é de 48 horas, salvo se o seu término se der em dia em que não houver expediente forense, quando se prorroga até o próximo dia útil.

Argentina: Segundo o novo código de processo penal (Ley 27063/2014) a detenção pode durar 72 horas até a audiência, na qual poderá ser prorrogada a detenção por mais 72 horas sem que se ofereça a acusação¹³⁸.

Tornando à realidade nacional, o prazo de 24 horas fixado na Resolução nº 213/2015¹³⁹ do CNJ e que tem como origem o tempo fixado para a autoridade policial comunicar a prisão de qualquer pessoa ao juiz, previsto no Código de Processo Penal¹⁴⁰, afigura-se razoável para a maior parte do território brasileiro, mas, sem dúvida, não será possível cumpri-lo em pontos mais remotos, como por exemplo na região norte e centro-oeste, em que os deslocamentos entre municípios costumam levar por vezes dias, em muitas casos apenas de barco, como no Pará e Amazonas.

É importante esclarecer que o prazo de 24 horas, segundo a Resolução, é contado da comunicação da prisão, a qual deve ser informada ao juiz em até 24 horas. Disso decorre que, a rigor, a audiência de custódia poderá se realizar, na prática, em até 48 horas do momento da prisão, ou pouco mais se considerarmos ainda o tempo entre o instante da detenção até a chegada à autoridade policial; mas isso, de qualquer modo, em situações de exceção.

O parágrafo 4º do artigo 1º da supracitada Resolução nº 213¹⁴¹, ainda

¹³⁸ NICOLITT, André Luiz. ROZA, Veneranda Nicolitt. **Audiências de Custódia**: entre a cultura punitivista e o encarceramento em massa análise crítica e dogmática. Audiência de Custódia. Organizadores: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires Santoro. GONÇALVES, Carlos Eduardo. 2017. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. p. 90.

¹³⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF, 08 de janeiro de 2016. DJe/CNJ nº 1. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 04 dez. 2018

¹⁴⁰ Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 13 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, de 13 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 04 dez. 2018).

¹⁴¹ Art. 1º. (...) §4º. Estando a pessoa presa acometida de grave enfermidade, ou havendo circunstância comprovadamente excepcional que a impossibilite de ser apresentada ao juiz no prazo do caput,

dispõe que em caso de a pessoa presa estar acometida de enfermidade ou havendo alguma causa que a impeça de ser prontamente apresentada ao juiz, como é comum nos casos de presos hospitalizados, a audiência far-se-á tão logo restabelecida a condição de saúde. Excepcionalmente, se não houver outra forma, deverá o juiz deslocar-se ao local em que a pessoa presa se encontra para realização do ato.

Quanto à autoridade a quem deve ser apresentada, ainda que as normas internacionais (PDCP e CIDH) indiquem a possibilidade de que a pessoa presa seja apresentada a outra autoridade com funções equivalentes a do juiz, no direito penal brasileiro inexistente essa figura. Portanto, incumbe exclusivamente ao juiz decidir sobre a regularidade do ato prisional e a necessidade de manter a prisão ou restituir à liberdade ao indivíduo preso. Pela ausência de imparcialidade, não se antevê a viabilidade de se atribuir essa responsabilidade a membros do Ministério Público ou à autoridade policial.

Ressalva-se, a toda evidência, que em relação às condições de integridade física e psicológica da pessoa presa, tanto a autoridade policial quanto os membros do Ministério Público têm autonomia funcional para, mesmo antes da instalação da audiência de custódia, adotar as medidas necessárias para identificação dos ofensores ou instaurar prontamente o procedimento de investigação. Muito diferente, no entanto, é o exercício da jurisdição para – imparcialmente – avaliar a regularidade da prisão, em sequência, a necessidade de sua manutenção, preventiva.

Em atenção ao princípio constitucional do juiz natural o juiz competente para a audiência de custódia, segundo a Resolução nº 213 do CNJ¹⁴², deve ser

deverá ser assegurada a realização da audiência no local em que ela se encontre e, nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, deverá ser providenciada a condução para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação.

¹⁴² Art. 1º (...) § 2º. Entende-se por autoridade judicial competente aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal local que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF, 08 de janeiro de 2016. DJe/CNJ nº 1. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 04 dez. 2018).

aquele com competência estabelecida nas regras ordinárias do Código de Processo Penal (arts. 69 a 91) e normas internas de organização e divisão judiciárias, sem se admitir, por razões óbvias, a criação de juízos de exceção para esse fim.

Outra importante característica da audiência de custódia recém implantada no direito brasileiro, a partir da regulamentação pela Resolução nº 213 do CNJ, é de que, além do juiz, a pessoa presa tem direito a que o ato se realize na presença do representante do Ministério Público e de um defensor, público ou privado¹⁴³. Desta feita, antes da apresentação ao juiz, a pessoa presa poderá entrevistar-se, reservadamente, com seu advogado ou, se não possuir, com o defensor público, a fim de saber previamente sobre os fins do ato judicial e orientada a prestar as informações que sejam de relevo à defesa dos seus interesses, inclusive o direito de permanecer em silêncio¹⁴⁴.

A presença do Ministério Público é igualmente indispensável a fim de acionar imediatamente a investigação em torno de eventual prejuízo à integridade pessoal do preso, como também requerer as medidas processuais adequadas inerentes à prisão ou à liberdade.

A prática cotidiana ainda tem mostrado que a partir da presença tanto do titular da ação penal como do defensor, é possível, à vista dos elementos de informação recolhidos no procedimento (auto) de prisão em flagrante, ordenar diligências que, ignoradas ou não produzidas pela autoridade policial, vem no interesse da pessoa presa e que, a seguir o procedimento comum, poderiam se perder à vista do decurso de tempo; como por exemplo: a requisição de imagens

¹⁴³ Art. 4º 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. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF, 08 de janeiro de 2016. DJe/CNJ nº 1. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 04 dez. 2018).

¹⁴⁴ Art. 6º Antes da apresentação da pessoa presa ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio e reservado por advogado por ela constituído ou defensor público, sem a presença de agentes policiais, sendo esclarecidos por funcionário credenciado os motivos, fundamentos e ritos que versam a audiência de custódia. Parágrafo único. Será reservado local apropriado visando a garantia da confidencialidade do atendimento prévio com advogado ou defensor público. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF, 08 de janeiro de 2016. DJe/CNJ nº 1. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 04 dez. 2018).

captadas por sistemas de monitoramento eletrônico, a busca de objetos, a realização de exames, dentre outros, insiste-se, ainda que não relacionadas propriamente aos direitos jusfundamentais em questão.

No tocante à audiência propriamente dita, a dinâmica segue a forma delineada pelo CNJ¹⁴⁵ no art. 8º da Resolução na qual, dentre outras providências de cunho protetivo, o juiz entrevistará a pessoa presa para o fim de “indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão” (inciso V) e “perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis”. Com a apresentação ao juiz, a pessoa presa ainda será informada acerca da finalidade da audiência justamente a fim de exercer e resguardar na plenitude os seus direitos e interesses, inclusive o de permanecer em silêncio.

O preso poderá prestar esclarecimentos sobre a sua pessoa e as circunstâncias pela qual se deu a prisão bem como denunciar eventuais maus tratos ou reclamações acerca do tratamento dispensado antes, durante e depois da prisão, por qualquer pessoa. A norma proíbe questionamentos relativos ao mérito do fato que resultou na prisão a fim de evitar que durante o ato judicial cujo fim é de potencializar direitos do preso, até por conta da situação de custodiado em que se encontra (inferiorizado), seja utilizado como instrumento para perseguição estatal.

Na sequência, depois de ouvir o Ministério Público e a Defesa, caberá ao juiz decidir sobre a validade da prisão e a necessidade de sua manutenção, substituição por medidas cautelares alternativas ou restituição da liberdade à pessoa presa, assim efetivando a tutela jurisdicional – à luz dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da presunção de inocência, sobretudo.

¹⁴⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF, 08 de janeiro de 2016. DJe/CNJ nº 1. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 04 dez. 2018.

2.3 A tutela jurisdicional efetiva na audiência de custódia

O processo penal moderno, democrático, constitucional deve estar pautado pelo equilíbrio da necessidade de o Estado cumprir a prerrogativa de punir aqueles que infringem a lei penal (controle social) mas concomitantemente fazê-lo de modo a resguardar as garantias individuais desse cidadão. E a audiência de custódia introduzida de modo excepcional no cotidiano jurisdicional brasileiro firma-se como palco da efetivação dos direitos fundamentais, sendo fins primários da audiência de custódia:

- prevenir maus tratos por ocasião da prisão em flagrante,
- verificar a legalidade do ato prisional e, em seguida, permitir a pronta restituição da liberdade, ressalvados os casos de manutenção da prisão cautelar;

Quanto ao primeiro aspecto, a Constituição Federal¹⁴⁶ dispõe que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX), o que vale desde o instante da detenção; ainda “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial” (art. 5º, inciso LXIV). Mais, “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (Art. 5º, LXII) e “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (art. 5º, LXIII).

O direito à integridade pessoal envolve um valor intuitivamente elementar à dignidade humana que, junto com o direito à vida e à liberdade, talvez possam ser considerados os mais sensíveis ao homem. Por isso, na audiência de custódia, a apresentação do preso sem demora propicia ao juiz verificar pessoalmente as condições físicas e psicológicas do custodiado, além de ouvir-lhe sobre a forma pela qual a prisão foi efetuada. A célere apresentação permite, se necessário, a pronta deflagração do procedimento para persecução do responsável por eventual

¹⁴⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

agressão contra a integridade da pessoa presa. Por consequência, a apresentação inibe ações atentatórias à respectiva dignidade.

A audiência de custódia, neste ponto, ainda que não implique na extirpação dos excessos contra a pessoa presa (infelizmente sempre existirão), visa a promover a redução substancial desses abusos na medida que durante a persecução penal – observadas as sucessivas “fases” referidas no item 1 deste capítulo: policial, judicial e penitenciária – haverá, desde logo, a intervenção judiciária cuja missão é de assegurar, concomitantemente à adequada aplicação da lei penal, o fiel atendimento às diretrizes constitucionais de direitos fundamentais.

Nesse sentido, Alexandre Moraes da Rosa e Fernanda E. Nöthen Becker pontuam:

Abusos, ilegalidades, torturas ou maus-tratos que até então eram (deveriam ser) verificados apenas após o decurso de longos dias, meses (em alguns casos até anos) até quando da audiência de instrução e julgamento – e se nela pudessem ser verificados. Assim como a prisão em flagrante exige o calor da evidência do delito ainda, da mesma forma a audiência de custódia se fundamenta nessa premissa pois o confronto imediato do juiz com o conduzido e testemunhas pode representar aproximação mais fiel dos fatos, do suposto autor do delito e de suas circunstâncias e risco à garantia da instrução¹⁴⁷.

Sobre esse papel garantidor, Carlos Eduardo Gonçalves e Carlos Alberto Lube Junior enaltecem avanços com a audiência de custódia:

Entretanto, a implantação da audiência de custódia tem como uma das suas finalidades, sem qualquer dúvida, reduzir a tortura policial num dos momentos mais cruciais para a integridade física do cidadão recluso, que corresponde às primeiras horas após a prisão, quando o detido fica absolutamente fora de custódia diante de eventual violência e abusos policiais.

Assim, constitui um dos fundamentos da audiência de custódia, busca ajustar o modelo policial no Brasil aos ditames de um policiamento democrático, de acordo com a Constituição Federal, procurando apagar o antigo modelo policial herdado da Ditadura Militar, opressora e violenta, para uma Polícia que busca assegurar a

¹⁴⁷ ROSA, Alexandre Moraes da. BECKER, Fernanda E. Nöthen Becker. **O desafio de implementar a audiência de custódia: a decisão como ela é**. Audiência de Custódia. Organizadores: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires Santoro. GONÇALVES, Carlos Eduardo. 2017. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. p. 11.

boa convivência pacífica em sociedade, prendendo quem cometer crimes, nos limites da legalidade¹⁴⁸.

Noutro ponto, as más condições do cárcere ou a insuficiente prestação dos suprimentos elementares para subsistência do custodiado deverão ser objeto de denúncia na audiência de custódia, o que, diga-se, é regra no sistema carcerário nacional, conforme se apontou em linhas atrás.

Em relação ao segundo aspecto, a audiência de custódia envolve a verificação da legalidade do ato prisional e da sua manutenção: o atendimento ao *due process of law* que implica diretamente no supracitado fenômeno do encarceramento em massa.

A Constituição Federal¹⁴⁹ determina que “ninguém será privado da liberdade (...) sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV), e que, ressalvadas as infrações militares, “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (art. 5º, LXI) bem como “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (art. 5º, LXV), não se olvidando ainda o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade (art. 5º, LVII) e que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI).

É do juiz, portanto, conforme incumbência constitucional, a competência para não apenas decretar prisões, mas sobretudo avaliar a higidez, formal e material, da prisão da pessoa surpreendida na situação flagrancial. Noutras palavras, atribuiu-se ao juiz a autoridade constitucional de ser o garantidor das liberdades individuais daqueles presos por infração à norma penal.

O Código de Processo Penal estabelece as hipóteses em que a pessoa pode ser considerada em situação de flagrante delito¹⁵⁰, assim quem for preso

¹⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Eduardo. LUBE JUNIOR, Carlos Alberto. **Audiências de custódia como forma de combate e prevenção à tortura**. Audiência de Custódia. Organizadores: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires Santoro. GONÇALVES, Carlos Eduardo. 2017. Belo Horizonte: Editora D'Placido. p. 144.

¹⁴⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

¹⁵⁰ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de

praticando crime ou pouco depois de praticá-lo será conduzida à presença da autoridade policial, que na sequência procederá à inquirição do condutor, das testemunhas e do “acusado” lavrando o respectivo “auto” (CPP, art. 304)¹⁵¹. O procedimento policial, seguindo a legislação processual penal interna ainda demanda providências como a imediata comunicação do fato “ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (CPP, art. 306, *caput*)¹⁵², a remessa do referido auto de prisão em flagrante ao juiz, no prazo de até 24 horas (CCP, art. 306, § 1º)¹⁵³ bem como o fornecimento ao preso, no mesmo prazo, da nota de culpa, que conterá o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas (CPP, art. 306, § 2º)¹⁵⁴.

Uma importante efetivação constitucional que se pode notar com a audiência de custódia diz respeito à comunicação da prisão à família do preso ou a pessoa por ele indicada. No mais das vezes, as deficiências estruturais das repartições policiais aliada em muitos casos à má vontade em cumprir a vontade do legislador constituinte, tornam a audiência de custódia de primordial relevância naquilo que envolve o direito à comunicação da prisão. Melhor estruturado, o Poder Judiciário pode suprir, complementar e até qualificar essa comunicação, notadamente a partir da orientação à pessoa presa, que não raro declina desse direito.

Com a introdução da audiência de custódia no direito brasileiro, antecipou-se para a própria audiência de custódia o exame da regularidade do ato

cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 13 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, de 13 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 04 dez. 2018).

¹⁵¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 13 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, de 13 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

¹⁵² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 13 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, de 13 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

¹⁵³ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 13 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, de 13 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

¹⁵⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 13 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, de 13 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 04 dez. 2018..

prisional (devido processo legal), mais especificamente a verificação da presença de uma das hipóteses de prisão em flagrante bem como se cumpridas as referidas formalidades do auto de prisão em flagrante (inquérito policial).

Mesmo que essa antecipação houvera sido substancialmente reduzida com a introdução da Lei nº 12.403¹⁵⁵, de 04 de maio de 2011, pois até então, uma vez homologada a prisão pela autoridade judiciária, mantinha-se-a por força da própria situação flagrancial. A referida norma modificou o Código de Processo Penal¹⁵⁶, que passando a manutenção da prisão a depender expressa e fundamentadamente da presença dos requisitos da prisão cautelar.

A partir da alteração legislativa a prisão em flagrante – mesmo quando submetida com êxito à verificação da regularidade formal – não mais autoriza, por si só, a manutenção da prisão cautelar, incumbindo ao juiz examinar prontamente a necessidade de manutenção da prisão, agora, sob a perspectiva dos requisitos da prisão preventiva (outra espécie de prisão cautelar ou provisória), ou seja, a prisão em flagrante até a conversão judicial passou a equivaler a mera detenção precautelar.

E, diga-se, perdeu-se à época a oportunidade de o legislador introduzir pela via legislativa ordinária a audiência de custódia no ordenamento jurídico nacional, com o que corrobora Fauzi Hassan Choukr aduzindo que a Lei nº 12.430/2011 “ficou aquém do quanto seria ideal no que tange ao disposto na CADH”¹⁵⁷. De qualquer modo, agora, com a Resolução nº 213/2015 do CNJ¹⁵⁸, a decisão sobre a conversão da prisão ou concessão da liberdade provisória é feita, também, na própria audiência de custódia, logo depois de se ouvir o conduzido.

¹⁵⁵ BRASIL. Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

¹⁵⁶ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 13 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, de 13 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

¹⁵⁷ CHOURKR, Fauzi Hassan. **Medidas Cautelares e Prisão Processual Comentários à Lei nº 12.403/2011**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 37.

¹⁵⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF, 08 de janeiro de 2016. DJe/CNJ nº 1. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 04 dez. 2018.

E a presença pessoal da pessoa presa à audiência de custódia, como se viu, é de fundamental importância porque humaniza o processo penal e o “impacto humano proporcionado pela imediatidade da apresentação poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos, e as decisões poderão partir de outras premissas”¹⁵⁹, o que, pela enorme experiência cotidiana, podemos confirmar, com segurança.

Acrescenta-se o registro da experiência pessoal no sentido de que, nos casos em que se faz necessária a manutenção da prisão cautelar, o comunicação direta juiz-custodiado acerca dos motivos determinantes da persistência da prisão, inclusive com os esclarecimentos informais que se fizerem necessários, é postura que humaniza não apenas a relação jurídico-processual, mas dignifica o custodiado e até mesmo a própria autoridade judiciária diante da árdua, mas necessária, tarefa de decretar a prisão de um semelhante.

Seguindo com o que diz respeito ao *due processo of law*, não é raro notar, principalmente para aqueles que atuam perante a jurisdição criminal, a existência de prisões em flagrante mal executadas, decorrentes de situações de fato complexas e obscuras em que não foi possível apresentar adequadamente a materialidade ou a autoria delitiva (muito por falta de recursos materiais ou humanos) mas que no “calor dos fatos”, e razões diversas, implicou na lavratura do auto de prisão. Nestes casos, é na audiência de custódia, com a celeridade que a Resolução nº 213 do CNJ¹⁶⁰ impõe, que as incorreções e excessos policiais poderão ser corrigidos, devendo o juiz assumir seu papel constitucional de garantidor das liberdades individuais e, se for o caso, adotar postura contramajoritária assegurando o primado da presunção de inocência.

Com clareza, Luciano Santos Lopes e Henrique Abi-Ackel Torres aduzem que a presunção de inocência “é o princípio basilar que sustenta o Processo Penal em um Estado Democrático (...) fruto do desenvolvimento iluminista e liberal

¹⁵⁹ ROSA, Alexandre Moraes da. BECKER, Fernanda E. Nöthen Becker. **O desafio de implementar a audiência de custódia: a decisão como ela é.** p. 16/17

¹⁶⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF, 08 de janeiro de 2016. DJe/CNJ nº 1. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 04 dez. 2018.

(FERRAJOLI)¹⁶¹, e que a restrição da liberdade sem um objetivo concreto, fundamentado e proporcional voltado à efetividade do processo é indevida antecipação de culpa e da respectiva resposta estatal, a malferir o processo legal¹⁶².

E, segundo os dados listados no item 2.1, é possível dizer que o princípio da presunção de inocência – não obstante o aumento da incidência penal –, vem sendo reiteradamente desconsiderado, contribuindo, como já se disse, ao agravamento da superpopulação carcerária, que é a mãe de tantas outras mazelas do sistema prisional. É necessário, reitera-se, ao Poder Judiciário, ao juiz, resgatar o discurso constitucional e fazer valer assim como o devido processo legal, notadamente a presunção de inocência. E, de fato, neste particular residem as mais contundentes críticas às autoridades judiciárias que militam neste campo do direito.

Em resumo: os direitos fundamentais listados neste tópico não são, a toda evidência, inovações trazidas com a audiência de custódia, estão na Constituição Federal de 1988 e, parte delas nas Cartas anteriores, todavia, a introdução da audiência de custódia no curso do sistema penal realçou a fundamentalidade desses direitos e – junto ao estado de coisas inconstitucional a que está submetido o sistema penitenciário nacional – fez resgatar e impulsionar o papel de garantidor do juiz, que deve, agora, decidir na presença do custodiado. Essa concentração das garantias constitucionais num ato público que, além da presença do juiz, conta com a do promotor de justiça e do defensor, confere efetividade à jurisdição e, por consequência, assegura o primado da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro.

¹⁶¹ LOPES, Luciano Santos e TORRES, Henrique Abi-Ackel. **A audiência de custódia no processo penal brasileiro: uma análise principiológica**. Audiência de Custódia. Organizadores: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires Santoro. GONÇALVES, Carlos Eduardo. 2017. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. p. 404

¹⁶² LOPES, Luciano Santos e TORRES, Henrique Abi-Ackel. **A audiência de custódia no processo penal brasileiro: uma análise principiológica**. p. 405

CAPÍTULO 3

UMA REFLEXÃO À LUZ DA TEORIA DA INTERCONSTITUCIONALIDADE

3.1 O Direito da União Europeia

A União Europeia também é resultado de um processo de integração desencadeado após as tragédias da 2ª Grande Guerra. A princípio, estabeleceu-se por intermédio da cooperação econômica capitaneada por França e Alemanha (Comunidade Europeia do Carvão e do Aço - CECA), mas ao longo das décadas firmou-se na esteira de avanços mais significativos a que aderiram a quase totalidade das nações da Europa, permeando o ideal de Churchill de criarem um “agrupamento europeu capaz de conferir um sentido de patriotismo alargado e cidadania comum aos povos”¹⁶³.

Relembra-se que no período do pós-guerra os Estados europeus estavam combalidos e não podiam, individualmente, suportar o confronto – em matéria política, econômica ou militar – com os Estados Unidos ou com a extinta União Soviética¹⁶⁴ e, no início (CECA), segundo o Paulo de Pitta e Cunha:

Tratava-se do lançamento de uma experiência de integração ‘vertical’ ou ‘funcional’, que se destinava a actuar como catalisadora de um processo marcado por sucessivas integrações parcelares de sectores limitados, configurando-se como ponto de partida para constituição de uma federação europeia, considerada indispensável à preservação da paz¹⁶⁵.

Sobre essa perspectiva visionária integracionista e de perseguição da paz, Jean Monnet, citado na obra de Antonio Correa Junior, dizia:

¹⁶³ CHURCHILL, Winston. **Discurso na Universidade de Zurique**: 19 set. 1946. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/sem-categoria/14297-discurso-de-winston-churchill-na-universidade-de-zurique-19-de-setembro-de-1946>. Acesso em: 18 dez. 2018.

¹⁶⁴ CUNHA, Paulo de Pitta e. **Integração Europeia**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 130.

¹⁶⁵ CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu**: Instituições e Políticas da União. Coimbra: Almedina, 2006. p.17.

O sucesso da CECA não se restringia aos aspectos materiais. Também ‘significava que as fronteiras estavam definitivamente condenadas, que a soberania podia ser delegada e que as instituições comuns funcionavam bem’ e, principalmente, criava as condições necessárias para os europeus aprenderem, ‘pouco a pouco, a faculdade de viver em conjunto e associar suas forças criativas’¹⁶⁶.

Este foi o embrião da União Europeia e, a propósito dessa fase inicial em que se perseguia o restabelecimento da ordem econômica, política e jurídica naquele continente devastado pela guerra, Alessandra Silveira ressalta que os idealizadores desde logo preparavam os caminhos para paulatina reaproximação dos povos europeus em busca da paz. “Os Pais Fundadores¹⁶⁷ acreditavam que o mercado comum seria um instrumento de transformação não só econômico mas também psicológico”¹⁶⁸, na medida que naquela época os europeus, além de haverem perdido a capacidade para viver harmonicamente não dispunham de instituições capazes de retirá-los do quadro de incertezas e insegurança em que se habituaram a sobreviver. Assim, para eles o “método adequado era criar progressivamente entre os europeus o mais vasto interesse comum, gerado por instituições democráticas comuns, nas quais se delega a soberania necessária”¹⁶⁹.

No mesmo sentido, Joana Stelzer pontua:

(...) os Estados, individualmente, dificilmente conseguiriam progredir sozinhos. Os desafios eram de variadas ordens e as perspectivas futuras exigiam um novo modelo de organização política. Afinal, acima de tudo, para alçar as conquistas econômicas, era preciso “imagina a paz”, segundo uma nova forma de organização econômico-comercial. O regionalismo contemporâneo compõe uma das faces de um fenômeno mais amplo emergente sociedade transnacional. A doutrina da integração econômica norteia a sustentação teórica dessa complexa movimentação dos Estados na

¹⁶⁶ CORRÊA JUNIOR, Antonio. **Comunidades Europeias e seu Ordenamento Jurídico** Uma aplicação da Teoria de Norberto Bobbio. Curitiba: Juruá Editora, 2009. p. 45-46

¹⁶⁷ Os *Pais Fundadores* foram os líderes políticos visionários que inspiraram a criação da União Europeia: Jean Monnet, Robert Schumann, Konrad Adenauer, Winston Churchill, dentre outros...

¹⁶⁸ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia**. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2011. p. 22.

¹⁶⁹ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia**. 2ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2011. p. 22.

tentativa de minimizar perdas de poder. Era preciso relativizar a soberania através da supranacionalidade¹⁷⁰.

Com este espírito – e a relativização do poder soberano dos Estados-Membros – deu-se a bem-sucedida integração político-econômica europeia e com os anos implicou no alargamento do seu campo de ingerência; e cada vez mais desde então a União Europeia (antes as Comunidades) passou a ocupar novos domínios políticos, públicos e privados, dantes sujeitos às normas internas dos Estados-membros:

A bem da verdade, nenhum intelectual ou político foi capaz de conceber os rumos da integração da Europa. Ela apenas aconteceu. O processo de integração da sociedade internacional europeia foi consequência das condições políticas, econômicas e sociais que ela própria produziu com a Segunda Guerra Mundial¹⁷¹.

Esse progresso pautado pela delegação de extratos da soberania foi concomitantemente acompanhado do surgimento de uma ordem jurídica própria, fundamentada não em proveitos individuais a cada Estado-Membro, senão na boa convivência entre todos em busca da *paz duradoura* – o valor fundamental – para a comunidade europeia.

Daí sobreveio o início da mudança do paradigma político-jurídico-normativo que se desenvolveu massivamente depois da Segunda Grande Guerra por conta da evolução dos tratados e aprofundamento das relações entre os Estados europeus. Antonio Corrêa Junior aduz que o modelo existente pautado nas tradições do direito internacional não podia mais ser concebido como um simples repositório de legitimidade de regras, na medida que “não tiveram êxito de impedir a sua própria destruição”. Ele devia impor-se à vontade dos Estados em determinadas situações. Devia pesar sobre a Europa¹⁷².

Prosseguindo, com base em Hedley Bull:

¹⁷⁰ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In CRUZ, Paulo Márcio et al (org). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2011. p. 46.

¹⁷¹ CORRÊA JUNIOR, Antonio. **Comunidades Europeias e seu Ordenamento Jurídico**: Uma aplicação da Teoria de Norberto Bobbio. Curitiba: Juruá Editora, 2009. p. 36.

¹⁷² CORRÊA JUNIOR, Antonio. **Comunidades Europeias e seu Ordenamento Jurídico**. p. 18.

Como resultado delas, o direito internacional não mais admitiria a exclusividade do Estado como sujeito de direito, dividindo-se o papel principal entre indivíduos, grupos e organizações não-estatais. Ele não serviria mais, exclusivamente, a assuntos políticos e estratégicos, devendo também regular temas econômicos, sociais e ambientais. Valorizaria mais os princípios gerais de direito, a jurisprudência e a doutrina como fonte de direito, ao lado dos tratados e do costume internacional. Finalmente, admitiria, abertamente, que suas decisões devem levar em consideração valores morais, sociais e políticos, em detrimento de valores exclusivamente jurídicos¹⁷³.

Do excerto se intui, portanto, que os quadrantes jurídicos e doutrinários usados no âmbito do Direito Internacional Público não eram capazes de explicar o novo fenótipo jurídico e político que se desenhava com a emergência da União Europeia, na medida que, desde cedo – com o acórdão *Os Verdes*¹⁷⁴, de 1986 – o Tribunal de Justiça reconheceu os Tratados constitutivos como a “carta constitucional de base” da União. Neste cerne, verifica-se a emergência de um novo direito – primeiramente designado como comunitário e, desde Lisboa, como europeu ou da União Europeia e, bem assim, se desenharam relações entre os Estados-Membros e a União Europeia que apenas se conseguem explicar à luz do princípio de uma União de Direito. Ainda, diga-se de passagem em relação ao referido acórdão *Os Verdes*, a preocupação do TJUE quanto à efetivação da tutela jurisdicional destes “novos direitos” (DUE) reconhecendo às pessoas singulares e coletivas a respectiva concretização mesmo contra atos de alcance geral, a ser deflagrada mediante a suscitação de questões prejudiciais¹⁷⁵ perante os órgãos

¹⁷³ CORRÊA JUNIOR, Antonio. **Comunidades Europeias e seu Ordenamento Jurídico**. p. 19.

¹⁷⁴ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Acórdão C-294/83: Partido Ecologista Les Verts vs Parlamento Europeu**, de 23 de abril de 1986. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=92818&pageIndex=0&doclang=PT&mo>. Acesso em: 19 Jan. 2019.

¹⁷⁵ Art. 267. O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível. (UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Funcionamento da União Europeia**. Lisboa. Portugal. Jornal Oficial da União Europeia nº C326, de 26 de outubro de 2012. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497->

jurisdicionais nacionais.

Neste sentido, o DUE é criado e desenvolvido a partir da conversação entre múltiplos atores e segmentos sociais, e Alessandra Silveira explica que “a criação e efetividade do direito da União Europeia dependem de um processo de negociação contínuo – um típico “direito em ação”¹⁷⁶, em que a iniciativa legislativa se dá por intermédio da Comissão Europeia que está apoiada em comités diversos integrados por representantes dos Estados-Membros e especialistas das áreas específicas de interesse “que se ocupam de discutir proposições, recolher informações, e gerar um consenso inicial”¹⁷⁷. Na sequência, envolve-se o Parlamento Europeu onde as propostas são debatidas e depois de aprovadas submetidas ao Conselho de Ministros, que deve aquiescer ou então buscar-se alternativa consensual com o Parlamento, criando “um sistema de pesos e contrapesos voltado ao controlo recíproco”¹⁷⁸.

Como se vê, o DUE não se confunde com as diferentes ordens jurídicas internas dos Estados-Membros que compõem a UE. O DUE está consubstanciado nos Tratados em vigência (alguns históricos, outros bem recentes e tantos já suplantados), também na Carta dos Direitos Fundamentais (fontes primárias, diretas e prevalentes) e nos Regulamentos, Directivas e Decisões (fontes derivadas); concebido, em regra, a partir das perspectivas de relações e compromissos (internacionais) e interesses (inter, intra e supragovernamentais) em (e para) o citado plano de integração supranacional.

É importante acrescentar que ao desenvolvimento do DUE foi fundamental o labor jurisprudencial do Tribunal de Justiça na medida em que foi

01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 25 jan. 2019).

¹⁷⁶ SILVEIRA, Alessandra. Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial. In BORGES, Alexandre Walmott *et al.* **Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade**: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global. 1ª ed. v.1. Uberlândia: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado, 2015. p. 55.

¹⁷⁷ SILVEIRA, Alessandra. Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial. In BORGES, Alexandre Walmott *et al.* **Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade**: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global. 1ª ed. v.1. Uberlândia: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado, 2015. p. 56.

¹⁷⁸ SILVEIRA, Alessandra. Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial. In BORGES, Alexandre Walmott *et al.* **Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade**: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global. 1ª ed. v.1. Uberlândia: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado, 2015. p. 55-56.

capaz de densificar todo esse arcabouço normativo de que é composta a ordem jurídica europeia, da qual os seus acórdãos também fazem parte como fonte imediata de direito, a exemplo da referência anterior (acórdão Os Verdes).

Como destaca Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu:

Os tratados constitutivos criaram um tribunal de competência especial – o Tribunal de Justiça da União Europeia – na medida que se encontra dotado das competências que os tribunais nacionais não poderiam exercer com precisão. Ora, entre essas funções encontram-se as que dizem respeito à garantia de uma interpretação conforme e a aplicação homogênea do direito da União Europeia pelos Estados-Membros e demais instituições europeias¹⁷⁹.

Assim, o Tribunal de Justiça é uma das “instituições” da União Europeia a quem os tratados constitutivos incumbiram de garantir “o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados” (arts. 13, nº 1, e 19)¹⁸⁰. A sua atuação “coincide”, nada mais nada menos, do que ‘com o erguer de uma constituição para a Europa’¹⁸¹, tornando diretamente (suas decisões) em fonte do próprio direito europeu, a partir da colmatação de lacunas jurídico-normativas com abordagem de temas que, por sua acidez, complexibilidade ou mesmo ineditismo não chegaram a ser objeto de efetivo enfrentamento nas citadas instâncias ordinárias de criação do Direito.

Seguindo quanto ao papel diferenciado das atribuições do Tribunal de Justiça e o resultado da sua produção jurisdicional para conformação do Direito da União Europeia, Fausto de Quadros lembra que a Corte se afasta da função que a jurisprudência assume nos Estados da família jurídica românica para se aproximar do papel que ela ocupa nos sistemas jurídicos anglo-saxônicos, onde assistimos, com normalidade, a criação do Direito por via pretoriana.

A posição de destaque do Tribunal de Justiça da União Europeia decorre

¹⁷⁹ ABREU, Joana Rita de Souza Covelo de. **Tribunais nacionais e tutela jurisdicional efetiva: da cooperação à integração judiciária no Contencioso da União Europeia**. p. 59-60. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/38880>. Acesso em: 19 Jan. 2019.

¹⁸⁰ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia** (versão consolidada). Lisboa. Portugal. Jornal Oficial da União Europeia nº C202/13, de 07 de junho de 2016. Disponível em https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf. Acesso em 25 jan. 2019.

¹⁸¹ QUADROS, Fausto. **Introdução ao Direito Constitucional Europeu**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 26.

não apenas da sua condição de autoridade judiciária competente para se pronunciar sobre a validade e a interpretação do DUE, mas, sobretudo, da sua responsabilidade de contribuir para a assimilação e harmonização – à luz de tantas ordens jurídicas e níveis de juridicidade – do Direito da União Europeia, visando atingir/garantir os fins maiores para que os Tratados europeus foram concebidos. Noutras palavras, o Tribunal de Justiça quando decide não fala apenas do direito que cabe às partes envolvidas no contencioso, fala para todos, em todos os níveis e, neste aspecto, como aduz Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu: “o tribunal consegue acautelar ambas as finalidades, promovendo o balanço entre a proteção dos direitos individuais e a manutenção da coerência do sistema jurídico único da União como um todo”¹⁸².

Ainda a respeito dessas atribuições “transcendentais” do Tribunal de Justiça no complexo “arranjo constitucional” europeu, Alessandra Silveira destaca que o “TJUE está empenhado no sentido da densificação do princípio da lealdade europeia – tendo decantado, ao longo de cinquenta anos de integração, as obrigações que decorrem desse princípio”¹⁸³(...). Quem assegura, portanto, a preferência aplicativa da norma europeia sobre a norma nacional é a administração pública e o juiz nacional. Daqui decorre que, “além de não aplicarem o direito nacional incompatível com o europeu, as autoridades nacionais devem suprimir (ou pelo menos reparar) as consequências de um acto nacional contrário ao Direito da União”, assim, controlando e sancionando o respectivo desrespeito¹⁸⁴.

Enfim, a União Europeia não é um Estado mas cria direito como se fosse, vinculando obrigatoriamente além dos Estados, os seus cidadãos¹⁸⁵, na medida que essa complexa estrutura jurídica supranacional faz sentir seus efeitos nos mesmos espaços políticos e territoriais dos Estados que dele fazem parte; de modo que a partir da vinculação consentida desses respectivos Estados-Membros criou-se um

¹⁸² ABREU, Joana Rita de Souza Covelo de. **Tribunais nacionais e tutela jurisdicional efetiva: da cooperação à integração judiciária no Contencioso da União Europeia**. p. 43. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/38880>. Acesso em: 19 Jan. 2019.

¹⁸³ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia**. p. 134.

¹⁸⁴ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia**. p. 134.

¹⁸⁵ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia**. p. 28.

sistema de direito próprio: um direito constitucional europeu¹⁸⁶.

3.2 A Teoria da Interconstitucionalidade

Imbricada neste quadro em que devem conviver ordens jurídicas de hierarquia equivalentes, porém, de fontes diversas, surge a Teoria da Interconstitucionalidade como norte jurídico-operacional para explicar e regular essas complexas relações da União Europeia com os Estados-Membros e seus cidadãos.

A teoria busca, então, organizar o arranjo político-jurídico que rege o inovador modelo governamental europeu, segundo Alessandra Silveira, ocupa-se da convivência de normas constitucionais distintas atuando, em rede, no mesmo espaço político¹⁸⁷. Gomes Canotilho, que aprofundou os estudos sobre essa teoria, sintetiza-a como “uma forma específica da interorganização política e social”¹⁸⁸.

O argumento central dessa teoria, idealizada por Francisco Lucas Pires, está no “reconhecimento de uma cultura constitucional comum”¹⁸⁹ (o destaque não consta do original) entre os Estados-Membros e seus cidadãos, necessária à harmonização dos direitos internos (Estados-Membros) com aquele dos Tratados e demais normas da União Europeia.

Para Lucas Pires, o próprio Tratado constituinte da União Europeia (TUE) ao remeter “para as ‘tradições constitucionais comuns’ como fonte de direito constitucional comunitário no domínio dos direitos fundamentais”¹⁹⁰ permitiu delinear a teoria da interconstitucionalidade, em que “demanda-se uma adequada correlação

¹⁸⁶ STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica**. In CRUZ, Paulo Márcio et al (org). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2011. p. 47.

¹⁸⁷ SILVEIRA, Alessandra. **Comunidade política europeia e razão pública**: da crise do euro à crise do véu, o mundo de ontem. In PINTO, Hélio Pinheiro et al. **Constituição, direitos fundamentais e política**: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017. p. 277.

¹⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 14ª reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 1.425

¹⁸⁹ PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao Direito Constitucional Europeu** (Seu Sentido, Problemas e Limites). Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 17

¹⁹⁰ PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao Direito Constitucional Europeu** (Seu Sentido, Problemas e Limites). Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 20

entre as várias Constituições” na perspectiva “de uma cultura ‘jurídica’ e ‘constitucional’ europeia”¹⁹¹. O Estado vizinho deixa de ser visto como um estranho antagonista da ordem jurídica interna para tomar um lugar comum no espaço de convivência, inicialmente regional (Europa).

Assim, a teoria da interconstitucionalidade ocupa-se das “relações interconstitucionais, ou seja, a concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”¹⁹². Canotilho lembra que essa dinâmica inter-relacional tem precedentes aproximados nos estados federais (como o Brasil) ou confederados (como os Estados Unidos), mas ressalta que, agora, há de novo:

(1) a existência de uma rede de constituições de estados soberanos; (2) as turbulências produzidas na organização constitucional dos estados constitucionais por outras organizações políticas (ex.: comunidades políticas supranacionais); (3) a recombinação das dimensões constitucionais clássicas através de sistemas organizativos de grandeza superior; (4) a articulação da coerência constitucional estadual com a diversidade de constituições inseridas na rede interconstitucional; (5) a criação de um esquema jurídico-político caracterizado por um grau suficiente de confiança condicionada entre as várias constituições imbricadas na rede e entre a ‘constituição’ revelada pela organização política de grandeza superior¹⁹³.

Por sua vez, Alessandra Silveira, estudiosa desse novo constitucionalismo europeu, aduz que a teoria “ocupa do fenómeno da pluralidade de fontes constitucionais (e reivindicações de autoridade constitucional) e das tentativas de as acomodar num contexto jurídico-constitucional não hierarquicamente estruturado”¹⁹⁴, cujo embate se desenvolveu justamente no bojo dos conflitos judiciais travados perante o TJUE, sem olvidar a contribuição advinda, ainda que em menor escala e relevância, das disputas no âmbito judicial dos Estados-Membros na medida que o TJUE é a última instância e, como se disse linhas atrás, é o órgão

¹⁹¹ PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao Direito Constitucional Europeu** (Seu Sentido, Problemas e Limites). Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 18-19.

¹⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina Ed., 2008, p. 266.

¹⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 1.425

¹⁹⁴ SILVEIRA, Alessandra. Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial. In BORGES, Alexandre Walmott et al. **Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade**: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global. 1ª ed. v.1. Uberlândia: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado, 2015. p. 25.

européu a “falar por último”.

E continua:

A teoria da interconstitucionalidade surge, portanto, da necessidade de enquadrar o fenómeno da interação reflexiva entre normas constitucionais de distintas fontes que convivem no mesmo espaço político – aquele da União Europeia – o que implica a atuação em rede para a solução de problemas constitucionais (sobretudo jusfundamentais) comuns. A metáfora das redes traduz a ausência de hierarquia e é utilizada para explicar que os instrumentos do direito constitucional já não conseguem captar o sentido, os limites, em fornecer compreensões juridicamente adequadas para os problemas da integração europeia, o que exige o desenvolvimento de uma teoria da interconstitucionalidade que explique o que se está a passar¹⁹⁵.

Concluindo que a interconstitucionalidade “está antes focada na legitimidade do constitucionalismo europeu e no seu modelo de organização do poder (...) na própria natureza da União Europeia enquanto comunidade jurídico-política¹⁹⁶.

E não se verifica, como a princípio poderia transparecer, que o fato de as Constituições dos Estados-Membros terem descido do “castelo” para a “rede”, como diz Canotilho, redundou em danos ao DNA das magnas cartas¹⁹⁷, nem mesmo exaure o poder soberano dos Estados. O fato de as muitas Constituições estarem interligadas em rede à ordem jurídica europeia e até outras (a teoria não se limita à EU, embora nascida em seu seio) não resulta no perdimento da sua função identificadora apenas relativiza os princípios estruturantes da estabilidade (soberania interna e externa, independência, hierarquia de normas, competência das competências), mas não dissolve na própria rede as linhas de marca das formatações constitutivas dos Estados-Membros¹⁹⁸.

Noutras palavras, Gomes Canotilho explica que mesmo atuando na rede as diversas Constituições mantêm intacto o seu valor e função de se constituírem

¹⁹⁵ SILVEIRA, Alessandra. **Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial**. p. 23.

¹⁹⁶ SILVEIRA, Alessandra. **Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial**. p. 26.

¹⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brancosos e Interconstitucionalidade**. p. 269.

¹⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brancosos e Interconstitucionalidade**. p. 269.

como base fundacional do Estado e de conservação da identidade política nacional¹⁹⁹.

Ainda com Canotilho, adverte que a teoria não teria como operar se se limitasse à “interorganizatividade” entre as diversas ordens jurídicas envolvidas na rede, pois a sua realização material pressupõe a necessidade de abrir-se, sobretudo, à ideia de uma interculturalidade constitucional entre aqueles textos. A interculturalidade a que se refere o autor, com base em Peter Häberle, envolve a compreensão de cultura em dimensões que abarcam o aspecto tradicional (cultura como mediação do que já foi), o aspecto inovador (cultura do que já foi, mas agregada à evolução social) e o aspecto pluralista (cultura como “superconceito” de várias manifestações culturais de um grupo humano)²⁰⁰.

Assim, o manejo da teoria da interconstitucionalidade pressupõe também o reconhecimento de uma interculturalidade constitucional em que, conforme o mestre português:

- (1) a cultura ‘interconstitucional, reconduzível a ideia, valores, acções de indivíduos e de grupos, entra nos processos de troca entre as várias constituições;
- (2) a interculturalidade começa por ser uma partilha comunicativa de experiências, valores e ideias não necessariamente plasmadas em vasos normativos;
- (3) a interculturalidade constitucional nos quadros da interconstitucionalidade significa a existência de “redes comunitárias” em que, on line, se observam e cruzam formas de comunitarismo conservador (com indivíduos, a sua forma de vida, a sua moral, os seus comportamentos, as suas compreensões de bem comum, as suas formas de integração com o indivíduo fortemente enraizado na comunidade) e formas de comunitarismo liberal aberto a formas de vida plurais;
- (4) a interculturalidade constitucional é dinamizadas pelos textos interorganizativos (sobretudo pelo texto da “organização interorganizativa”) no sentido de um comunitarismo igualitário e universalista marcado por pertenças simbólicas, como a pertença a comunidade de indivíduos autónomos, livres e iguais²⁰¹.

¹⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brancosos e Interconstitucionalidade**. p. 269.

²⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brancosos e Interconstitucionalidade**. p. 272.

²⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brancosos e Interconstitucionalidade**. p. 274.

Por causas dessas características democráticas em tempos de crise do Estado tradicional, a teoria da interconstitucionalidade tem auxiliado não apenas na busca da identidade do constitucionalismo europeu, mas a própria atualização do constitucionalismo em geral, cada vez mais questionado por não conseguir se conectar com a realidade e os anseios sociais nessa era pós-moderna.

A teoria da interconstitucionalidade não se restringe a orientar o equilíbrio das diversas forças normativas que interagem no âmbito do revelado pluriconstitucionalismo europeu, a se mostrar perfeitamente factível para contribuir à compreensão jurídica dos fenômenos sociais da modernidade e funcionar noutros espaços políticos. Afinal, a transformação da sociedade mundial e a crise do constitucionalismo nesta era pós-moderna não são exclusividades da União Europeia, tanto que há tempo Konrad Hesse percebeu que “vivemos do patrimônio conceitual (quanto à doutrina do Estado e da Constituição) de um mundo que não é já o nosso”²⁰²; pelo que se busca o novo sem desprezar o passado.

Usando expressão de Paulo Rangel, Alessandra Silveira corrobora aduzindo que “a galáxia conceitual da interconstitucionalidade” não ensaia respostas apenas para problemas constitucionais exclusivos da União Europeia, mas fornece arsenal teórico para lidar com a fenomenologia da pluralidade de ordenamentos que são reconhecidamente paralelos, desiguais e concorrentes²⁰³.

E prossegue:

(...) a teoria da interconstitucionalidade abre as portas à renovação da teoria da constituição, facilitando a tarefa de a redesenhar para um universo político em que o Estado deixou de ser o referente exclusivo dos materiais constitucionais. A teoria da interconstitucionalidade não convoca propriamente a superação do conceito de constituição enquanto tal, isto é, não o transcende (como porventura o prefixo trans possa sugerir), apenas o renova porque o desliga da referência exclusiva ao modo político estadual e o abre ao ‘mundo-da-vida’ pós-vestefaliano²⁰⁴.

²⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade**. p. 281-282.

²⁰³ SILVEIRA, Alessandra. **Do Dirigismo Constitucional à Interconstitucionalidade** “com cheirinho de alecrim”. In MIRANDA, Jorge org. Nos 40 anos da Constituição. Lisboa: AAFDL Editora. 2017. p. 198.

²⁰⁴ SILVEIRA, Alessandra. **Do Dirigismo Constitucional à Interconstitucionalidade** “com cheirinho de alecrim”. p. 198.

Neste sentido, a interconstitucionalidade adapta o constitucionalismo à mudança da natureza da autoridade política e do espaço político. Eis a razão do crescente interesse por esta teoria em quadrantes científicos não europeus, pois fornece um modelo de integração jurídico-constitucional²⁰⁵, que poderá vir a atender de melhor forma os anseios dos cidadãos na realização de seus direitos.

Com efeito, não só a Europa, mas o mundo mudou. Aproximou-se a partir do fenômeno da globalização e, por consequência, a evolução dos meios de comunicação, a explosão na produção de bens e serviços, a velocidade com que a sociedade mundial se aproximou implicou numa vastidão de problemas de intercomplexibilidade a exigir o contributo de uma teoria (como método de compreensão para enfrentamento das novas dinâmicas jurídicas) que seja sensível aos fenômenos sociais da pós-modernidade.

Em igual rumo, como o aprofundamento das integrações econômica, social, política e cultural como resultado do fenômeno da globalização, Larissa Araújo Coelho conclui que “vivemos assim num período em que o Estado já não corresponde à entidade soberana, que determina e aplica suas medidas fechado sob o cerco de suas fronteiras”, disso decorrendo que os “próprios textos constitucionais passam também a se integrar”²⁰⁶.

Conforme Karine de Souza Silva, os fenômenos da globalização e da intensificação das interações transnacionais acentuaram a integração dos Estados em escala regional e essas aproximações repercutiram na perda de espaços de soberania implicando na formação de novas instâncias de poder²⁰⁷.

E Gonçal Mayos destaca que em resultado à “turboglobalização” os

²⁰⁵ SOLSONA, Gonçal Mayos. *Interconstitucionalidad e interculturalidad como modelos de “fenómenos inter”*. In BORGES, Alexandre Walmott et al. **Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global**. 1ª ed. v.1. Uberlândia: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado, 2015. p. 162.

²⁰⁶ COELHO, Larissa Araújo. **A teoria da constituição na era global: para uma historicidade da essência do constitucionalismo**. Unio Conpedi e-book 2017 – vol. 1, p. 238. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/53734/1/Ebook%20UNIO%20CONPEDI%20VOL%201.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2018.

²⁰⁷ SILVA, Karine de Souza. A Consolidação da União Europeia e do Direito Comunitário no Contexto da Transnacionalidade. In CRUZ, Paulo Márcio et al. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2011. p. 97.

Estados-Nação tendem a desterritorializarem-se²⁰⁸ pois não mais detém o domínio absoluto sobre o que acontece em seus territórios, reconhecendo também o interconstitucionalismo como método de integração de normas jurídicas de fontes diversas.

Essa incapacidade de os Estados concretizarem políticas públicas tendentes à satisfação dos anseios sociais mais elementares é sinal de que persistirá o avanço do “esvaziamento da soberania de Estados nacionais, o que fará necessária uma reestruturação e ampliação das capacidades de ação política em um plano supranacional (Habermas)”²⁰⁹. E, no mesmo sentido, Karine de Souza Silva conclui que os tempos atuais vem mostrando “variados sintomas da fragilização da soberania e de movimentação dos polos de poder e de decisão, antes aglutinadas em torno da jurisdição, regulação e arbitragem do Estado, para a arena internacional ou supranacional”, daí relevando-se a substancial modificação da clássica concepção de Estado²¹⁰.

E, de fato, como diz Alessandra Silveira: “o poder político e constitucional já não se exerce da mesma forma, porque o poder não tem hoje um marco territorial (ou só o tem parcialmente)”²¹¹, prosseguindo na linha de Gomes Canotilho e Vital Moreira:

²⁰⁸ Dentre as causas dessa nova realidade social, Gonçal Mayos cita as econômicas: mercados crescentes e integrados no plano mundial, deslocamento da produção e da indústria, além da dificuldade de controle dos fluxos financeiros mundiais; também as causas geopolíticas decorrentes da desaceleração dos países de primeiro mundo em contrapartida ao surgimento de novas potências, a exemplo da China, o choque de civilizações, os processos de integração regionais e a desgaste do Estado-Nação. Acrescenta, ainda, as causas demográficas (movimentos migratórios e déficit demográfico nalguns países europeus em contrapartida ao crescimento de outros) e as causas socioculturais (novos tipos de cidadania, a politização das novas gerações de direitos, movimentos sociais formados a partir das tecnologias de informação e comunicação no âmbito mundial, etc.). (SOLSONA, Gonçal Mayos. *Interconstitucionalidad e interculturalidad como modelos de “fenómenos inter”*. In BORGES, Alexandre Walmott et al. *Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*. 1ª ed. v.1. Uberlândia: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado, 2015. p. 172).

²⁰⁹ SILVA, Karine de Souza. A Consolidação da União Europeia e do Direito Comunitário no Contexto da Transnacionalidade. In CRUZ, Paulo Márcio et al. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2011. p. 108.

²¹⁰ SILVA, Karine de Souza. A Consolidação da União Europeia e do Direito Comunitário no Contexto da Transnacionalidade. p. 109.

²¹¹ SILVEIRA, Alessandra. **Teoria da interconstitucionalidade: entre os processos de constitucionalização e democratização da UE**.

o «arquetipo do Estado nacional soberano evolui para um novo esquema de comunidade» no contexto desta nova forma de organização do poder político que é a União Europeia.¹⁷ É claro que o Estado não vai desaparecer amanhã. O Estado, este «herói local» como lhe chama Gomes Canotilho, continua a ser um agente insubstituível do compromisso constitucional europeu, desempenhando ainda um papel relevante em termos de fiscalização, estratégia, prestações sociais. Mas é cada vez mais um «Estado exíguo», como sustenta Adriano Moreira. E a maior evidência da erosão do Estado como forma ou modo de integração política encontra-se no referido processo de desterritorialização do poder.¹⁸ E com isso desapareceu aquele direito constitucional «fundado num panorama de Estados homólogos, ciosos do seu território, guardiões da sua soberania, paladinos da não ingerência nos seus assuntos internos». Foi isso que desapareceu na nossa paisagem constitucional e que obriga a «repensar a compreensão da Constituição, mais do que decretar a sua insuficiência».¹⁹ As Constituições têm hoje como referente a comunidade política – e já não o Estado, enquanto construção datada da modernidade dos séculos XVII e XVIII²¹²

Perspectivando esse novo caminho, José Joaquim Gomes Canotilho enfatiza a relevância de um novo paradigma constitucional e resume o atual cenário de crise das Constituições de conformação tradicional vislumbrando a imprescindibilidade da interconexão entre as muitas ordens jurídicas:

As Constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas ('estratégias internacionais', 'pressões concertadas') e de normas oriundas de outros 'centros' transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias ('associações internacionais', 'programas internacionais'). A globalização internacional dos problemas ('direitos humanos', 'proteção de recursos', 'ambiente') aí está a demonstrar que, se a 'Constituição jurídica do centro estadual', territorialmente delimitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela se deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculantes e preceptivos (hard law), ou mais ou menos flexíveis (soft law).

E, como de fato pode exemplificar a introdução da audiência de custódia, “o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional” ²¹³.

²¹³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 123-124.

Concluindo o professor português, aliás, em harmonia com os fundamentos da decisão proferida pelo STF em 2015:

É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito interno²¹⁴.

Por sua vez, Marcelo Neves (ainda que idealizando uma aproximada Teoria da Transconstitucionalidade) afirma a emergência da efetivação de direitos fundamentais para uma sociedade com crescente complexibilidade social (aliada à necessidade de controle externo e interno de limitação de poder) se constitui num dos problemas, dada a maior integração da sociedade mundial, que tornaram “insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território”. Cada vez mais problemas de direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução²¹⁵.

E arremata:

“O direito constitucional, nesse sentido, embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais. Além dos mais, surgem permanentemente relações diretas entre Estados para tratar de problemas constitucionais comuns. A exceção, nos dois casos, passou a ser a regra²¹⁶.

Como o mesmo norte, Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar suscitam a “emergência de novas estratégias globais de governança, regulação e intervenção, baseadas num paradigma de aproximação entre povos e culturas”, também

²¹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 123-124.

²¹⁵ NEVES, Marcelo. **(Não) solucionando problemas constitucionais**: Transconstitucionalismo além de colisões. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2018.

²¹⁶ NEVES, Marcelo. **(Não) solucionando problemas constitucionais**: Transconstitucionalismo além de colisões. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2018.

pautadas “na consciência crítica acerca da finitude dos bens ambientais e na responsabilidade global e solidária pela sua proteção, defesa e melhora contínua de toda a comunidade de vida e dos elementos que lhe dão sustentação e viabilidade”²¹⁷.

E, de fato, há aqui no Brasil – pela dimensão continental, pela relevância das relações econômicas multilaterais consolidadas no plano internacional, mas sobretudo pelas características cada vez mais heterogêneas do povo brasileiro e, não menos importante, pela necessidade de remodelação do pacto federativo (no âmbito interno) –, espaço para evolução da teoria da interconstitucionalidade como método para reflexão e, quiçá, alternativa para adequado enfrentamento de um sem número de problemas sociais e estruturais que podem vir a ser melhor resolvidos a partir dessa interoperatividade com normas jurídicas externas, vigentes ou influentes em nosso espaço político.

Neste sentido, aliás, bem posta a provocação de Alessandra Silveira quando indaga se “aos brasileiros importa refletir se mais vale uma Constituição cidadã enclausurada ou uma Constituição cidadã em rede”²¹⁸.

3.3 A jusfundamentalidade como concretização da Teoria da Interconstitucionalidade: aproximações em sede de audiência de custódia

Segundo Gomes Canotilho, “a categoria ‘fundamentalidade’ (Alexy) aponta para a especial dignidade de proteção de direitos num sentido formal e num sentido material”²¹⁹. Seguindo com o mestre português, a fundamentalidade *formal* está associada à condição do respectivo direito estar inserido na Constituição²²⁰ e a

²¹⁷ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. In CRUZ, Paulo Márcio et al (org). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2011. p. 69-70.

²¹⁸ SILVEIRA, Alessandra. Do Dirigismo Constitucional à Interconstitucionalidade “com cheirinho de alecrim”. In MIRANDA, Jorge org. **Nos 40 anos da Constituição**. Lisboa: AAFDL Editora. 2017. p. 199.

²¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 378-379

²²⁰ E envolve quatro dimensões: “(1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (...) (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos

fundamentalidade *material*, repousa na ideia do conteúdo retratar um direito “constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade”²²¹.

E, em relação à fundamentalidade material, acrescenta:

Prima facie, a fundamentalidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e fundamentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e à ideia de fundamentalidade formal como o demonstra a tradição inglesa do *Common Law Liberties*. Por outro lado, só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais; (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (Jorge Miranda). Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em cláusula aberta ou em princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais²²².

Ingo Wolfgang Sarlet, sintetizando os ensinamentos Konrad Hesse, aduz que a fundamentalidade formal diz respeito às posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – consagradas pelo legislador no catálogo dos direitos fundamentais, enquanto em sentido material envolve as normas que, apesar de se não formalizadas no catálogo, por seu conteúdo e por sua importância devam assim ser consideradas²²³.

A seu turno, Paulo Otero, citado no estudo de Raoni Macedo Bielschowsky, aduz que a fundamentalidade material deve sempre estar centrada no princípio da dignidade da pessoa humana, prevalecendo inclusive em relação à soberania popular (legislador)²²⁴, “mera” fundamentalidade formal.

E, no mesmo sentido, Luis Pedro Pereira Coutinho para quem a

constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 378).

²²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 379.

²²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 379.

²²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.

²²⁴ BIELSCHOWSKY, Raoni Monteiro. **Notas sobre a jusfundamentalidade**: ou apontamentos sobre o problema de todo direito ser considerado fundamental. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p81.pdf. Acesso em: 18 dez. 2018.

parametrização moral da fundamentalidade “centra-se na ideia de dignidade humana ou igualdade fundamental de todos na humanidade comum”²²⁵.

Posto isso, frente às dificuldades impostas pelos atuais desafios da antes identificada “desterritorialização do poder estatal”, a compreensão da categoria fundamentalidade (dos direitos que são fundamentais) não pode mais ser perspectivada num único plano político-jurídico (em regra, nacional), pois, como se referiu, *per se* não mais responde às necessidades e anseios sociais respectivos.

No âmbito do Direito da União Europeia, Alessandra Silveira anota que antes da vigência da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, enquanto o poder político da União Europeia não havia ainda firmado as regras jusfundamentais, “o TJUE foi compelido a recortar jurisprudencialmente a proteção dos direitos fundamentais na União Europeia”:

E fê-lo com base no reconhecimento dos direitos fundamentais enquanto “princípios gerais” do direito da União, por apelo às tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e à CEDH. Por conseguinte, o papel que os princípios gerais desempenham na proteção dos direitos fundamentais na União Europeia “é único e sem paralelo em qualquer Estado-Membro” (Leonard Besselink), na medida que deriva, historicamente, da originária ausência de codificação dos direitos fundamentais nos tratados constitutivos²²⁶.

Com o passar dos anos e a evolução do DUE, o bloco de fundamentalidade que serve de parâmetro para as decisões judiciais, tanto do TJUE como dos tribunais nacionais europeus, quando aplicam o direito da União, ampliou-se e, hoje, é composto por:

Normas de proveniência europeia (constantes dos tratados constitutivos e especial da CDFUE), 2) normas constitucionais nacionais (constantes das constituições dos Estados-Membros e correspondentes às ‘tradições constitucionais comuns’), e 3) normas constantes dos tratados internacionais relativos a direitos humanos

²²⁵ BIELSCHOWSKY, Raoni Monteiro. Notas sobre a jusfundamentalidade: ou apontamentos sobre o problema de todo direito ser considerado fundamental. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p81.pdf. Acesso em: 18 dez. 2018.

²²⁶ SILVEIRA, Alessandra. **Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial**. In BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto coord. Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global. 1ª ed. v.1. Uberlândia: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado, 2015. p. 63.

(especialmente a Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH)²²⁷.

Essa pluralidade de níveis fundamentais, no entanto, “ainda que o núcleo essencial da disposição normativa seja aparentemente o mesmo nos ordenamentos nacional, europeu e internacional as diferenças sistêmicas podem produzir diferentes *standards*”²²⁸, os quais, no caso europeu, resolve-se pelo “princípio do nível de proteção mais elevado dos direitos fundamentais” (CDFUE, art. 53)²²⁹.

No mesmo sentido, Belisa Nader acentua que “a ideia de pluralidade de níveis não pode ser vista como impeditiva à harmonização entre os vários sistemas de proteção dos direitos individuais”²³⁰, sendo possível pela “conversação” dessas normas jurídicas autônomas atingir a eficácia *jusfundamental* ideal.

Rafael Fonseca Ferreira e Celine Barreto Anadon ao abordarem os desafios para aproximação dessas fontes e a des(hierarquização) das ordens jurídicas naquilo que afeta os direitos humanos, com inspiração em Canotilho, aduzem:

As fronteiras entre o direito constitucional e o direito internacional devem estreitar-se apontando para uma progressiva constitucionalização do direito internacional revelando uma dialética com o conteúdo de mesma natureza advindo das organizações internacionais, pactos e convenções de direitos humanos. A recomposição da paisagem implica numa estrutura (hermenêutica) favorecedora de ‘pontes de transição’ das habituais referências

²²⁷ SILVEIRA, Alessandra. Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial. In BORGES, Alexandre Walmott et al. **Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade**: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global. 1ª ed. v.1. Uberlândia: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado, 2015. p. 63.

²²⁸ SILVEIRA, Alessandra. **Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial**. p. 64.

²²⁹ Artigo 53.º Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros. (UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**. Lisboa. Portugal Jornal Oficial da União Europeia. 7 de junho de 2016. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 25 jan. 2019.

²³⁰ NADER, Belisa Carvalho. **Os “triângulos normativo e judicial europeus”: a coerência intersistemática em matéria de direitos humanos**. Revista de Direito Internacional. 2012. Brasília: v. 9, n. 22. p. 28. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1741>. Acesso em 14 dez. 2018.

estatal e lógico-sistemática das (des) ordens às novas dimensões interpretativo-normativas do Direito (constitucional) consolidadoras de um espaço jurídico e democrático comuns em matéria de direitos humanos²³¹

E, de fato, neste momento de transformação da sociedade mundial, das influências e aproximações culturais e tecnológicas advindas com o fenômeno da globalização, “a jusfundamentalidade material dos direitos fundamentais está em constante movimento de transformação e modulação no processo cultural dialético do Estado de Direito”²³².

Exemplo disso é a forma pela qual se introduziu no Estado brasileiro o direito da pessoa presa por infração à lei penal ser conduzida, sem demora, à presença da autoridade judiciária. Esse direito, disposto em normas internacionais que o Estado se obrigou a cumprir, simplesmente não integrava o *standard* interno: nem na Constituição da República, nem na legislação infraconstitucional.

Da perspectiva de incidência de múltiplas fontes jusfundamentais, a existência de padrões distintos não deve redundar em prejuízo ao cidadão:

Diante do princípio da proteção mais elevada, por sua vez, percebemos não mais haver a pretensão de primazia pré-estabelecida de uma norma protetora dos direitos fundamentais sobre as demais. A primazia, agora, é da norma, ou da interpretação de uma norma, mas favorável à tutela daqueles, seja ela de direto nacional, internacional ou da União Europeia, uma vez que todas elas, nesse momento, interagem em benefício da proteção dos direitos fundamentais²³³.

E, justamente neste ponto, diante da introdução da audiência de custódia, um dos argumentos comumente utilizados por aqueles que não concordam com o novo direito (apresentação da pessoa presa sem demora à autoridade judiciária) é o

²³¹ FERREIRA, Rafael Fonseca; ANADON, Celine Barreto. **O diálogo hermenêutico e a pergunta adequada à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil**: caminhos para o processo de internacionalização da constituição. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, 2015, p. 182. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3655/pdf>. Acesso em: 14 dez. 2018

²³² BIELSCHOWSKY, Raoni Monteiro. **Notas sobre a jusfundamentalidade**: ou apontamentos sobre o problema de todo direito ser considerado fundamental. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p81.pdf. Acesso em: 18 dez. 2018.

²³³ NADER, Belisa Carvalho. **Os “triângulos normativo e judicial europeus”**: a coerência intersistemática em matéria de direitos humanos”. Revista de Direito Internacional. 2012. Brasília: v. 9, n. 22. p. 28. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1741>. Acesso em 14 dez. 2018.

da existência de um padrão fundamental doméstico, ainda que este nada disponha sobre a apresentação sem demora do custodiado ao juiz, apenas determina a imediata comunicação da prisão à autoridade judiciária, senão vejamos.

A Constituição da República do Brasil:

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:

(...)

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; (o destaque não consta do original).

E, do mesmo modo, o Código de Processo Penal:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

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

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas (o destaque não consta do original).

O procedimento penal nacional, portanto, ao contrário das normas internacionais (PDCP E CADH) que estabelecem a apresentação pessoal sem demora do preso, restringem o direito à mera comunicação pela autoridade policial da prisão ao juiz.

Na prática, depois de lavrado o auto de prisão em flagrante (em papel, pois, quase a totalidade das delegacias e centrais de polícia do Brasil ainda não estão dotadas de dispositivos eletrônicos e sistemas digitais para lavratura), a respectiva autuação é remetida ao Poder Judiciário para decisão de acordo com a

disponibilidade do juiz competente, em caráter prioritário.

Ainda assim, não há dificuldade para se perceber que esse standard está em nível inferior de proteção do direito fundamental em apreço, ou seja, há manifesto prejuízo do direito à tutela jurisdicional efetiva, na medida que a apresentação pessoal, além da celeridade diante da urgência típica da restrição de liberdade individual, induz uma série outras providências mais benéficas à pessoa presa, conforme exposto no Capítulo 2 (item 2.3).

Belisa Nader assevera que se mostra necessário “superar qualquer concepção limitativa dos direitos fundamentais, de forma a suprir qualquer insuficiente constitucional e, assim, garantir a tutela efetiva desses direitos” também citando Siqueira Castro para quem a abertura se mostra como “promissora aliança entre as diversas ordens jurídicas, não apenas teórica mas acima de tudo pragmática, com visíveis resultados na tutela efetiva dos direitos fundamentais” e concluindo com Maria Luisa Duarte para quem “a abertura do repertório constitucional a outros direitos de fonte internacional e a regra da interpretação de harmonia com o direito internacional constituem elementos basilares”²³⁴ para proteção mais elevada ou favorável dos direitos fundamentais.

Tornando para o caso da audiência de custódia, o bloco jusfundamental que derivou na introdução da audiência de custódia no direito interno é, similarmente à situação da União Europeia, composto por normas internacionais (PIDCP) e regionais (CADH) de direitos humanos, salientando que a Constituição brasileira (art. 5º, § 2º) autoriza, conforme visto no primeiro capítulo (item 1.3), a introdução de regras de direitos humanos contida em textos internacionais.

Neste ponto, a abertura expressamente admitida no diploma constitucional é um legítimo canal de aproximação com o propósito da interculturalidade constitucional suscitada por Gomes Canotilho como pressuposto do interconstitucionalismo.

E seguindo com Canotilho, adverte:

²³⁴ NADER, Belisa Carvalho. **Os “triângulos normativo e judicial europeus”**: a coerência intersistemática em matéria de direitos humanos”. p. 41.

O programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao texto da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição alagando o bloco da constitucionalidade a princípios não escritos, mas ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas”²³⁵.

Como se mencionou, na Constituição brasileira existem normas de proteção à pessoa presa por conflito com a lei penal igualmente fundamentadas no respeito à dignidade da pessoa e na tradição jurídico-processual brasileira, contudo, o rol constitucional não incorporou a audiência de custódia implicando num padrão inferior de proteção jusfundamental.

Embora a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF (MC) nº 347 que culminou com a introdução da audiência de custódia no direito brasileiro tenha se pautado mais pela verificação da fundamentalidade formal, na medida que o Estado brasileiro há muito aderiu aos tratados internacionais (PIDCP e CADH), restou claro nos excertos transcritos no Capítulo 2 (itens 2.1 e 2.2) que componentes de jusfundamentalidade material foram invocados, indiretamente, a partir do reconhecimento dos graves problemas a que o incumprimento de outros tantos direitos fundamentais estava a causar, daí justificando – ainda que sem referência expressa – a implantação do *nível mais elevado de proteção do direito* previsto nos diplomas internacionais.

A propósito, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240²³⁶, apresentada contra ato normativo do Tribunal de Justiça de São Paulo que disciplinava a audiência de custódia no âmbito daquele ente federado, ainda antes da Resolução nº 213 do CNJ²³⁷, o STF assentou:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO

²³⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. p. 125.

²³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240 São Paulo. Relator: LUIZ FUX. Brasília, DF, 20 de novembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 31 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 17 dez. 2018

²³⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF, 08 de janeiro de 2016. DJe/CNJ nº 1. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 04 dez. 2018.

CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.
AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.

1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”.

2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes²³⁸.

No corpo do acórdão do STF, o relator Luiz Fux reconheceu o status hierárquico superior da norma internacional (*in casu*, referiu-se apenas à CADH), de supralegalidade, inferior à Constituição mas superior a todo ordenamento infraconstitucional, aduzindo com base em Konrad Hesse e no exemplo da Constituição alemã que os tratados internacionais com conteúdo de direitos humanos, assim que internalizados, “ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação”:

As regras gerais de Direito Internacional Público tornaram-se, com isso, em virtude do Direito Constitucional, obrigatórias diretamente para o poder legislativo, executivo e judiciário. Na medida em que elas, como regras de Direito Internacional Público, fundamentam direitos e deveres para o particular, criam elas também direitos e deveres diretamente para os habitantes do território federal²³⁹.

Encerrando o ponto, conclui-se que as normas internacionais que implicaram na introdução da audiência de custódia no direito brasileiro não apenas integram o bloco jusfundamental a que se submete o Estado brasileiro na forma do

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240 São Paulo. Relator: LUIZ FUX. Brasília, DF, 20 de novembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 31 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 17 dez. 2018.

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240 São Paulo. Relator: LUIZ FUX. Brasília, DF, 20 de novembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 31 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 17 dez. 2018.

art. 5º, § 2º, da Constituição Federal como prevalece sobre as normas fundamentais nacionais porque representa um nível mais elevado de proteção às pessoas presas em conflito com a lei penal.

3.4 A Audiência de Custódia do Direito brasileiro à luz da Interconstitucionalidade: um exemplo prático

Conforme se expôs no curso deste estudo, a audiência de custódia é o ato de apresentação da pessoa presa (por conflito com a lei penal) à autoridade judiciária para duas finalidades primordiais: a verificação das condições físicas e psicológicas depois do ato prisional a fim de identificar tortura ou maus tratos por parte de agentes públicos como também terceiros; a verificação da regularidade/legalidade do ato prisional e da necessidade de manutenção da prisão processual visando a garantir o princípio de presunção de inocência e do devido processo legal, na medida que a prisão cautelar (antes do trânsito em julgado da sentença condenatória) é exceção e deve ser adotada à vista de circunstâncias excepcionais.

Essa apresentação da pessoa presa à autoridade judiciária não está inserida no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, nem mesmo na legislação infraconstitucional (ressalvadas hipóteses muito específicas), contudo, esse direito consta do elenco do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos do Humanos, normas internacionais às quais a República Federativa do Brasil deve se submeter na forma do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Ainda que, internamente, o Estado brasileiro (por seu Tribunal Constitucional) não reconheça a hierarquia constitucional dos tratados internacionais supracitados, porquanto não submetidos ao procedimento previsto no parágrafo 3º do art. 5º da Constituição Federal, possuindo *status* supralegal, nos julgamentos proferidos em face da ADPF nº 347²⁴⁰ e da ADI nº 5.240²⁴¹ a Corte Constitucional

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Medida

brasileira determinou a efetivação da audiência de custódia assentando que representa avanço no tratamento das pessoas presas. E, de fato, é certo que implica em um nível mais elevado de proteção.

O STF, por sua vez, seguindo a posição agora consolidada na Corte, firmou que as normas internacionais de proteção de direitos humanos estão em nível superior na proteção dos direitos da pessoa presa, sobretudo naquilo que implica na verificação da integridade pessoal e na efetivação da tutela jurisdicional em relação aos primados do devido processo legal e da presunção de inocência; logo, ordenou a aplicação imediata por todos os juízes e tribunais, já que o PIDCP e a CADH estavam inseridas no ordenamento interno desde 1992.

Doutro lado, a teoria da interconstitucionalidade contribui para avançar na abertura (conversação) jurídica e melhorar a compreensão dos problemas atinentes dos direitos fundamentais, sem pretender mediante a inter-relação desses diversos ordenamentos retirar ou apagar da ordem interna suas características peculiares, a identidade própria ou a cultura constitucional. Isso se percebe claramente na hipótese da audiência de custódia porquanto ainda que não prevista no âmbito de proteção interna, não implicou em dano algum ao DNA nacional, muito pelo contrário, aproximou-nos de um nível mais elevado de proteção.

No acórdão da ADPF nº 347 não há referência explícita à teoria da interconstitucionalidade, até porque, como dito, a maioria da Corte não reconhece os tratados internacionais como normas constitucionais, de modo que o diálogo não foi estabelecido entre normas de igual hierarquia no mesmo espaço político. Ademais, o fato de inexistir previsão normativa do direito em questão na Constituição e na legislação infra contribuiu para que a discussão jurídica no STF não se aprofundasse na perspectiva da interação de normas de origens diversas.

Cautelar) nº 347 Distrito Federal. Relator: MARCO AURÉLIO DE MELLO. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 04 dez. 2018.

²⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240 São Paulo. Relator: LUIZ FUX. Brasília, DF, 20 de novembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 31 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 17 dez. 2018.

Ademais, ao não erigir as normas do PIDCP e da CADH como de hierarquia constitucional, senão supralegal, o STF reserva a jurisdição de decidir sobre a constitucionalidade ou não das normas internacionais, relegando a plano inferior o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos. O conservadorismo desta posição (não é pacífica, mas por ora majoritária), *data venia*, apresenta-se, por aquilo que se expôs neste estudo, em descompasso com a evolução histórica dos mecanismos de proteção de direitos humanos nas democracias europeias, as quais vem buscando justamente no diálogo entre fontes e tribunais constitucionais diversos o melhor nível de proteção.

Todavia, a se partir duma interpretação do art. 5º, § 2º, da CFR mais próxima, a nosso juízo, do espírito constitucional fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana e alinhada aos anseios da sociedade contemporânea de uma premente tutela jurisdicional, os direitos e garantias previstos em tratados internacionais de que o Brasil é parte, como tal as normas do PIDCP e da CADH, devem ser consideradas normas constitucionais.

Firmada a premissa de que são normas de hierarquia constitucional aquelas dos tratados internacionais de que o Brasil é parte, a implantação da audiência de custódia no direito brasileiro em face de uma decisão judicial é, sim, resultado da integração de normas constitucionais de origens diversas funcionando no mesmo espaço político.

Assim, mesmo de modo menos aprimorado que no quadro de múltiplas normas do Direito da União Europeia e de seu relacionamento com os Estados-Membros, em que a Teoria da Interconstitucionalidade é explorada em todas as suas potencialidades, nem por isso a introdução da audiência de custódia no direito brasileiro pode deixar de ser vista com as características próprias do interconstitucionalismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na história da humanidade, a necessidade dos direitos humanos foi percebida quando o homem se deu conta da sua equivalência em relação a seus semelhantes, que todos são detentores de uma idêntica dignidade e de que a relação com o Estado-soberano deve estar pautada pelos interesses do indivíduo, com imposição de limites e controles para a atuação do Estado. Dessa perspectiva os direitos humanos vêm se firmando desde então, num quadro de permanente evolução, sobretudo depois dos horrores da 2ª Guerra Mundial, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem e tantos outros tratados complementares subsequentes.

Seguindo os ventos dessa ordem mundial, no Brasil, a Constituição da República de 1988 firma que o Estado tem por fundamento o primado da dignidade da pessoa humana estabelecendo, à luz das diretrizes internacionais de direitos humanos, um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. E mais, consciente de que os direitos humanos são um conceito em constante evolução, o constituinte desde logo vislumbrou a necessidade de permitir a integração ao rol de direitos fundamentais outros direitos previstos em normas internacionais de direitos humanos a que o Estado aderisse, ou seja, manteve aberto o rol dos direitos fundamentais a *standards* de maior abrangência e proteção. Tanto é assim que o Estado brasileiro, em 1992, aderiu ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, da ONU, e à Convenção Americana dos Direitos do Homem, da OEA, internalizando à ordem jurídica nacional as normas de direitos humanos neles contidas, dentre as quais a assim chamada audiência de custódia.

Não obstante foi necessário ao Estado, por intermédio do Poder Judiciário, no julgamento da ADPF nº 347/DF, deparar-se com a superpopulação carcerária e com caos do sistema prisional brasileiro para ordenar a concretização do direito à audiência de custódia em nosso processo penal, o que já devia ter sido feito desde 1992 quando o Brasil aderiu aos referidos tratados internacionais.

Quanto às hipóteses levantadas no início desse trabalho, relativamente aos reflexos da implantação da audiência de custódia no direito brasileiro, se constitui uma garantia concretizadora do direito jusfundamental à tutela jurisdicional efetiva, concluímos afirmativamente. Não apenas por estar elencada no rol dos tratados de direitos humanos internalizados à ordem jurídica nacional (fundamentalidade formal), a audiência de custódia é um direito fundamental da pessoa presa na medida que maximiza a tutela jurisdicional efetiva (fundamentalidade material): funciona como fator inibidor de maus tratos e torturas por agentes públicos durante a prisão; reduz o tempo de prolação da decisão judicial acerca da regularidade da prisão assim como da eventual necessidade de manutenção, permitindo a restituição da liberdade em menor tempo; e, mais importante, os elementos de informação colhidos na audiência de custódia com participação e concomitante manifestações do órgão do ministério público e do defensor do custodiado trazem mais subsídios de fato e de direito capazes de qualificar a referida decisão, humanizando e conferindo eficácia à jurisdição, nomeadamente naquilo que envolve os princípios *due process of law* e da presunção de inocência.

No tocante ao segundo ponto (a audiência de custódia resulta na redução do número de presos provisórios e na redução dos atentados à respectiva integridade física e mental), não se pode dizer que o atraso na implementação da audiência de custódia contribuiu, pelo menos não de modo sensível, ao fenómeno do encarceramento em massa. O recrudescimento da lei penal aliado aos recorrentes aumentos da incidência penal e o advento das organizações criminosas (cujas causas refogem ao objeto desse estudo, mas decorrem do incumprimento de tantos outros direitos fundamentais às classes sociais menos privilegiadas financeiramente), sem olvidar o excesso de prisões cautelares como instrumento (ineficaz) para refrear a criminalidade em geral, é que implicam no lastimável quadro. Porém, se a introdução da audiência de custódia for recebida pelos operadores do direito, principalmente os juízes, com mudança da mentalidade acerca da excepcionalidade da prisão cautelar e com a assunção das suas atribuições e responsabilidades constitucionais, o ato poderá, sem dúvida, tornar-se em mecanismo contributivo à diminuição dos altos índices de encarceramento (presos

provisórios). Destarte, a audiência de custódia não irá refrear, ressalvada a mudança do paradigma de encarceramento cautelar, o fenómeno do encarceramento em massa. Ademais, a audiência de custódia por implicar na apresentação pessoal do preso ao juiz surte efeito imediato e inibe a ação abusiva de agentes públicos assegurando, como regra, a integridade física e psicológica do preso, além de permitir a pronta deflagração do procedimento para apuração das responsabilidades.

Finalmente, conclui-se que a forma de introdução da audiência de custódia no direito brasileiro guarda traços da aplicação da Teoria da Interconstitucionalidade desenvolvida no âmbito do Direito da União Europeia. O direito em questão não está inserido no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, nem mesmo na legislação infraconstitucional, contudo, o direito à pronta-apresentação da pessoa presa à autoridade judicial consta dos elencos do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos do Humanos, normas internacionais às quais a República Federativa do Brasil aderiu e, assim, internalizadas à ordem jurídica, na forma do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Desta feita, o standard internacional é representativo de um nível mais elevado de proteção à pessoa em relação à atuação do Estado e deve prevalecer em relação ao padrão jusfundamental interno, sem que isso implique, absolutamente, em risco à soberania nacional ou atentado à Constituição porque, justamente, assim está previsto na ordem constitucional.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

- ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de. **Tribunais nacionais e tutela jurisdicional efetiva: da cooperação à integração judiciária no Contencioso da União Europeia**. 2014. 455 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas Especialidade em Ciências Jurídicas Públicas, Universidade do Minho, Braga, 2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/38880>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de. **LM Judgement – effective judicial protection as general principle and fundamental right**. In *The official blog of UNIO – Thinking and debating Europe*, November 3. 2018. Disponível em: <https://officialblogofunio.com/2018/11/03/lm-judgment-effective-judicial-protection-as-general-principle-and-fundamental-right/>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia** Comentários à Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018.
- ARBUET-VIGNALLI, Heber. *Las claves jurídicas de la integración: em los sistemas del Mercosur y la Unión Europea*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 335-336. In CORRÊA JUNIOR, Antonio. **Comunidades Europeias e seu Ordenamento Jurídico**: Uma aplicação da Teoria de Norberto Bobbio.
- AVILA, Flávia de. **Diretos e Direitos Humanos**: abordagem histórico-filosófica e conceitual. Curitiba: Appris, 2014.
- BARATTA, Alessandro. **La Política Criminal y el Derecho Penal de La Constitución**: Nuevas Reflexiones sobre el Modelo Integrado de Las Ciencias Penales. In NUCCI, Guilherme de Souza (org). Doutrinas Essenciais: Direito Penal vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.
- BIELSCHOWSKY, Raoni Monteiro. **Notas sobre a jusfundamentalidade**: ou apontamentos sobre o problema de todo direito ser considerado fundamental. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p81.pdf. Acesso em: 18 dez. 2018.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Direitos Humanos Fundamentais**: positivação e concretização. São Paulo. Edifício, 2006.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Ética, Cidadania e Constituição**: O Direito à Dignidade e à Condição Humana. Revista Brasileira de Direito Constitucional. n.º 8. 2006. p.

140. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/26601/etica_cidadania_constituicao_dir_eito.pdf. Acesso em: 06 dez. 2018.

BITTENCOURT, Cézar Roberto, **Tratado de Direito Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. COUTINHO, Carlos Nelson (trad). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 5ª impressão.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização – Junho de 2016**. Brasília, DF, 08 de dezembro de 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 23 set. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF, 08 de janeiro de 2016. DJe/CNJ nº 1. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 04 dez. 2018.

BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Brasília, DF. Diário Oficial da União, 06 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

BRASIL. Decreto nº 8.766, de 11 de maio de 2016, promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 11 de maio de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8766.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 12 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1991/decretolegislativo-226-12-dezembro-1991-358251-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 04 dez. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 13 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, de 13 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240

São Paulo. Relator: LUIZ FUX. Brasília, DF, 20 de novembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 31 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 17 dez. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Medida Cautelar) nº 347 Distrito Federal. Relator: MARCO AURÉLIO DE MELLO. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 14 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 04 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343 São Paulo. Relator: CEZAR PELUSO. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário Oficial da União**. Brasília, 05 de junho de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 06 dez. 2018.

CALLEGARI, André Luiz. DUTRA, Fernanda Arruda. **Direito Penal do Inimigo e Direitos Fundamentais**. Doutrinas Essenciais Direito Penal vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

CAMPOS, João de Mota Campos. Campos, João Luiz de Mota. **Contencioso Comunitário**. Lisboa: Serviço de Educação e Bolsas Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAMPOS, João Mota de. **Manual de Direito Comunitário**. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina Ed., 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 14ª reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CHOURKR, Fauzi Hassan. **Medidas Cautelares e Prisão Processual Comentários à Lei nº 12.403/2011**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CHURCHILL, Winston. **Discurso na Universidade de Zurique**: 19 set. 1946. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/sem-categoria/14297-discurso-de-winston-churchill-na-universidade-de-zurique-19-de-setembro-de-1946>. Acesso em: 18 dez. 2018.

COELHO, Larissa Araújo. **A teoria da constituição na era global**: para uma historicidade da essência do constitucionalismo. UNIO Conpedi e-book 2017 – vol. 1, p. 238. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/53734/1/Ebook%20UNIO%20CONPEDI%20VOL%201.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2018.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São

Paulo: Saraiva, 1999.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos do Homem. **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Roma. Itália. 04 de novembro de 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 04/12/2018.

CORRÊA JUNIOR, Antonio. **Comunidades Europeias e seu Ordenamento Jurídico** Aplicação da Teoria de Norberto Bobbio. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. *In* CRUZ, Paulo Márcio et al (org). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

CUNHA, Paulo de Pitta e. **Direito Europeu: Instituições e Políticas da União**. Coimbra: Almedina, 2006.

CUNHA, Paulo de Pitta e. **Integração Europeia**. Coimbra: Almedina, 2004.

FERREIRA, Rafael Fonseca; ANADON, Celine Barreto. **O diálogo hermenêutico e a pergunta adequada à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil**: caminhos para o processo de internacionalização da constituição. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, 2015, p. 182. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3655/pdf>. Acesso em: 14 dez. 2018

GARCIA, Marcos Leite. **“Novos” Direitos Fundamentais**: características básicas. Âmbito Jurídico. Rio Grande, n. 70. 2009. Disponível em: http://www.ambito-uridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6654. Acesso em: 06 dez. 2018.

GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o Conceito de Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba**. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. v. 2. 2016. p. 218. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/909/903>. Acesso em: 06/12/2018.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. LUBE JUNIOR, Carlos Alberto. **Audiências de custódia como forma de combate e prevenção à tortura**. Audiência de Custódia. Organizadores: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires Santoro. GONÇALVES, Carlos Eduardo. 2017. Belo Horizonte: Editora D’Plácido.

LOPES, Luciano Santos; TORRES, Henrique Abi-Ackel. **A audiência de custódia no processo penal brasileiro: uma análise principiológica**. Audiência de Custódia. Organizadores: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires Santoro. GONÇALVES, Carlos Eduardo. 2017. Belo Horizonte: Editora D’Plácido.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva**

da teoria dos direitos fundamentais. p. 13. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2018.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales Teoría General.** Colección Universidad Carlos III. Madrid. 1995.

NADER, Belisa Carvalho. **Os “triângulos normativo e judicial europeus”:** a coerência intersistemática em matéria de direitos humanos”. Revista de Direito Internacional. 2012. Brasília: v. 9, n. 22. p. 28. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1741>. Acesso em 14 dez. 2018.

NEVES, Marcelo. **(Não) solucionando problemas constitucionais:** Transconstitucionalismo além de colisões. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2018.

NICOLITT, André Luiz; ROZA, Veneranda Nicolitt. **Audiências de Custódia:** entre a cultura punitivista e o encarceramento em massa análise crítica e dogmática. Audiência de Custódia. Organizadores: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires Santoro. GONÇALVES, Carlos Eduardo. 2017. Belo Horizonte: Editora D’Plácido.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** San Jose. Costa Rica. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Acosta Calderón VX. Ecuador. Serie C No. 129.** San Jose. Costa Rica, 24 de junho de 2005 (*sententia*). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf. Acesso em: 04 dez.2018.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 16ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao Direito Constitucional Europeu** (Seu Sentido, Problemas e Limites). Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

QUADROS, Fausto. **Introdução ao Direito Constitucional Europeu.** Coimbra: Almedina, 1997.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público,** 12 ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

- RIDOLA, Paolo. **A Dignidade Humana e o ‘Princípio Liberdade’ na Cultura Constitucional Europeia**. Coordenação e revisão técnica Ingo Wolfgang Sarlet; tradução Carlos Luiz Strapazzon. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- ROSA, Alexandre Moraes da. BECKER, Fernanda E. Nöthen Becker. **O desafio de implementar a audiência de custódia: a decisão como ela é**. Audiência de Custódia. Organizadores: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires Santoro. GONÇALVES, Carlos Eduardo. 2017. Belo Horizonte: Editora D’Placido.
- RUSCH, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2ª ed. Coleção Pensamento Criminológico. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 40.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A reforma do judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos**: algumas notas sobre o novo § 3º do art. 5º da constituição. Revista Depoimentos, Vitória, n. 9, p. 11-31, jan.-dez. 2005.
- SILVA, JOSÉ AFONSO DA. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA, Karine de Souza. A Consolidação da União Europeia e do Direito Comunitário no Contexto da Transnacionalidade. In CRUZ, Paulo Márcio et al. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2011.
- SILVEIRA, Alessandra. **Comunidade política europeia e razão pública: da crise do euro à crise do véu, o mundo de ontem**. In PINTO, Hélio Pinheiro et al. Constituição, direitos fundamentais e política: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.
- SILVEIRA, Alessandra. **Do Dirigismo Constitucional à Interconstitucionalidade “com cheirinho de alecrim”**. In MIRANDA, Jorge org. Nos 40 anos da Constituição. Lisboa: AAFDL Editora. 2017.
- SILVEIRA, Alessandra. **Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial**. In BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto (coord). **Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade**: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global. 1ª ed. v.1. Uberlândia: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado, 2015.
- SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia**. 2ª ed. Lisboa:

Quid Juris Sociedade Editora, 2011.

SOLSONA, Gonçal Mayos. *Interconstitucionalidad e interculturalidad como modelos de “fenómenos inter”*. In BORGES, Alexandre Walmott et al. **Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade**: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global. 1ª ed. v.1. Uberlândia: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado, 2015.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In CRUZ, Paulo Márcio et al (org). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**. Lisboa. Portugal Jornal Oficial da União Europeia. 7 de junho de 2016. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 25 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Funcionamento da União Europeia**. Lisboa. Portugal. Jornal Oficial da União Europeia nº C326, de 26 de outubro de 2012. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 25 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia** (versão consolidada). Lisboa. Portugal. Jornal Oficial da União Europeia nº C202/13, de 07 de junho de 2016. Disponível em: https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf. Acesso em 25 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Acórdão C-294/83: Partido Ecologista Les Verts vs Parlamento Europeu**, de 23 de abril de 1986. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=92818&pageIndex=0&doclang=PT&mo>. Acesso em: 19 Jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Acórdão. C-216/18 PPU: LM**, de 25 de julho de 2018. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&td=ALL&num=C-216/18%20PPU>. Acesso em: 25 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Acórdão. C-64/16: Associação Sindical dos Juizes Portugueses vs Tribunal de Contas**, 27 de fevereiro de 2018, processo C-64/16. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-64/16&language=PT>. Acesso em: 25 jan. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal: parte geral**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.