



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ISMAR BARBOSA NASCIMENTO JÚNIOR

**AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E SUAS POSSÍVEIS
CONTRIBUIÇÕES PARA A FORMULAÇÃO DE UMA TEORIA DO
PROCESSO PENAL**

Salvador
2019

ISMAR BARBOSA NASCIMENTO JÚNIOR

**AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E SUAS POSSÍVEIS
CONTRIBUIÇÕES PARA A FORMULAÇÃO DE UMA TEORIA DO
PROCESSO PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Mestrado Acadêmico, da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Elmir Duclerc.

Salvador
2019

N244 Nascimento Júnior, Ismar Barbosa
As audiências de custódia e suas possíveis contribuições para a
formulação de uma teoria do processo penal / por Ismar Barbosa Nascimento
Júnior. – 2019.
122 f.

Orientador: Prof. Dr. Elmir Duclerc.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de
Direito, Salvador, 2019.

1. Audiência de custódia. 2. Processo penal. I. Duclerc, Elmir. II.
Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 347.0504

ISMAR BARBOSA NASCIMENTO JÚNIOR

**AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E SUAS POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES PARA A
FORMULAÇÃO DE UMA TEORIA DO PROCESSO PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Mestrado Acadêmico, da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em 30 de maio de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. **Elmir Duclerc Ramalho Junior**

Professor da Universidade Federal da Bahia
Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá

Examinador: Prof. Dr. **Sebastian Borges de Albuquerque Mello**

Professor da Universidade Federal da Bahia
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Examinador: Prof.^a Dr.^a **Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro**

Professora da Universidade Católica do Salvador
Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

Esta caminhada não se inicia nos últimos dois anos, período dedicado ao Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Assim, primeiramente, agradeço à ancestralidade, aos que me precederam. Dentre estes, agradeço aos meus pais e avós, responsáveis pela minha formação humana e profissional. A minhas irmãs, Maisa e Nara, nome de cantoras da MPB, para que eu não esqueça da força que tem a música e a poesia, em tempos áridos como os nossos. A Irene, por tudo.

Agradeço ao Prof. Dr. Elmir Duclerc, pela orientação e direcionamento. Elmir, a contracorrente é um caminho árduo, mas, como Raul já dizia, “ (...) é tão fácil seguir, por não ter onde ir”.

Agradeço aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, da Universidade Federal da Bahia, nas pessoas de Sebastian Albuquerque Mello e Nelson Cerqueira, grandes mestres e amigos.

Aos professores, e professoras que, gentilmente, aceitaram compor a Banca.

Aos mestres da graduação, na Universidade Católica do Salvador, Graça Belov, Ana Cláudia Gusmão e Samuel Vida. Narrativas minoritárias, imprescindíveis.

Agradeço aos colegas de caminhada no PPGD, na pessoa do amigo Renato Schindler. Ao amigo Emanuel Vinícius, grande interlocutor. Aos “Replicantes”, da Universidade Católica do Salvador, minha primeira casa; minhas primeiras dissonâncias teóricas. A Carol Costa, grande amiga do curso de Comunicação Social.

Ao Grupo Tortura Nunca Mais - Bahia. Para que não se esqueça.

Ao Escritório de Advocacia Bahia, Menezes e Cerqueira, na pessoa do amigo Bruno Cerqueira.

A Luísa, pela leveza e sorriso largo, ensolarado.

Por fim, às narrativas subterrâneas e sinceras. Da música, da literatura, dos movimentos sociais, da academia. Desejo que todas elas se encontrem.

NASCIMENTO JÚNIOR, Ismar Barbosa. **As Audiências de Custódia e suas Possíveis Contribuições para a Formulação de uma Teoria do Processo Penal.** 2019. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

RESUMO

O presente trabalho apresenta como objeto de estudo as audiências de custódia. Estas poderiam ser mais um elemento que compõe o sistema jurídico brasileiro, não fossem algumas nuances de especial importância. O instituto está previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e não no Código de Processo Penal, este outorgado durante o Estado Novo. Nesta perspectiva, as ditas audiências, calcadas em um aspecto político distinto do Código de Processo Penal, isto é, a defesa do custodiado em face do Estado, é o que inspira a pergunta de pesquisa a seguir formulada: *Qual a categoria jurídica das audiências de custódia e qual a possível contribuição do instituto para a formulação de uma teoria do processo penal?* Assim, o objetivo geral da presente dissertação é estudar as possíveis contribuições da audiência de custódia para a criação de uma Teoria Processual Penal apartada da Teoria Geral do Processo. Apresenta-se, como objetivo específico, indagar acerca da natureza jurídica das audiências de custódia, além de problematizá-las à luz de um paradigma processual autoritário *versus* um modelo democrático. Os métodos de pesquisa utilizados foram o analítico e o jurídico e, portanto, a principal ferramenta metodológica foi a pesquisa teórica, através da leitura de livros jurídicos, artigos, revistas e periódicos encontrados na doutrina nacional e internacional sobre o tema. Concluiu-se que as audiências de custódia possuem a natureza jurídica de uma ação de *habeas corpus* repressivo, retomando, inclusive, o sentido originário do secular remédio constitucional: a apresentação física do preso. Assim, uma das principais contribuições dessas audiências, para uma Teoria do Processo Penal, é retomar o caráter político da persecução criminal, longe das abstrações teóricas da Teoria Geral do Processo, uma vez que a prevenção da tortura é um dos fundamentos do instituto. Por outro lado, embora tais audiências configurem uma garantia dos indivíduos em face do Estado, as mesmas podem ser utilizadas a partir de um filtro autoritário, visando, inclusive, abreviar a instrução criminal e mitigar garantias processuais.

Palavras-chave: Audiências de Custódia. Teoria Geral do Processo. Teoria Agnóstica do Processo.

NASCIMENTO JÚNIOR, Ismar Barbosa. **As Audiências de Custódia e suas Possíveis Contribuições para a Formulação de uma Teoria do Processo Penal**. 2019. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

ABSTRACT

The present work presents as object of study the institute of custody hearings. These could be another element that compose the Brazilian legal system, were not some nuances of special importance. The Institute is provided for in the Inter-American Convention on Human Rights, and not in the Code of Criminal Procedure, granted during the Estado Novo. In this perspective, the aforementioned hearings, based on a distinct political aspect of the Code of Criminal Procedure, that is, the defense of the custodian vis-à-vis the State, is what inspires the following research question: What is the legal category of custody hearings and what is the possible contribution of the Institute to the formulation of a theory of criminal procedure? Thus, the general objective of this dissertation is to study the possible contributions of the custody audience to the creation of a criminal procedural theory separated from the General Theory of the Process. The purpose of this article is to inquire about the legal nature of custody hearings, besides problematizing them in the light of an authoritarian procedural paradigm versus a democratic model. The research methods used were analytical and legal, and therefore the main methodological tool was the theoretical research, through the reading of legal books, articles, magazines and periodicals found in national and international doctrine on the subject. It was concluded that the custody hearings have the legal nature of a repressive habeas corpus action, including the original meaning of the secular institute: the physical presentation of the prisoner. Thus, one of the main contributions of these hearings to a Theory of Criminal Procedure is to retake the political character of criminal prosecution, far from the theoretical abstractions of the General Theory of the Process, since the prevention of torture is one of the foundations of the institute. On the other hand, although such hearings constitute a guarantee of the individuals in the face of the State, they can be used from an authoritarian filter, in order to even shorten the criminal investigation and mitigate procedural guarantees.

Keywords: Custody Hearings. General Theory of the Process. Agnostic Theory of Process.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	SINAIS DA CRISE DA TEORIA GERAL DO PROCESSO.....	19
3.1	FUNÇÕES E LIMITES DE UMA TEORIA GERAL.....	19
2.1.1	O “Estado de Arte” (O Que Está em Crise?).....	24
2.2	SOBRE A NECESSIDADE DE SE DESENVOLVER UMA TEORIA DO PROCESSO PENAL: CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA AGNÓSTICA.....	30
2.2.1	Pressupostos de uma Teoria Agnóstica do Processo.....	33
2.2.2	Contribuições da Criminologia Crítica à Teoria Agnóstica do Processo Penal.....	38
2.2.3	Aberturas Decoloniais nas Audiências de Custódia.....	40
2.3	SOBRE A POSSIBILIDADE DE EXISTÊNCIA DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO: A CRÍTICA À CRÍTICA.....	44
2.4	DA FASE DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E A SUA ABORDAGEM À LUZ DE UMA TEORIA AGNÓSTICA DO PROCESSO.....	50
3	CONSIDERAÇÕES SOBRE O INQUÉRITO POLICIAL E SUA PERTINÊNCIA PARA AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA.....	53
3.1	É POSSÍVEL TRATAR SOBRE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR À LUZ DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO?.....	55
3.2	O CÓDIGO <i>ROCCO</i> E O ESTADO DE POLÍCIA. O INQUÉRITO POLICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	61
3.3	O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: APROXIMAÇÕES COM A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA? CONSIDERAÇÕES SOBRE O “JUIZ DE GARANTIAS”.....	65
3.3.1	Histórico do PLS 156.....	67
3.3.1.1	<i>A Investigação Preliminar no Novo Código de Processo Penal e Aproximações ao Instituto das Audiências de Custódia.....</i>	69
3.4	AS AUDIÊNCIAS DE <i>CONTROL DE DETENCIÓN</i> : A EXPERIÊNCIA CHILENA.....	72
3.4.1	É possível Traçar um Paralelo entre o Instituto Chileno e as Audiências de Custódia?.....	74
3.4.2	Breves Considerações sobre a Oralidade no Processo Penal: Vive-se, no Brasil, um Verdadeiro Sistema Acusatório?.....	77
4	CONSIDERAÇÕES SOBRE O <i>HABEAS CORPUS</i> E AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA.....	83
4.1	SOBRE O <i>HABEAS CORPUS</i> : BREVES	85

	ANOTAÇÕES.....					
4.1.1	Da Categoria Jurídica do <i>Habeas Corpus</i>					90
4.2	DA CATEGORIA JURÍDICA DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: PROXIMIDADE COM O <i>HABEAS CORPUS</i> ?.....					93
4.2.1	Natureza de Ação Cautelar?.....					95
4.3	ASPECTOS CONSTITUCIONAIS A RESPEITO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA.....					103
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....					109
	REFERÊNCIAS.....					114

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho surgiu a partir de inquietações geradas em um ambiente de pesquisa, mais especificamente, no “Grupo de Pesquisa Processo Penal e Democracia”, que integra o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. O referido grupo tem como linha de pesquisa “Direito Penal e Liberdades Públicas”.

Esse grupo, coordenado pelo Professor Doutor Elmir Duclerc Ramalho Júnior, é formado por estudantes de graduação e de pós-graduação, bem como por profissionais que atuam na área penal. Esse esforço na produção de conhecimento conta com o apoio do Instituto Baiano de Direito Processual Penal, cuja parceria com o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia produziu um relatório decorrente da análise qualitativa de decisões proferidas em audiências de custódia, realizadas em Salvador, Bahia, no ano de 2016.

Assim, o objeto da presente pesquisa, as audiências de custódia, foi escolhido a partir de debates, travados nos encontros do grupo citado acima.

O instituto em apreço, começou a vigorar no Brasil a partir da Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, doravante CNJ, o qual passou a disciplinar a apresentação dos presos em flagrante ao Juiz, isto num espaço de vinte e quatro horas, a partir da captura.

Deve-se destacar que tais audiências não são uma criação do sistema jurídico brasileiro, na verdade, já se encontravam previstas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 9, 3) e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que determina (art. 7, 5):

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Anteriormente à edição da Resolução n. 213/2015 pelo CNJ, o Tribunal de Justiça do Maranhão editou o Provimento n. 24/2014¹. Em seguida, o Estado de São Paulo editou o Provimento Conjunto n. 3/2015. Neste ato normativo, o TJ/SP reconheceu, em seus

¹ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc; FERNANDES, Daniel. **A Audiência de Custódia na Perspectiva de uma Teoria do Processo Penal Agnóstica**. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Orgs.). **Audiência de Custódia**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 250.

considerandos, a ratificação, pelo Brasil, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Nessa conformidade, o art. 1º do mencionado Provimento determinou que:

(...) em cumprimento ao disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia.

Contudo, a despeito das previsões acima, o instituto das audiências de custódia não foi aceito, no Brasil, de forma unânime. O Ministério Público de São Paulo impetrou um Mandado de Segurança contra a realização dessas audiências no Fórum da Barra Funda². De acordo com a Associação Paulista do Ministério Público (APMP), somente a legislação federal poderia dispor sobre Direito Processual Penal, havendo inconstitucionalidade na origem do Provimento.

Já a Associação de Delegados de Polícia do Brasil (Adepol) moveu a ADI 5240, de relatoria do Ministro Luiz Fux, questionando a constitucionalidade do ato normativo do Tribunal Paulista³.

Ao analisar a ação, o STF, por maioria, julgou-a improcedente. Dentre os fundamentos do voto do Relator, extrai-se a tese de supralegalidade, não só do Pacto de San José da Costa Rica, mas dos tratados de direitos humanos aprovados fora dos termos do art. 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988.

Percebe-se, deste modo, as controvérsias suscitadas pelo instituto, o que justifica, em grande medida, a escolha do tema em estudo. Afinal, tais controvérsias, quem sabe, já apontam para dois horizontes distintos, um democrático ou “pós-acusatório⁴” e outro

² Associação do Ministério Público Pede a Suspensão das Audiências de Custódia. **Justificando:** mentes inquietas pensam Direito, São Paulo, 26 fev. 2015.

Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/02/26/associacao-ministerio-publico-pede-suspensao-das-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

³ Nos termos do acórdão, (...) A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo. 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. ADI 5240. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Provimento Conjunto n. 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo. Audiência de custódia. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ministro Relator: Luiz Fux. Data de Julgamento: 20/08/15. Data de Publicação: DJe 29/01/16. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5240%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+5240%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o2m5vqg>>. Acesso em: 25 jun. 2018).

⁴ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal:** uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 51.

autoritário, representado, na situação descrita acima, pelos órgãos encarregados da persecução penal, quais sejam, a Polícia Civil e o Ministério Público.

Por outro lado, dada a complexidade das audiências de custódia, não se pode desconsiderar, por exemplo, o que justifica a necessidade de se apresentar, “sem demora”, o preso à Autoridade Judicial:

A Resolução n. 213 do CNJ apresenta, em um horizonte democrático, um caráter de contenção da violência do poder de punir⁵, na medida em que determina ao Juiz que indague ao custodiado sobre as circunstâncias de sua prisão, bem como sobre a eventual prática de tortura ou maus tratos (art. 8º, VI).⁶

De igual modo, a resolução citada garante o direito de entrevista pessoal e reservada do custodiado com o seu defensor, público ou constituído, garantia esta prevista na Lei n. 8096/94 e, muitas vezes, descumprida nas delegacias de polícia. Percebe-se que a Resolução n. 213 do CNJ assume um caráter de garantia do flagranteado, estendendo-lhe direitos constitucionais que não são, no mais das vezes, observados na fase inquisitorial.

Em suma, a regulamentação das audiências de custódia, no Brasil, diz respeito ao primeiro contato do custodiado com o poder geral de persecução, ou seja, no início do inquérito, logo após a prisão em flagrante. Por outro lado, não resta dúvida que, embora não haja um processo propriamente dito, com uma pretensão acusatória, defesa e sentença, existe o atuar da jurisdição, quando ocorrem as ditas audiências, cujo escopo não é produzir provas para o eventual processo penal futuro, e sim evitar o uso arbitrário de prisões cautelares e a prática da tortura.

Destarte, embora o instituto suscite questionamentos, como os relatados acima, estes não se referem à categoria jurídica do ato, se afeto ao Inquérito Policial ou ao eventual processo vindouro. A presente pesquisa, no esforço de levantar essa questão, entende, com amparo no marco teórico a seguir descrito, que as indagações acerca da natureza jurídica do objeto de estudo devem partir da necessária separação entre os fenômenos processuais penais e cíveis⁷.

⁵ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

⁶ Art. 8º. Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo: (...) VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis; (...).

⁷ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

Assim, formulou-se o seguinte problema de pesquisa: *Qual a categoria jurídica das audiências de custódia e qual a possível contribuição do instituto para a formulação de uma teoria do processo penal?*

Partindo-se do problema de pesquisa formulado, chegou-se às seguintes hipóteses:

1 – A audiência de custódia, em relação ao inquérito policial, teria a natureza jurídica de um *habeas corpus* preventivo, quando da análise dos requisitos de higidez do flagrante.

2 – A audiência de custódia teria a natureza jurídica de um *habeas corpus* repressivo/liberatório, nas hipóteses em que o Juiz determinar o arquivamento do inquérito policial.

3 – A audiência de custódia é a primeira manifestação do sistema acusatório puro no sistema jurídico brasileiro, no qual vigora o sistema misto.

4 – As audiências de custódia sinalizam para a necessidade, partindo-se de uma teoria agnóstica do processo penal, de extensão das garantias judiciais previstas na Constituição Federal e nos tratados internacionais para o inquérito policial.

5- As audiências de custódia configuram verdadeiras garantias fundamentais dos custodiados, devendo a sua não realização configurar caso de nulidade absoluta da prisão em flagrante, levando-se em conta a teoria agnóstica do processo penal.

6 – As audiências de custódia se assemelham ao procedimento prévio existente no Chile.

7 – As audiências de custódia antecipam o espírito previsto no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal, Projeto de Lei n. 156, no tocante a um modelo de inquérito policial consentâneo com os direitos previstos na Constituição Federal de 1988, em relação aos investigados.

8 – As audiências de custódia sinalizam para a urgência de delimitação do fenômeno processual penal para além de questões conceituais; deve-se levar em conta a operacionalidade real das agências executivas (polícias) do sistema penal, bem como os momentos políticos em que os institutos processuais penais e os correspondentes discursos de justificação são criados.

9 - As audiências de custódia sinalizam para a necessidade de o processo penal brasileiro, partindo de uma perspectiva agnóstica, adotar um fundamento histórico de legitimação da contenção do poder punitivo, levando-se em conta o momento anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, partindo-se de um horizonte consentâneo com a Lei Maior.

10 – Em um horizonte autoritário, as audiências de custódia podem se tornar mais um instrumento de justificação das arbitrariedades cometidas na fase inquisitorial, já que a regularidade dos flagrantes poderá ser ratificada pelo Poder Judiciário, até mesmo em casos de tortura. De igual modo, pode-se utilizar essas audiências como uma forma de “sumarizar” o processo penal, ao arrepio de garantias.

11 – Em um horizonte dominado pela Teoria Geral do Processo, o princípio da instrumentalidade das formas poderá esvaziar o sentido das audiências de custódia.

O objetivo geral da presente dissertação foi estudar as possíveis contribuições da audiência de custódia para a criação de categorias próprias, afetas a uma teoria do Processo Penal.

Apresenta-se como objetivo específico indagar acerca da natureza jurídica das audiências de custódia, levando-se em consideração as categorias ação, jurisdição e processo, bem como os demais princípios afetos ao fenômeno processual penal. Além disso, o objetivo deste trabalho também foi o de analisar as audiências de custódia à luz de um paradigma autoritário *versus* um modelo democrático.

Esta imbricação entre autoritarismo, democracia e o objeto de estudo justifica-se pelas construções formuladas pelo marco teórico deste trabalho: a “Teoria Agnóstica do Processo Penal⁸”. Para esta, a atuação do poder, e não do “direito” de punir, é uma manifestação que reclama contenção jurisdicional. De acordo com tal paradigma, ao invés da crença na racionalidade do Estado, propagada pela Teoria Geral do Processo, deve-se analisar o “poder geral de persecução⁹” a partir de lentes agnósticas. Dentre outros motivos, em face da notória falência do sistema prisional brasileiro e, por conseguinte, do discurso ressocializador. Nesse sentido, a jurisdição, ao contrário de um “poder”, seria um verdadeiro “contra poder”, a serviço das garantias individuais previstas na Constituição Federal¹⁰. Ao menos, em uma concepção democrática de Processo Penal.

Deste modo, a Teoria Agnóstica do Processo preconiza uma teoria processual que leve em consideração as especificidades do fenômeno processual penal, abandonando as noções herdadas de uma Teoria Geral do Processo, de forte cunho civilista.¹¹

⁸ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

⁹ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

¹⁰ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

¹¹ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc; FERNANDES, Daniel. **A Audiência de Custódia na Perspectiva de uma Teoria do Processo Penal Agnóstica**. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Orgs.). **Audiência de Custódia**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

Para tanto, busca enfrentar os conceitos operativos básicos de “ação, jurisdição e processo¹²”. Assim, segundo a teoria em apreço, o Estado moderno só encontra justificação racional do seu *poder* (administrativo, legiferante, jurisdicional) quando está voltado ao atendimento a *direitos*, por meio de *instrumentos* públicos, dentre estes o processo judicial.

Nesse sentido, entendem Ramalho Júnior e Fernandes que, muito além de verificar a possibilidade de liberação do flagranteado, ou a aferição da prática de tortura, as audiências de custódia suscitam um debate “(...) a respeito do próprio modelo de processo penal¹³, o que justifica a abordagem ora exposta.

É dentro deste ideário que as audiências de custódia, uma exigência de tratados internacionais, inserem-se como uma manifestação do Estado que vai na contramão da ideologia da defesa social. Enquanto esta, em um modelo calcado na segurança pública, apregoa a necessária contenção da criminalidade via persecução penal¹⁴, as audiências de custódia apresentam como fundamentos a redução do uso de prisões cautelares, bem como a aferição da ocorrência de casos de torturas infligidas, por agentes públicos, aos custodiados¹⁵.

A justificativa para a escolha do tema encontra amparo nas discussões que as audiências de custódia provocam na doutrina e na jurisprudência pátrias, referentes à sua obrigatoriedade, ou não; ao *status* hierárquico do tratado que a prevê – o Pacto de São José da Costa Rica, bem como à relativa novidade do instituto no sistema jurídico brasileiro.

A metodologia utilizada baseou-se na consulta de dados disponíveis em acervo bibliográfico, em artigos científicos e na jurisprudência sobre o tema, tratando-se de dados secundários. De igual modo, utilizou-se a pesquisa realizada pelo Instituto Baiano de Direito Processual Penal – IBADPP em convênio com o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e com a Universidade Federal da Bahia.

Buscou-se analisar, de forma crítica, as fontes acima citadas. Afinal, de acordo com Bourdieu¹⁶, “o fato é conquistado contra a ilusão do saber imediato”. Nas palavras do autor, a vigilância epistemológica se impõe, especialmente nas ciências humanas, nas quais a separação entre o senso comum e o discurso científico é impreciso.

¹² RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 102.

¹³ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc; FERNANDES, Daniel. **A Audiência de Custódia na Perspectiva de uma Teoria do Processo Penal Agnóstica**. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Orgs.). **Audiência de Custódia**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 254.

¹⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017.

¹⁵ Os considerandos da Resolução nº 213/2015 elencam, de forma expressa tais objetivos.

¹⁶ BOURDIEU, Pierre. CHAMBOREDON, Jean-Claude. PASSERON, Jean-Claude. **A profissão de Sociólogo: Preliminares Epistemológicas**. Tradução de Guilherme Teixeira. Editora Vozes, Petropolis: 2000, p. 23.

Para percorrer o caminho proposto na presente exposição, deve-se identificar, em linhas gerais, o que diferencia o senso comum do discurso científico. Segundo Bunge¹⁷, a aplicação do método científico é o que separa o senso comum de uma construção científica, esta marcada pela possibilidade de refutar as hipóteses formuladas a partir de perguntas ou de problemas de pesquisa.

Deste modo, tais perguntas devem ser submetidas à prova, ao contrário do senso comum, cujas prenoções, em regra, não são problematizadas. Nesse sentido, “(...) a familiaridade com o universo social constitui, para o sociólogo, o obstáculo epistemológico por excelência (...)”¹⁸, uma vez que o cientista social tende a reproduzir concepções já cristalizadas.

Nessa conformidade, o que o presente trabalho propõe, na esteira do referencial teórico, é, ao invés de reproduzir a ideia da possibilidade da existência de uma Teoria Geral do Processo, problematizar tal noção à luz da operacionalidade real do sistema penal, marcadamente a atuação das polícias (ostensiva e judiciária) na fase de persecução penal extrajudicial, bem como abordando-se aspectos da fase judicial.

Ao se reproduzir conceitos sedimentados, incorre-se naquilo que Bourdieu¹⁹ denomina “a ilusão da transparência”. De acordo com Paugam²⁰, a construção do objeto de pesquisa se apresenta como um fazer crítico, pois leva o pesquisador a “(...) romper com as definições naturais do objeto a ser estudado”, ou seja, as prenoções ligadas ao objeto, a fim de viabilizar uma explicação científica.

Busca-se, desta forma, desconfiar do “senso comum teórico”, vigente no Direito, apontado por Warat.²¹

Deste modo, na primeira seção, buscou-se, a partir de uma das premissas assentes no referencial teórico, problematizar se as construções oriundas da Teoria Geral do Processo

¹⁷ BUNGE, Mario. **La Investigación Científica: su estrategia y su filosofía**. Ed. correg. Barcelona: Ariel, 1985, p. 19.

¹⁸ BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. **A Profissão de Sociólogo: preliminares epistemológicas**. Tradução de Guilherme Teixeira. Petrópolis: Editora Vozes, 2000, p. 23.

¹⁹ BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. **A Profissão de Sociólogo: preliminares epistemológicas**. Tradução de Guilherme Teixeira. Petrópolis: Editora Vozes, 2000, p. 23.

²⁰ PAUGAM, Serge. **A Pesquisa Sociológica**. Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Editora Vozes, 2010, p. 45.

²¹ Segundo Warat, “(...) Metaforicamente, caracterizamos o senso comum teórico como a voz “off” do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais, podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam.” (WARAT, Luís Alberto. **Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina**, Florianópolis, n. 05, v. 03, p. 07. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121>>. Acesso em: 21 jan. 2019).

respondem, de forma satisfatória, às exigências de contenção do poder de punir, exigência esta característica da manifestação do fenômeno processual penal.

Para tanto, utilizou-se duas acepções que defendem a possibilidade de uma teoria geral do processo: a primeira, e mais tradicional, oriunda da Escola Paulista de Processo²². A segunda, defendida por Didier²³.

O ponto de convergência das duas formulações acima, conforme demonstrado na primeira seção, consiste em não considerar a “operacionalidade real do sistema penal²⁴”, que implica, muitas vezes, no uso da tortura.

Assim, considerando que as audiências de custódia apresentam, de forma expressa, um caráter de garantia dos custodiados em face do Estado, as formulações abstratas da Teorias Gerais do Processo analisadas não abarcariam o aspecto garantidor do objeto de estudo pesquisado.

Destarte, a primeira contribuição das audiências de custódia para a formulação de uma teoria do Processo Penal seria a ruptura com a ideia de uma Teoria Geral do Processo, pois a mesma é influenciada pela Teoria Geral do Direito. Esta, por sua vez, é historicamente legitimadora da atuação estatal, de modo que uma abordagem “agnóstica”, preconizada pelo marco teórico, estaria fora da “ordem do discurso²⁵” da primeira. As audiências de custódia demonstram, assim, que a jurisdição penal não visa à pacificação social²⁶, e sim à proteção dos acusados diante do poder, e não do direito, de punir.

Na segunda seção, demonstrou-se as dificuldades em se conceituar a fase de investigação preliminar à luz das Teorias Gerais do Processo analisadas. Assim, a importância de tal fase para presente exposição se justifica em razão do momento no qual as audiências de custódia são realizadas, de acordo com a Resolução nº 213/2015, isto é, 24 horas após a prisão em flagrante do custodiado, ou seja, no início do inquérito policial. Ademais, visando responder à indagação sobre a natureza jurídica das audiências de custódia, fez-se necessário problematizar o controle que elas exercem na fase inquisitorial, expressamente previsto na Resolução supra.

²² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

²³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

²⁵ FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de setembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 24. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

²⁶ De acordo com a Escola Paulista de Processo, a pacificação seria o objetivo maior da Jurisdição. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

Ainda na segunda seção, buscou-se aproximar o objeto de estudo dos seguintes institutos processuais penais: o primeiro, o chamado Juiz de Garantias, este previsto no PLS 156, o Projeto do Novo Código de Processo Penal, em trâmite no Congresso. O segundo, as *Audiências de Control de Detencion*, vigentes no Chile. Deste modo, concluiu-se que as audiências de custódia devem ser analisadas com base em categorias próprias do processo penal.

Na terceira seção, visando responder ao problema de pesquisa formulado, aproximou-se as audiências de custódia do instituto do *habeas corpus*, considerando a necessidade de apresentação física do custodiado, no que toca ao objeto de estudo, bem como no fato de o sentido originário do *habeas corpus* ser, justamente, apresentação do preso.

A pesquisa ora empreendida concluiu, com base no falseamento das hipóteses formuladas, que as audiências de custódia possuem a natureza jurídica de um *habeas corpus* repressivo, haja vista o caráter de apresentação física do custodiado. De igual modo, considerando que, nessa audiência, podem ser detectadas ilegalidades como o uso da tortura ou a não configuração de uma das hipóteses da prisão em flagrante, as audiências de custódia afirmam a necessidade do Poder Judiciário agir como um garante dos direitos fundamentais, um verdadeiro “dique de contenção²⁷” como preconiza o marco teórico desta exposição.

Registre-se que esse controle é realizado durante a fase inquisitorial, isto é, pré-processual, oportunidade em que, muitas vezes, o investigado não conta com a defesa técnica, realizada por advogado ou defensor público. Daí a relevância do inquérito policial para esta dissertação.

Destarte, conclui-se que a Teoria Geral do Processo, ao desconsiderar aspectos fenomênicos como a tortura, a fase de investigação preliminar e a formalidade necessária à proteção das garantias dos imputados – flexibilizada a partir da teoria da “instrumentalidade das formas”, aproxima o processo penal brasileiro de um horizonte autoritário, relativizando, inclusive, a necessidade de apresentação do preso à autoridade judicial, após a prisão em flagrante.

Nesse passo, a contribuição das audiências de custódia para uma formulação de uma teoria própria do Processo Penal perpassa pela superação das formulações originárias da Teoria Geral do Processo, a exemplo do ideário da pacificação social via jurisdição, ou da fixação de categorias lógico jurídicas aplicáveis em qualquer espécie de processo.

²⁷ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 24

A Resolução nº 213/2015 do CNJ, ao instituir tais audiências, sinaliza para o caráter de contenção afeto ao Poder Judiciário, este uma das premissas da Teoria Agnóstica do Processo.

A título de conclusão, percebeu-se que o objeto de estudo se aproxima das audiências de *control de detencion* do Chile, bem como do instituto do Juiz de Garantias, previsto no Projeto do Novo Código de Processo Penal Brasileiro. Contudo, o predomínio da oralidade é a principal distinção entre o modelo chileno e o brasileiro, este ainda marcadamente escrito, o que aponta para um traço inquisitório. Em relação ao Juiz de Garantias, o mesmo é responsável pela análise das cláusulas de reserva jurisdicional, sendo mais abrangente que o tema estudado, restrito às prisões em flagrante, embora aquele possa determinar que o preso lhe seja apresentado.

De todo modo, os institutos acima apontam para um horizonte mais democrático, principalmente em relação ao inquérito policial ora vigente no Brasil, conforme demonstrado no estudo que se segue.

2 SINAIS DA CRISE DA TEORIA GERAL DO PROCESSO

2.1 FUNÇÕES E LIMITES DE UMA TEORIA GERAL

Na presente seção foram discutidas duas acepções sobre o que seria e qual o alcance de uma Teoria Geral do Processo. A primeira acepção, oriunda da Escola Paulista de Processo, com sede na Universidade de São Paulo – USP, cujos expoentes são, dentre outros, a professora Ada Pellegrini Grinover. A segunda, refere-se à tese de livre-docência do professor Fredie Didier, defendida naquela instituição de ensino superior.

Sem perder de vista o objeto de estudo deste trabalho, intentou-se problematizar as concepções acima, que espelham uma teoria geral, com as particularidades atinentes às audiências de custódia. Antes de todo o mais, cabem algumas considerações, ainda que breves, sobre o sentido da palavra “teoria”.

A presente discussão, de caráter teórico, justifica-se na medida em que o debate a respeito das audiências de custódia vai além de aspectos como a redução do encarceramento

em massa e a eventual prevenção da tortura, trata-se de repensar o próprio modelo de processo penal e de política criminal, segundo Ramalho Júnior e Fernandes.²⁸

Nesse sentido, problematizar a Teoria Geral do Processo é de importância central para as formulações a seguir expostas.

Por “teoria” entende-se “(...) uma condição hipotética ideal, na qual tenham pleno cumprimento normas e regras, que na realidade são observadas imperfeita ou parcialmente”.²⁹ Interessa, para o presente trabalho, a exposição segundo a qual “(...) uma teoria científica não é um acréscimo interpretativo ao corpo da ciência³⁰”, condicionando, assim, a observação dos fenômenos, bem como o manejo dos instrumentos de observação.

Seguem outros significados possíveis ao vocábulo “teoria”. “Conjunto organizado de princípios, regras e leis científicas que visam descrever e explicar um certo conjunto de fatos.”³¹ “Conhecimento geral, não específico; generalidade.”³² A partir da segunda acepção, passa-se ao adjetivo “geral”, cujo sentido pode ser “vago, indeterminado, genérico.”³³ Partindo-se da análise ora proposta, pode-se inferir que qualquer teoria geral, dado o seu caráter abrangente, pode apresentar dificuldades em descrever objetos, ou fenômenos, específicos.³⁴

Dito isto, passa-se a conceituar o que seria uma Teoria Geral do Processo. Por questões metodológicas, foram abordadas, na presente seção, as duas acepções já citadas, a da Escola Paulista de Processo, cujos expoentes foram, dentre outros, a professora Ada Pellegrini Grinover e, mais recentemente, a tese de livre-docência do professor Fredie Didier.

Justifica-se tal escolha por dois motivos, a uma, pelo fato de a obra “Teoria Geral do Processo”³⁵ ter influenciado toda uma geração de juristas; a duas, pelo livro de Didier³⁶

²⁸ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc; FERNANDES, Daniel. **A Audiência de Custódia na Perspectiva de uma Teoria do Processo Penal Agnóstica**. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Orgs.). **Audiência de Custódia**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 254.

²⁹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 952.

³⁰ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 952.

³¹ LAROUSSE, Librairie. **Dicionário da Língua Portuguesa Larousse Cultural**. São Paulo: Editora Universo, 1992, p. 1081.

³² Dicionário Online de Português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/teoria/>>. Acesso em: 09 jun. 18.

³³ LAROUSSE, Librairie. **Dicionário da Língua Portuguesa Larousse Cultural**. São Paulo: Editora Universo, 1992, p. 553.

³⁴ De acordo com Popper, a falseabilidade dos enunciados é condição para a realização da ciência (POPPER, K. R. **A Lógica da Pesquisa Científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Ocatny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 1972, p. 42.)

³⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

³⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

apresentar uma abordagem inovadora sobre o tema, conforme será brevemente delineado a seguir.

De acordo com Didier³⁷, a Teoria Geral do Processo seria “(...) um excerto da Teoria Geral do Direito”, tratando-se de uma disciplina filosófica e, portanto, epistemológica”. Ao caracterizar o Direito como objeto de conhecimento, Ferraz Júnior³⁸, chama atenção para o plano simbólico, em que “Direito” pode denotar “retidão e equilíbrio”. A ideia, ou ideal de equilíbrio, almejado a partir da resolução de conflitos sociais, é notada na Teoria Geral do Direito e, por conseguinte, na Teoria Geral do Processo.

De acordo com Ferraz Júnior³⁹, os sistemas normativos, a partir da era moderna, passaram a ser construídos visando a paz social e a harmonização de interesses.⁴⁰ Cintra, Dinamarco e Grinover⁴¹, na obra “Teoria Geral do Processo”, afirmam que o direito exerce uma função ordenadora na sociedade, “(...) de modo a organizar a cooperação entre as pessoas e compor os conflitos que se verificam entre os seus membros”.

Assim, segundo Cintra, Dinamarco e Grinover⁴² “(...) a pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual.”

Essa seria uma abordagem sociológica de uma Teoria Geral do Processo, entendendo a categoria “processo” como um meio para atingir a paz social, após a resolução de conflitos.

Sobre a obra “Teoria Geral do Processo”, é de se destacar que a mesma espelha o pensamento de uma escola jurídica, especificamente, a chamada Escola Paulista de Processo⁴³, originada na Faculdade de Direito do Largo do São Francisco (Universidade de São Paulo). Assim, o livro citado, que influenciou toda uma geração de juristas, parte do

³⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 189.

³⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2013, p. 29.

³⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2013, p. 44.

⁴⁰ Segundo Kelsen, a Justiça teria o fim de resolver “conflitos de interesses ou de valores.” (KELSEN, Hans. **O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no Espelho da Ciência**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 02). Tal concepção é reproduzida pela abordagem sociológica de uma Teoria Geral do Processo, na obra homônima referenciada neste trabalho.

⁴¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 27.

⁴² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 32.

⁴³ “(...) A Escola Paulista é montada sobre os auspícios dos conceitos trazidos pelo processualista italiano Enrico Tullio Liebman” (ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira; JOBIM, Marco Félix. **As Escolas de Direito Processual e o Ensino Do Direito**. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, 2014, p. 06.

Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/download/11939/9422>>. Acesso em: 23 mar. 2019).

princípio de que a tarefa do Direito é “harmonizar as relações subjetivas”⁴⁴, de modo que, historicamente, passou-se da autotutela à jurisdição.

Um exemplo da influência da Teoria Geral do Processo na formação do pensamento processual penal pátrio se extrai da obra de Tourinho Filho.⁴⁵ Este, ao tratar sobre noções preliminares afetas ao Processo Penal, inicia conceituando a noção de litígio. Para o autor, “(...) nessa sociedade de homens”, haveria identidade de línguas, costumes e tradições.⁴⁶

Percebe-se, no escopo pacificador da jurisdição – este enunciado pelos autores acima –, a ideia de harmonia e de racionalidade do Direito e do Poder Judiciário. Indaga-se, assim, acerca da real existência de uma crise na Teoria Geral do Processo, quando aproximada ao fenômeno processual penal.

Um indício de tal crise pode ser encontrado na obra de Gloeckner.⁴⁷ De acordo com o autor, a ausência de contextualização política, tarefa que caberia à doutrina e à jurisprudência, contribui para a longevidade de institutos processuais penais inspirados no fascismo, categorias essas que sobrevivem mesmo após a Constituição Federal de 1988.⁴⁸

Ramalho Júnior e Fernandes⁴⁹ afirmam que o esforço na construção de uma teoria própria do processo penal é o visível malferimento das garantias constitucionais em face do poder punitivo.

⁴⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 24.

⁴⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 17-18.

⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 18. Por outro lado, a Teoria Agnóstica do Processo Penal, utilizada como referencial teórico, apresenta uma outra visão, a de que a sociedade não é encarada como uma aspiração que visa ao bem comum, e a jurisdição penal não estaria ali para dirimir conflitos. Segundo o marco teórico adotado, ao invés de “pacificar conflitos”, na suposta função da pena, propagada pela Teoria Geral do Processo, o Direito Penal estaria tão legitimado quanto a guerra (RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2015, p. 20). Essa noção do Direito Penal representando uma guerra legitimada em face de um inimigo que necessita ser combatido é trabalhada por Zaffaroni na obra “*El Enemigo en Derecho Penal*”. (ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **El Enemigo en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2006). De acordo com esse autor, ao invés de um “bem comum” a ser alcançado pelo Estado, haveria uma eterna tensão entre o Estado de Direito, cujo marco são as garantias iluministas afetas ao processo penal, e o Estado de Polícia. Em contraponto à noção de “identidade de línguas e tradições” referenciadas por Tourinho Filho, o filósofo argentino Enrique Dussel chama a atenção para o caráter essencialmente opressor do processo de colonização na América Latina (DUSSEL, Enrique. **Filosofia da Libertação na América Latina**. São Paulo: Edições Loyola, 1977).

⁴⁷ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 35.

⁴⁸ Segundo Gloeckner, “(...) A pequena atenção devida pela doutrina processual penal brasileira a tais problemas, que atingem diretamente o coração de nossas práticas punitivas, colocou em xeque a própria vida útil de nossa Constituição da República”. (GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 41). No que toca às audiências de custódia, a necessidade de retomar o sentido político dos institutos processuais penais se fará premente, conforme será demonstrado mais adiante.

⁴⁹ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc; FERNANDES, Daniel. **A Audiência de Custódia na Perspectiva de uma Teoria do Processo Penal Agnóstica**. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Orgs.). **Audiência de Custódia**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 241.

Por outro lado, retomando a conceituação do que seria uma Teoria Geral do Processo, Didier assevera ser a mesma um excerto da Teoria Geral do Direito, de modo que a primeira traçaria conceitos lógico-jurídicos (ou jurídicos fundamentais), com aplicação em qualquer espécie de processo. Exemplos de tais conceitos seriam expressões como “decisão”, “recurso”, “sentença”, dentre outros.⁵⁰

Os conceitos jurídicos fundamentais seriam, de acordo com o autor, conceitos *a priori*, a partir dos quais se estruturam os ramos específicos de cada processo. Deste modo, a Teoria Geral do Processo não se confundiria com o conteúdo do Direito Processual, já que a primeira seria composta por conceitos, e não por normas.⁵¹

Percebe-se que, seja a Teoria Geral do Direito, seja a Teoria Geral do Processo, em uma abordagem tradicional, ambos os ramos do saber jurídico enunciam, como fim do Direito e da jurisdição, a pacificação social a partir de uma postura racional do Estado.

Nesse sentido, Kelsen⁵² afirma que o Direito é dotado de comandos “forçosamente aplicáveis”, ressaltando o elemento coercitivo do mesmo, através da previsão da sanção. Assim, o Direito busca fomentar a conduta socialmente desejada através da sanção cominada ao fazer, ou ao não fazer. Mais uma vez, ressalta-se o caráter racional e pacificador do fenômeno jurídico, numa perspectiva da doutrina tradicional.

Seria o Direito, destarte, a expressão de um ente racional, o Estado, que visa o bem comum.

Em sentido oposto ao ideal de harmonia e de racionalidade, Gloeckner⁵³ afirma que o fato de o Código de Processo Penal brasileiro ter surgido na vigência do Estado Novo já seria suficiente para a sua revogação total. Deste modo, o Código de Processo Penal, em voga desde a década de 1940, estaria compreendido num cenário de “ideias autoritárias.”⁵⁴

Deste modo, ao invés da sociedade que, regida pelo Estado, caminha para um bem comum, a Jurisdição Penal espelharia, ao invés da harmonia, o próprio conflito; no caso do

⁵⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

⁵¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 24.

⁵² KELSEN, Hans. **O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no Espelho da Ciência**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 269.

⁵³ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 35.

⁵⁴ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 36.

objeto desse estudo, as audiências de custódia, estas podem trazer à tona a face violenta do Estado⁵⁵, faceta essa que reclama, inclusive, contenção.⁵⁶

2.1.1 O “Estado de Arte” (O que Está em Crise?)

É necessário confrontar, no presente trabalho, as disposições da Teoria Geral do Direito (e do Processo) com o Direito e o Processo Penal.

Nesse sentido, as conquistas liberais do Século XVIII trouxeram consigo o princípio da legalidade penal e o princípio do devido processo legal. Assim, não haveria sentido existir um direito material de punir apartado das garantias processuais penais atinentes aos acusados em geral.

Em outras palavras, a jurisdição penal, exercida a partir de um devido processo legal, é condição sem a qual o Direito Penal sequer pode incidir sobre os acusados, ao menos considerando as conquistas de matriz iluminista.

De acordo com Aury Lopes Júnior⁵⁷, um dos defensores da autonomia do processo penal em relação ao fenômeno processual civil, falar de processo penal implica discorrer, ainda que de forma sucinta, sobre a história das penas. Tal história aparece no percurso da humanidade, de acordo com o autor, como um capítulo “horrendo e infamante.”⁵⁸

⁵⁵ Em recente decisão, um Juiz do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia reconheceu que as audiências de custódia são um instrumento na defesa dos direitos humanos, em contraponto ao arbítrio estatal. Tal concepção não encontra ressonância na Teoria Geral do Direito tradicional, tampouco na Teoria Geral do Processo. Segue um trecho da referida decisão: “(...) não se pode entender o instituto da audiência de custódia em perspectiva meramente formal, como se fosse situação apta apenas para se dizer se a pessoa tem que ficar presa ou solta. Diante do alarmante quadro brasileiro de violação à integridade física, tortura e mortes decorrentes de intervenção policial, torna-se não apenas uma faculdade, mas uma verdadeira obrigação de todos os sujeitos processuais, sobretudo o Poder Judiciário, de instaurar audiência de custódia para análise, com base na oralidade e na presença física dos autuados, avaliar se houve ou não excesso policial que possa vir a configurar indícios de prática de crime por parte do Estado em face do cidadão detido.” (BAHIA. Tribunal de Justiça. Direito Penal. Processo n. 0502196-93.2018.8.05.0112. Decisão Interlocutória. Drogas e condutas afins. Órgão Julgador: Juiz de Direito Matheus Martins Moitinho. 1ª Vara Criminal da Comarca de Itaberaba. Data de Julgamento: 06/02/19. Data de Publicação: 12/02/2019. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?dadosConsulta.localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&dadoConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=050219693.2018&foroNumeroUnificado=0112&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=050219693.2018.8.05.0112&dadosConsulta.valorConsulta=&v1Captcha=ihrze&processo.codigo=340000LPZ0000>>. Acesso em: 14 fev. 2019.).

⁵⁶ Ideia central do marco teórico deste trabalho, prevista em RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 2, p. 01.

⁵⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 2, p. 01.

Michel Foucault⁵⁹, na obra “Vigiar e Punir”, partindo de uma matriz ocidental, demonstra o caminho percorrido entre as punições exercidas durante o Antigo Regime, período em que o corpo do réu era objeto da ira do monarca⁶⁰, e a época da Ilustração, a qual preconizava uma persecução criminal pautada no império das leis – leis estas que deveriam respeitar as garantias mínimas do acusado. A sociedade não mais tolerava o “espetáculo” punitivo.

Em outras palavras, o processo penal, na forma conhecida atualmente, nas sociedades democráticas, não seria um meio de pacificação social, e sim uma forma de proteger o indivíduo desviante, ou, simplesmente, acusado da prática de um delito, da violência institucionalizada, isto é, a violência estatal.

Processo seria sinônimo de contenção, de acordo com o referencial teórico adotado.⁶¹

Assim, Direito e Processo Penal são ramos cuja existência de um pressupõe a incidência do outro, ao menos, no sistema jurídico brasileiro, pois não se pode punir sem antes submeter o acusado a um julgamento. E tal julgamento deve, necessariamente, emanar de um tribunal constituído antes da prática do delito, cuja prévia cominação legal é uma exigência do Código Penal e da Constituição Federal.⁶²

Essas garantias representam uma posição, ou *status*, do indivíduo em face do Estado⁶³, e não uma tentativa de pacificar conflitos intersubjetivos. Assim, se por um lado, a Teoria Geral do Direito e a Teoria Geral do Processo, partindo de conceitos lógico-formais, veiculam a crença na racionalidade do Estado, por outro lado, uma Teoria do Processo Penal, entendendo que a história da pena é uma história de violências, parte do princípio de que o indivíduo deve ser protegido do Estado.

Sobre a necessidade de se salvaguardar o indivíduo do próprio Estado, as audiências de custódia assumem especial relevo. A uma, por ser um instituto que encontra previsão em documentos internacionais, a exemplo do Pacto de San José da Costa Rica, que visam proteger o ser humano do seu próprio país, ou Estado Parte. A duas, os próprios considerandos da Resolução n. 213/2015 reconhecem a necessidade de prevenir a tortura praticada, na fase pré-processual, por agentes policiais.

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 12.

⁶⁰ “(...) O corpo suplicado se insere em primeiro lugar no cerimonial judiciário que deve trazer à luz a verdade do crime” (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 32).

⁶¹ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

⁶² Art. 5º. (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (...).

⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 450-451.

Assim, para uma Teoria do Processo Penal, importam muito mais as contribuições e as críticas acerca das teorias e funções (declaradas ou não) da pena, bem como as influências dos regimes políticos sobre o processo penal⁶⁴ do que conceitos gerais da Teoria Geral do Direito ou de uma Teoria Geral do Processo com pretensões totalizantes.

Deste modo, por mais que conceitos lógico-jurídicos sejam importantes, qualquer Teoria Geral que não aborde, especificamente, o caráter de contenção do fenômeno penal e do processual penal corre o sério risco de não oferecer instrumentos necessários à limitação da irracionalidade punitiva do Estado.⁶⁵ Isto porque o “saber-poder”⁶⁶ jurídico está impregnado de conceitos herdados de um racionalismo europeu, na crença de um Estado que visa ao bem comum, de modo que a atuação desconforme do Estado está fora da “ordem do discurso”⁶⁷, seja da Teoria Geral do Direito, seja da Teoria Geral do Processo.

Veja-se, por exemplo, a questão dos tratados internacionais sobre direitos humanos: a partir do pós-guerra, a revelação das atrocidades cometidas por um Estado de Direito, o Estado Nacional-Socialista, acarretou na criação de mecanismos que visavam proteger um indivíduo, nacional de um Estado, do seu próprio Estado de origem.⁶⁸ Não por acaso,

⁶⁴ De acordo com Gloeckner, o mesmo método tecnicista empreendido na Itália de Mussolini foi transportado para o Brasil (GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro.** Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 36.). Assim, segundo o autor, a metodologia técnico-jurídica foi responsável pela isenção de responsabilidade de juristas e de intelectuais italianos, durante o período fascista. Esse tecnicismo aliado a uma construção da Teoria Geral do Processo brasileira – o princípio da instrumentalidade das formas –, seriam as circunstâncias que mantêm atuais construções teóricas de matriz autoritária. Deste modo, ainda segundo Gloeckner (*op. cit.*, p. 42), “(...) A perspectiva instrumentalista, que serviu para o transplante da ideologia da segurança nacional ao processo penal democrático, serve-se de conceitos que são caros à doutrina processual brasileira: ação, processo, efetividade, instrumentalidade das formas.

⁶⁵ O grande problema de uma teoria puramente conceitual, ao menos no âmbito processual penal, é desconsiderar a violência praticada pelo próprio Estado. Basta consultar os informes da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para perceber que o Estado racional, que utiliza a força em prol da paz, é uma ficção, ao menos “às margens latino-americanas” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017). Ressalte-se que, se o Ato Institucional n. 5 restringiu o uso do *habeas corpus* em prisões decorrentes de atividades políticas, atualmente, um dos pontos das “Dez Medidas Contra a Corrupção”, encampadas pelo Ministério Público Federal, sugere a restrição do *mandamus* (BRASIL. Ministério Público Federal. **Conheça as Medidas.** Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso em: 09 dez. 2017.). Dito isto, uma ciência conceitual, imersa no mundo semântico do dever-ser, estaria descolada da “operacionalidade real do sistema penal.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017), no qual a prática da tortura, na fase de investigação, é uma preocupação presente na Resolução n. 213/2015 do CNJ, que regulamenta a prática das audiências de custódia.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

⁶⁷ FOUCALT, Michel. **A Ordem do Discurso:** aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de setembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 24. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 231.

⁶⁸ “(...) Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade (...). Este é um trecho dos considerandos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. E tais “atos bárbaros” foram cometidos com a chancela de uma ordem jurídica. (BRASIL.

conforme já dito, o instituto das audiências de custódia ingressam no sistema jurídico brasileiro a partir de um tratado internacional, a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Se, de acordo com Kelsen⁶⁹, o Direito era um ordenamento para a promoção da paz, o Direito nazista alertou o mundo para a irracionalidade de um Estado de Direito que não encontrava limites no seu atuar.

Deste modo, a partir da criação do sistema Global de Direitos Humanos em 1948, a comunidade jurídica internacional reconheceu que o Estado, este ente, em regra, apresentado como dotado de racionalidade, passou a ser visto com desconfiança, a ponto de documentos internacionais prescreverem que, em situações excepcionais, o Estado signatário do tratado não viole direitos basilares, como a vida e a integridade física.

Nesse sentido, o artigo 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que nenhuma disposição do aludido tratado pode ser interpretada, por algum Estado, no sentido de destruir direitos previstos na dita Declaração. Já o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos consigna que, em casos de exceção, os Estados-partes podem restringir direitos previstos no dito pacto, desde que não impliquem em discriminação. A Convenção Interamericana possui um dispositivo semelhante, ou seja, o pós-guerra legou para a comunidade internacional a ideia de que o Estado pode não ser um ente racional, organizado para as necessidades comuns.

Ao contrário, o Estado pode apresentar uma faceta que precisa ser contida pelo próprio Direito. E este é um dos cerne da Teoria Agnóstica do Processo Penal⁷⁰, o marco teórico adotado por este trabalho.

Demonstra-se, a partir de tais contribuições, que a noção de Estado racional, voltado à realização do bem comum, não necessariamente, condiz com a realidade.

A história dos Direitos Humanos, no Século XX, denota, ao contrário, que o poder do Estado – principalmente, o “poder de punir”⁷¹ precisa ser contido. E é com base nessa premissa que se buscou demonstrar a impossibilidade de uma Teoria Geral do Processo,

Universidade de São Paulo. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3oUniversal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2018).

⁶⁹ KELSEN, Hans. **O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no Espelho da Ciência**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 231.

⁷⁰ “(...) A dogmática processual que perseguimos, portanto, deve ser capaz de criar conceitos como *jurisdição, processo e princípios*, justamente, para funcionarem como verdadeiros diques de segurança que controlem e evitem ao máximo a punição” (RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 24.).

⁷¹ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 24.

calcada na ideia de jurisdição como uma forma de resolução de conflitos e pacificação, ser aplicável ao fenômeno processual penal.

Outra questão de difícil confirmação empírica é a finalidade pacificadora da Jurisdição, expressa na obra “Teoria Geral do Processo”.⁷² Nesse sentido, a Lei n. 13.105/2015 (o Novo Código de Processo Civil) introduziu no processo civil pátrio mecanismos consensuais de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação.⁷³

Assim, ao estimular que as partes envolvidas resolvam o conflito no mundo da vida, independentemente da atuação do Estado-Juiz, a concepção contemporânea de processo civil já não deposita no último a confiança anunciada por Francisco Campos, na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939.

De acordo com Campos⁷⁴, a concepção duelística de processo deveria ser substituída por uma concepção autoritária de processo, na medida em que o Juiz teria ampla liberdade decisória, a fim de criar, na sociedade, a confiança na Justiça.⁷⁵

Acontece que o Código de Processo Civil de 2015 é a prova de que uma concepção de processo calcada numa ideia de pacificação não conseguiu se efetivar/verificar no plano cível. No âmbito criminal, tal concepção ganha contornos dramáticos, sendo a intervenção judicial a própria agudização do conflito. E não a solução.

Em relação ao caráter epistemológico, conceitual, de uma Teoria Geral do Processo, proposta por Didier⁷⁶, cabem algumas considerações. De acordo com Abagnano⁷⁷, abstração é

⁷² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁷³ Nos termos do artigo 3º da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015: “Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁷⁴ CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Decreto-Lei n. 1.608 de 18 de setembro de 1939. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Brasília/DF, 13/10/1939. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

⁷⁵ Segundo Campos, “(...) À concepção duelística do processo haveria de substituir-se a concepção autoritária do processo. **À concepção do processo como instrumento de luta entre particulares, haveria de substituir-se a concepção do processo como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça.**” Mais adiante, o autor afirma: “(...) Nesse sentido, o novo processo é eminentemente popular. Pondo a verdade processual não mais apenas a cargo das partes, mas confiando numa certa medida ao juiz a liberdade de indagar dela, rompendo com o formalismo, as ficções e presunções que o chamado “princípio dispositivo”, de “controvérsia” ou “contradição”, introduzira no processo, o novo Código procura restituir ao público a confiança na Justiça e restaurar um dos valores primordiais da ordem jurídica, que é a segurança nas relações sociais reguladas pela lei.”

(CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Decreto-Lei n. 1.608 de 18 de setembro de 1939. **Diário Oficial da União**, Seção 1, Brasília/DF, 13/10/1939. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 22 mar. 2018.).

a operação mediante a qual alguma coisa é escolhida como objeto de percepção, atenção, observação e isolada de outras coisas com que está em uma relação qualquer.

Dito isto, uma hipótese da presente pesquisa é que uma teoria geral calcada em conceitos lógicos corre o risco de não levar em conta dados empíricos, verificáveis na *praxis* do sistema penal, a exemplo da utilização da tortura como meio de extrair a confissão do investigado ou preso em flagrante.

Assim, é no mundo do ser, no campo prático, que as audiências de custódia surgem como um dado capaz de problematizar as construções teóricas da doutrina e da jurisprudência.⁷⁸

Seguindo essa tendência, a Teoria Agnóstica do Processo Penal apresenta, no seu discurso, as constatações, empiricamente demonstráveis, que refutam qualquer pretensão de dissociar conceitos operativos do mundo do ser do fenômeno processual penal, marcadamente seletivo e reprodutor de violências, legitimado pelo que Zaffaroni denomina o “discurso jurídico-penal.”⁷⁹

Será exposto, a seguir, o referencial teórico adotado, indicando-se a pertinência do mesmo para o objeto de estudo escolhido, as audiências de custódia.

⁷⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo:** essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

⁷⁷ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** Tradução Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 04.

⁷⁸ “(...) No processo civil prevalece a ótica dos direitos disponíveis (...). Em contrapartida, no direito processual penal se lida com direito indisponível da liberdade, bem de matriz fundamental ao cidadão”. Este é um trecho de uma decisão, no bojo do Processo n. 0502196-93.2018.8.05.0112, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. À ocasião, o magistrado rejeitou uma denúncia com base em indícios de tortura, praticada por policiais, aplicando a teoria da prova ilícita. Os ditos maus tratos foram aferidos durante a audiência de custódia, realizada com o único objetivo de verificar a ocorrência de violência policial, uma vez que os indivíduos já se encontravam soltos. (BAHIA. Tribunal de Justiça. Direito Penal. Processo n. 0502196-93.2018.8.05.0112. Decisão Interlocutória. Drogas e condutas afins. Órgão Julgador: Juiz de Direito Matheus Martins Moitinho. 1ª Vara Criminal da Comarca de Itaberaba. Data de Julgamento: 06/02/19. Data de Publicação: 12/02/2019. Disponível em:

<<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?dadosConsulta.localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&dadoConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=050219693.2018&foroNumeroUnificado=0112&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=050219693.2018.8.05.0112&dadosConsulta.valorConsulta=&v1Captcha=ihrze&processo.codigo=340000LPZ0000>>. Acesso em: 14 fev. 2019).

⁷⁹ De acordo com Zaffaroni, os cursos de direito assentes nas universidades reproduzem o discurso de justificação do sistema penal, qual seja, a ideia de que a atuação de tal sistema se dá a partir do oferecimento da denúncia perante o Estado-Juiz. Ocorre que, na visão do dito autor, o “processo” propriamente dito, com a exigência de acusação, defesa e julgamento, é uma ínfima parte de um sistema que se desenvolve ao largo do poder estatal, ao menos na realidade latino-americana (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 153).

2.2 SOBRE A NECESSIDADE DE SE DESENVOLVER UMA TEORIA DO PROCESSO PENAL: CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA AGNÓSTICA

A Teoria Agnóstica do Processo parte do pressuposto de que a pena, como denunciado por Foucault⁸⁰, não cumpre os fins anunciados pelas suas teorias justificadoras. Por mais que a própria noção de pena, da forma como é conhecida, seja uma conquista do Iluminismo, é sobejamente provado que o cárcere não cumpre a função de prevenção geral negativa, tampouco, no Brasil, é capaz de ressocializar os indivíduos condenados. Basta atentar para o crescimento do crime organizado, dentro das prisões, para questionar o papel ressocializador das mesmas.

Assim, de acordo com o marco teórico adotado, a única justificativa para a continuidade da adoção das penas privativas de liberdades, a despeito da notória falência do instituto, seria o fato de a pena representar um resquício da vingança praticada, com maior frequência, antes dos protestos da Ilustração. Deste modo, o modelo punitivo careceria de explicação racional.⁸¹

Ao contrário, a Teoria Geral do Processo, ao menos em sua acepção clássica, apresenta a jurisdição como um poder voltado à pacificação social, anunciando um escopo de racionalidade e organização.

Porém, a Teoria Agnóstica do Processo⁸², ao problematizar a efetiva consecução dos fins anunciados pela pena, denuncia a irracionalidade da punição, e sua impossibilidade de pacificar os conflitos acarretados pelo delito.

Assim, as constantes rebeliões e o fortalecimento do crime organizado dentro do sistema prisional são apenas dois exemplos que deslegitimam qualquer pretensão de pacificação a partir da via processual penal.

Por outro lado, se a história das penas é uma história de torturas e barbáries, o advento do modelo de Estado Democrático de Direito, por si, não consegue conter a violência do poder punitivo. Nessa perspectiva, a promulgação da Constituição Federal de 1988, no caso brasileiro, não extirpou do ordenamento jurídico práticas e institutos inspirados no estado de

⁸⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

⁸¹ “Se existe, portanto, alguma racionalidade na pena criminal, ela deve ser entendida como uma espécie de capitulação da razão à nossa animalidade ancestral. Em suma, trata-se de uma racionalidade que reconhece os seus próprios limites, e não pode fazer muito mais que reconhecer a vingança como um elemento essencial da formação da psique humana (...)”. (RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 21).

⁸² RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

exceção, uma vez que categorias do fascismo italiano continuam a circular no Brasil, segundo Gloeckner.⁸³

De acordo com o autor supracitado⁸⁴, os códigos Rocco espelham um exemplo acabado de um sistema penal autoritário, calcados na lógica de prevenção e de intimidação, atribuindo a um sistema inquisitório, no campo processual penal, a realização desta tarefa.

Destarte, baseado na doutrina da defesa social⁸⁵, o Código de Processo Penal brasileiro não representa um conjunto de dispositivos que visam salvaguardar o cidadão do Estado. Ao contrário, a lógica inquisitória busca proteger a sociedade, o Estado, do indivíduo.

Adverte-se, desde já, que a previsão das audiências de custódia não encontra arrimo na ideologia da defesa social; em sentido oposto, a Resolução n. 213/2015 apresenta comandos que visam proteger a liberdade e a incolumidade física de indivíduos presos em flagrante. Tal constatação demonstra a pertinência do quanto veiculado pelo referencial teórico adotado com o instituto.

Nessa conformidade, o magistrado deixa de ser um agente da defesa social⁸⁶ para assumir feições de um órgão a serviço da tutela de direitos humanos dos flagranteados, a exemplo do direito à liberdade e à incolumidade física, conforme já dito.

Tal perspectiva encontra ressonância na dogmática idealizada pela Teoria Agnóstica do Processo, que seria um verdadeiro dique de contenção capaz de controlar a punição ao máximo.⁸⁷

E é com base em tal concepção que as categorias *ação, jurisdição e processo* devem ser desenvolvidas, levando em conta o mundo do ser, isto é, o fato de que, diferentemente do fenômeno processual civil (ressalvado o devedor inescusável de alimentos), no fenômeno processual penal há uma ingerência do Estado na esfera de liberdade do indivíduo de uma forma drástica, razão pela qual os princípios de uma teoria do processo penal devem levar em

⁸³ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 51.

⁸⁴ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 178.

⁸⁵ De acordo com Baratta, o conteúdo da ideologia da defesa social possui alguns princípios, dentre os quais o princípio de legitimidade, o qual legitima a repressão da criminalidade por meio de instâncias oficiais de controle, sendo o Poder Judiciário uma delas. Há, de igual modo, o “princípio do bem e do mal”, sendo a conduta desviante o mal e a sociedade, o bem. (BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017.).

⁸⁶ Sobre o papel do Judiciário na repressão/prevenção da criminalidade, Gloeckner afirma que a colocação do magistrado como um sujeito processual dotado de amplos poderes confere aos juízes a função de “(...) garantir a sociedade contra os sujeitos que ameaçam a sua segurança”. (GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 135.).

⁸⁷ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

conta esta circunstância. Dito isto, conceitos lógico-jurídicos dissociados dessa realidade, não atenderiam às pretensões do marco teórico adotado.

Afinal, de acordo com o a Teoria Agnóstica da Pena, “(...) o que se estuda e pratica, em relação ao processo penal, tem consequências humanas importantes (...).”⁸⁸

Nessa perspectiva humanista, Dussel⁸⁹ afirma que a vida humana não é “um conceito, uma ideia nem um horizonte abstrato, mas o modo de realidade de cada ser humano concreto.” O mesmo autor assevera que, a partir de normas, atos e atuações de instituições “boas”, podem ser causados, de maneira não intencional, danos, bem como vítimas de tais danos.⁹⁰

Com isto, quer-se afirmar que, ao não problematizar o legado deixado pelo Estado Novo, os defensores de uma Teoria Geral do Processo apolítica, que não considera, por exemplo, a ocorrência de tortura na fase preliminar, de forma não intencional, contribuem para a manutenção desse estado de coisas.

E as audiências de custódia, dado do mundo prático, representam um contraponto ao discurso jurídico da pacificação e da racionalidade.

Destarte, sendo o Direito uma ciência social aplicada, e o processo penal, em sua operatividade, um fenômeno observável no mundo do ser, sugere-se, na esteira do método sociológico idealizado por Paugam⁹¹, “(...) a necessidade de enigmatizar tudo aquilo que parece evidente”.

Assim, parece “evidente”, à luz da Teoria Geral do Processo tradicional, o escopo pacificador da jurisdição. Ao mesmo tempo, é aparentemente evidente que conceitos operativos como *ação*, *jurisdição* e *processo* são aplicáveis aos fenômenos processuais em geral.

Ocorre que, de acordo com Paugam⁹², o ofício da pesquisa passa pela colocação de questões, a princípio, impertinentes, justamente para evitar que o uso sistemático das “categorias da vida corrente” leve o observador à cegueira.

⁸⁸ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 19.

⁸⁹ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na Idade da Globalização e da Exclusão**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p. 11.

⁹⁰ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na Idade da Globalização e da Exclusão**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p. 12-13.

⁹¹ PAUGAM, Serge. **A Pesquisa Sociológica**. Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Editora Vozes, 2010, p. 17.

⁹² PAUGAM, Serge. **A Pesquisa Sociológica**. Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Editora Vozes, 2010, p. 17.

Na visão do sociólogo citado acima, a postura do pesquisador deve buscar desconstruir o senso comum, a fim de revelar as contradições da vida em sociedade.⁹³ Para Bunge⁹⁴, a ciência possui uma vigilância crítica, reconhecendo que o nosso conhecimento de mundo é provisório e incerto.

É a partir de uma atitude crítica que a Teoria Agnóstica do Processo Penal⁹⁵ busca demonstrar que o uso corrente da Teoria Geral do Processo escamoteia a violência institucionalizada do Estado, seja através do discurso da pacificação, seja através da criação de conceitos lógico-jurídicos desconectados com o real atuar da persecução criminal.

Ao revés, o objeto de estudo em apreço, as audiências de custódia, apontam para a necessidade de contenção da violência estatal, a começar pelo uso arbitrário das prisões cautelares, sendo este um dos sentidos do mencionado instituto⁹⁶.

2.2.1 Pressupostos de uma Teoria Agnóstica do Processo

Ao propor os pressupostos filosóficos que embasam a teoria objeto de estudo, Ramalho Júnior apresenta o Garantismo Penal de Ferrajoli e a Teoria Agnóstica da Pena de Zaffaroni.⁹⁷

Em relação ao Garantismo, pode-se notar, de plano, a existência de princípios aplicáveis ao fenômeno processual penal, sem paralelo na Teoria Geral do Processo⁹⁸, quais sejam, *Nulla poena sine crimen; Nullum crimen sine legem; Nulla lex sine necessitate; Nulla culpa sine iudicium* (princípio da estrita legalidade).⁹⁹ Assim, esse modelo garantista, que visa

⁹³ PAUGAM, Serge. **A Pesquisa Sociológica**. Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Editora Vozes, 2010, p. 18.

⁹⁴ BUNGE, Mario. **La Investigación Científica: su estrategia y su filosofía**. Ed. correg. Barcelona: Ariel, 1985.

⁹⁵ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

⁹⁶ Segundo um dos considerandos da Resolução n. 213/2015: “(...) **CONSIDERANDO** que a prisão, conforme previsão constitucional (CF, art. 5º, LXV, LXVI), é medida extrema que se aplica somente nos casos expressos em lei e quando a hipótese não comportar nenhuma das medidas cautelares alternativas; (...)”

⁹⁷ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

⁹⁸ Ao criticar a posição daqueles que sustentam a impossibilidade de existência de uma Teoria Geral do Processo aplicável ao fenômeno processual penal, Didier afirma que, em verdade, os críticos confundem o Processo Civil Unitário com a Teoria Geral do Processo, esta de cunho conceitual e epistemológica. Há que se considerar que o autor afirma: “não se pode pretender transpor regras do processo civil ao processo penal” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 21). Porém, o que pretende a Teoria Agnóstica do Processo é escolher, reconhecer, como pressuposto ou hipótese de trabalho, a irracionalidade do sistema punitivo para, em seguida, passar a conceituar as categorias lógico-operativas.

⁹⁹ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 33.

proteger o indivíduo da ingerência do Estado, em nada se assemelha com as ideias de pacificação e de racionalidade veiculadas pela Teoria Geral do Processo.

Destarte, tomando por base a Teoria Agnóstica da Pena cunhada por Zaffaroni¹⁰⁰, o modelo punitivo passa ser visto de forma agnóstica, ou seja, com desconfiança. E tal descrença surge, em grande parte, da não consecução dos fins anunciados pelas teorias justificadoras da pena. Por outro lado, haveria, de acordo com Zaffaroni¹⁰¹, uma constante tensão entre Estado de Direito e Estado de Polícia, em matéria de persecução criminal.

Assim, para a Teoria Agnóstica do Processo¹⁰²,

(...) um programa de processo penal comprometido com o Estado Democrático de Direito poderia estar composto por três etapas ou partes, assim delineados: fundamentos: referencial teórico, fontes normativas e conceitos operativos (ação; jurisdição; processo e investigação preliminar); elementos; teoria das formas e sistemas de impugnações judiciais.

De mais a mais, a título de atividade que emana do Estado, a persecução criminal revela, em maior ou menor escala, quão autoritária, ou democrática, é determinada sociedade.

Nesse sentido,

Os princípios de política processual de uma nação não são outra coisa do que o segmento da sua política estatal em geral; e o processo penal de uma nação não é senão um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da sua Constituição.¹⁰³

Depreende-se, a partir do excerto acima, a necessidade de serem criados conceitos operativos próprios do fenômeno processual penal, apartados de qualquer pretensão de cunho civilista ou idealista. Deve-se levar em conta a operacionalidade real dos sistemas penais.

Assim, de acordo com o marco teórico adotado, o conceito de *ação* estaria baseado em uma pretensão¹⁰⁴, sendo esta punitiva, nos casos de ação penal de iniciativa pública ou privada, sem olvidar da existência de uma pretensão liberatória, a exemplo do manejo de *habeas corpus*.

¹⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El Enemigo en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2006.

¹⁰² RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 45.

¹⁰³ GOLDSCHMIDT *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2011, v. 1, p. 7.

¹⁰⁴ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 116.

Não haveria, conforme sustentado por uma Teoria Geral do Processo, um “direito” de punir, e sim uma verdadeira “*potesta puniend*”. E esse poder de punir necessita de contenção. Surge, assim, o conceito de processo, não como uma “marcha para frente”, mas como uma série de obstáculos que o Estado precisa transpor para, se for o caso, aplicar uma pena ao indivíduo.¹⁰⁵

Realizando-se o cotejo com o objeto de estudo, as audiências de custódia surgem como um dos obstáculos a serem transpostos pelo Estado, pois, a ilegalidade da prisão em flagrante e a consequente ilicitude das provas indiciárias ali colhidas implicam na rejeição ou no não oferecimento da futura denúncia.¹⁰⁶

Deste modo, deve-se privilegiar o conteúdo normativo do devido processo legal e da ampla defesa¹⁰⁷, sendo o processo compreendido “(...) não como um *caminhar para frente*, mas, ao contrário, como *garantia*, isto é, como obstáculo a ser progressivamente vencido pelo caminhar para frente do *poder de persecução penal*”.¹⁰⁸

Já o conceito de *Jurisdição* seria um autêntico contra-poder¹⁰⁹, e não um *poder*, que tensiona com o poder punitivo, a fim de limitar a atuação do mesmo.¹¹⁰ Somente tal limitação poderia robustecer o direito de defesa, considerando a desproporcionalidade entre a estrutura do Judiciário e do Ministério Público e o acusado.

¹⁰⁵ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 124.

¹⁰⁶ Nesse sentido, segue trecho de decisão interlocutória que rejeitou uma denúncia, no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, devido à evidência da prática de tortura quando da prisão em flagrante, circunstância observada quando da realização da audiência de custódia: “(...) Constatada a existência de excesso na abordagem policial, não se pode simplesmente desconsiderar a existência do vício na colheita dos elementos de materialidade e de indícios de autoria, como se fosse uma mera irregularidade produzida no contexto das investigações. (...) Assim, com base na fundamentação supra, entendo pela rejeição da peça acusatória, na forma do art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal Brasileiro.” (BAHIA. Tribunal de Justiça. Direito Penal. Processo n. 0502196-93.2018.8.05.0112. Decisão Interlocutória. Drogas e condutas afins. Órgão Julgador: Juiz de Direito Matheus Martins Moitinho. 1ª Vara Criminal da Comarca de Itaberaba. Data de Julgamento: 06/02/19. Data de Publicação: 12/02/2019. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?dadosConsulta.localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&dadoConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=050219693.2018&foroNumeroUnificado=0112&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=050219693.2018.8.05.0112&dadosConsulta.valorConsulta=&vCaptcha=ihrze&processo.codigo=340000LPZ0000>>. Acesso em: 14 fev. 2019).

¹⁰⁷ “A matéria bruta utilizada pelo intérprete – o texto normativo ou dispositivo – constitui mera possibilidade de Direito. A transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos pelo próprio intérprete” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24-25).

¹⁰⁸ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 120.

¹⁰⁹ “(...) no plano do processo do tipo condenatório, pelo menos” (RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016 p. 124).

¹¹⁰ “Nessa linha de raciocínio, a *função* jurisdicional consiste, essencialmente, na tutela das garantias fundamentais do indivíduo *contra* o poder punitivo do Estado” (RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 124).

Chama-se a atenção para o conceito de *definitividade* da jurisdição, em matéria processual penal. Tal conceito deve valer, apenas, para decisões favoráveis ao indivíduo, e não se trata de um mero conceito lógico-jurídico, o que justifica essa circunstância é a importância da garantia fundamental à liberdade, cuja tutela pode ser deferida, de ofício, pelo juiz.¹¹¹

No intuito de reconstruir o conceito de Processo Penal, e tendo em vista as considerações acima, a Teoria Agnóstica do Processo entende que os conceitos de *ação*, *jurisdição* e *processo* devem ser analisados sob a ótica do fenômeno processual penal, este distinto do fenômeno processual não penal.

A iniciativa de reconceituar categorias como *ação*, *jurisdição* e *processo* só faria sentido, nos moldes propostos, como uma maneira de proteger um dos fundamentos da República, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Assim, conforme citado alhures, a vida humana não é um conceito nem uma ideia.¹¹² Deste modo, o poder, e não o direito, de punir, só poderia ser exercido no bojo de um processo garantidor, nos termos da Constituição Federal de 1988.

De acordo com a doutrina tradicional, que sustenta a possibilidade de uma Teoria Geral do Processo, o ordenamento jurídico estaria dividido entre direito material e direito processual. O primeiro, ditaria as regras em abstrato, que se concretizariam no momento em que, no mundo da vida, ocorressem as suas previsões.¹¹³

Ramalho Júnior¹¹⁴ afirma que, geralmente, parte-se da ideia de que um direito material de punir, um *jus puniendi*, seria criado, em abstrato, pelo Poder Legislativo, este responsável pela formulação da lei penal incriminadora, esta subsumindo-se ao plano concreto, sempre que alguém cometesse um delito.

Esse direito seria, em regra, exercido pelo Estado, a despeito de, em algumas situações, facultar-se à vítima o direito de pleitear ao Estado-Juiz uma punição ao ofensor.¹¹⁵

¹¹¹ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 125.

¹¹² DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na Idade da Globalização e da Exclusão**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p. 11.

¹¹³ CHIOVENDA *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 45.

¹¹⁴ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2015, p. 27.

¹¹⁵ A Constituição Federal de 1988 determina que a ação penal será exercida pelo Ministério Público, de acordo com o art. 129. Binder realiza uma crítica ao monopólio do poder de punir, e não do direito de punir, exercido, quase que com exclusividade pelo Estado. (BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.).

Haveria, analogamente ao processo civil, “um direito de ação apartado do direito material¹¹⁶”, atribuído, em regra, ao Estado.

Por outro lado, tal conceito, herdado de uma Teoria Geral do Processo, merece ser rediscutido de acordo com o marco teórico adotado.¹¹⁷ Afinal, as conquistas liberais do Século XVIII trouxeram consigo o princípio da legalidade penal e o princípio do devido processo legal.

Deste modo, não haveria sentido existir um direito material de punir apartado das garantias processuais penais atinentes aos acusados em geral. Tal característica não se vislumbra no fenômeno processual civil, já que no Direito Civil os deveres entre as partes são exigíveis de plano e sem a necessidade do Estado, via tutela jurisdicional, para intermediar as relações entre particulares.

Assim, considerando que o processo penal, ou seja, a jurisdição penal é, antes de tudo o mais, uma garantia dos acusados em face do Estado, este só poderá exercer o seu *poder* de punir, e não o “direito de punir”, após o trânsito em julgado de sentença condenatória.¹¹⁸

Em outras palavras, a jurisdição penal, exercida a partir de um devido processo legal, é condição sem a qual o Direito Penal sequer pode incidir sobre os acusados, ao menos considerando as conquistas de matriz iluminista.

Sobre o tema, leciona Ferrajoli:¹¹⁹

O direito penal dos ordenamentos desenvolvidos é produto predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico – a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência – são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do Iluminismo e do Liberalismo.

Assim, o marco teórico adotado, na esteira da teoria garantista, entende a jurisdição como uma garantia, não como um poder.

É a partir dessa compreensão que categorias como ônus da prova e nulidades devem ser reinterpretadas a partir de uma leitura agnóstica. Afinal, de acordo com Gloeckner¹²⁰, o

¹¹⁶ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2015, p. 27.

¹¹⁷ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2015, p. 28-29.

¹¹⁸ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2015, p. 29. Ao menos, assim o era, até o Supremo Tribunal Federal relativizar o princípio da presunção de inocência, insculpido na Constituição Federal. O ataque a essa garantia, até então cláusula pétrea, teve o seu início quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 129262.

¹¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

princípio da instrumentalidade das formas, de matriz processual civil, é um dos responsáveis pela circulação, no Brasil, de construções originárias dos Códigos Rocco.

À luz da instrumentalidade das formas, alia-se a categoria do “prejuízo”, de sorte que, em sede processual penal, na qual a forma é garantia, mitigam-se direitos fundamentais, imputando ao acusado o dever de demonstrar o efetivo prejuízo a sua defesa, quando o próprio Estado desobedece as regras previamente traçadas.

Outra questão problemática diz respeito ao ônus da prova. A desigualdade material entre acusação e defesa é perceptível, mormente em se considerando o recente aparelhamento, ainda deficitário, das Defensorias Públicas. De mais a mais, ao permitir que a prova colhida, sem o contraditório, na fase inquisitorial, possa fundamentar uma condenação, o Código de Processo Penal mantém vivo um sistema inquisitório criado no Estado Novo (uma ditadura) e inspirado na Itália fascista.

Assim, o Estado possui duas oportunidades de produzir provas: a primeira, durante a fase de investigação; a segunda, durante a fase processual, fase esta presidida por um Juiz dotado de amplos poderes instrutórios.¹²¹

Discutir a fundo temas como nulidades e ônus da prova escapam ao objetivo do presente trabalho. Porém, não se pode desconsiderar que as audiências de custódia surgem como uma oportunidade de se confrontar a prova indiciária colhida na prisão em flagrante, sendo uma chance do flagranteado contar com a defesa técnica (ainda que somente em relação às circunstâncias da prisão), podendo, assim, discutir a eventual nulidade do auto de prisão em flagrante.

Dito isto, categorias como ônus da prova e nulidades são questões centrais à formulação de uma Teoria Agnóstica.

Outro dado digno de nota para o presente trabalho são as contribuições trazidas pela criminologia crítica, esta abarcada pelo marco teórico adotado.

2.2.2 Contribuições da Criminologia Crítica à Teoria Agnóstica do Processo Penal

Conforme já dito, o referencial teórico que norteia esta exposição não entende a Jurisdição Penal como um meio de resolução de conflitos. Afinal, a teoria em estudo elenca,

¹²⁰ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1.

¹²¹ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 135.

como um de seus fundamentos, as contribuições trazidas pela criminologia crítica¹²². Esta desviou o foco da criminologia tradicional, centrado na figura do “criminoso nato” ou da delinquência resultante de um fenômeno individual para a própria sociedade, a qual seleciona as camadas sociais que sofrerão a intervenção penal.

Dito isto, se, para a doutrina processual majoritária, encabeçada pela Escola Paulista de Processo, o atuar da Jurisdição representa uma busca pela pacificação social, a Teoria Agnóstica do Processo entende o sistema penal (polícias, Judiciário, Ministério Público, Sistema Penitenciário) não como uma via de pacificação, mas como a expressão de uma violência (seletiva) que reclama contenção.

Assim, os aportes trazidos pela chamada “viragem criminológica” integram o marco teórico adotado.¹²³

Afinal, se a doutrina tradicional trabalha com o conceito de lide a título de interesse resistido, sendo a jurisdição um terceiro desinteressado no conflito e interessado em pacificá-lo, a criminologia crítica afirma que o delito, ou o desvio, é criado pela própria sociedade, em um processo de imposição de normas.¹²⁴

Para Becker¹²⁵, o desvio não é uma qualidade ontológica, inerente ao ato de quem o comete, e sim uma “(...) consequência da aplicação por outros das regras e sanções a um infrator”.

Assim, se o Direito Penal fala em adequação típica de uma conduta, no mundo da vida, à previsão normativa criada pelo legislador, a Teoria do Etiquetamento, ou *labeling approach*, se refere à rotulação que determinadas camadas sociais lançam sobre outras. Assim, o desviante é alguém cujo rótulo de criminoso foi aplicado com sucesso pela sociedade.¹²⁶

Essa contribuição sociológica, em regra, fora da ordem do discurso jurídico penal, integra um dos referenciais teóricos da Teoria Agnóstica do Processo, conforme sustenta Ramalho Júnior¹²⁷: “(...) Nessa perspectiva, a justiça penal aparece como elemento do

¹²² De acordo com Baratta, o que se convencionou chamar de “nova criminologia” ou “criminologia crítica” são estudos de sociologia em geral, sendo a “nova criminologia” devedora das contribuições trazidas por Durkheim e Merton. (BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017, p. 27-28).

¹²³ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 20.

¹²⁴ BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 22.

¹²⁵ BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 23.

¹²⁶ BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 22.

¹²⁷ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 121.

processo de criminalização secundária, que colabora para que o sistema penal selecione sempre os mais vulneráveis para atribuir-lhes o título de criminoso”.

Sem dúvida, as abordagens tradicionais da Teoria Geral do Processo depositam grande confiança na atuação das instituições estatais, principalmente no Judiciário e no Ministério Público, de modo que, para aquela teoria, calcada numa ideia de “paridade de armas”, não há como aportar as contribuições da criminologia crítica.

Por outro lado, a despeito da mencionada relevância da atuação das polícias no processo de seleção e de criminalização¹²⁸, adverte Ramalho Júnior¹²⁹ que se deve evitar uma postura niilista em relação à função do Judiciário, buscando extrair dos conceitos como *ação, jurisdição e processo* o que for necessário à observância das conquistas oriundas do Iluminismo.

Assim, a reconstrução dos conceitos acima assume uma utilidade prática de contenção do poder de punir, indo muito além da mera conceituação lógico-formal. Faz-se necessário, de acordo com o marco teórico em estudo, levar em conta referenciais teóricos (Teoria Agnóstica da Pena e Garantismo) e fontes normativas, apresentando especial relevância os tratados internacionais sobre direitos humanos.¹³⁰

2.2.3 Aberturas Decoloniais nas Audiências de Custódia

Demonstrou-se que o referencial teórico presente neste trabalho possui, como uma de suas bases epistêmicas, as contribuições trazidas pela criminologia crítica. De acordo com Zaffaroni¹³¹, as respostas deslegitimantes da criminologia europeia e norte-americana são “respostas centrais”, isto é, pensadas a partir de centros econômicos e culturais. A América Latina estaria, portanto, na região marginal do globo.

Esse dado geográfico, para a Teoria Agnóstica da Pena, é de importância cabal, pois implica dizer que, seja o Direito Penal, seja o Direito Processual Penal, ambos os ramos explicam os fenômenos sociais em curso na América Latina, em diferentes épocas, a partir de lentes europeias. Inclusive, no âmbito de teorias críticas, em tese, emancipatórias.

¹²⁸ Nesse sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

¹²⁹ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 121.

¹³⁰ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 45.

¹³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

Ao revés, autores como Zaffaroni¹³² e Dussel¹³³ buscam compreender os fenômenos em curso na América Latina a partir de reflexões emanadas desta região do globo, num processo de descolonização do pensamento.¹³⁴

Dito isto, para o referencial teórico adotado, as contribuições teóricas das criminologias críticas devem ser relacionadas com as condições específicas, concretas da formação do Estado brasileiro.

No âmbito das audiências de custódia, foi realizada uma pesquisa em Salvador, entre setembro de 2015 e agosto de 2016.¹³⁵

Constatou-se, consoante a base de dados da Defensoria Pública do Estado da Bahia, que 93,25% dos presos em flagrante eram pardos, 6,06% eram pretos e 0,68% eram brancos. Em comparação com os dados do Departamento Penitenciário Nacional – INFOPEN, 87,7% dos presos baianos eram negros; 11,6% eram brancos; 0,1%, amarelos e 0,1%, indígenas.¹³⁶ De acordo com Prado¹³⁷, tais dados reforçam o caráter seletivo da atuação policial e, por conseguinte, do próprio sistema de Justiça.

Segundo Clarke¹³⁸, “toda história é um evento atual”. Na obra “Teoria Geral do Processo¹³⁹”, os autores iniciam a exposição afirmando que, do encontro entre Robinson Crusuê e o “índio sexta-feira” nasce a necessidade de criação normativa, esta destinada a regular o convívio entre os personagens.

¹³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

¹³³ DUSSEL, Enrique. **Filosofia da Libertação na América Latina.** São Paulo: Edições Loyola, 1977.

¹³⁴ Dussel, ao delinear as bases de sua “Filosofia da Libertação”, buscou demonstrá-la como um pensamento emanado da periferia, para homens da periferia. De acordo com o autor, “(...) trata-se então de levar a sério o espaço, o espaço geopolítico. Não é a mesma coisa nascer no Polo Norte, em Chiapas ou em Nova Iorque.” (DUSSEL, Enrique. **Filosofia da Libertação na América Latina.** São Paulo: Edições Loyola, 1977, p. 09). Realizando um paralelo com o presente trabalho, pensar o processo penal e as audiências de custódia, na Europa, é diferente de abordá-las na América Latina. Nos dizeres de Zaffaroni (*op. cit.*), esta realidade, existente fora do eixo Europa-Estados Unidos, seria *marginal*, isto é, estaria para além das fronteiras do centro, uma das ideias centrais da filosofia da libertação. Sobre o esforço de se pensar o mundo a partir de lentes africanas, e não europeias, aponta-se o pensamento de Finch III e de Nascimento, segundo o qual, “talvez um paradigma afrocentrado de pensamento nem surgisse se a Europa e os Estados Unidos não resolvessem se apropriar, com exclusividade, da prerrogativa de escrever a história do mundo”. (FINCH III, Charles S.; NASCIMENTO, Elisa Larkin. **Abordagem Afrocentrada, História e Evolução.** In: NASCIMENTO, Elisa Larkin (Org.). **Afrocentricidade: uma abordagem epistemológica inovadora.** São Paulo: Selo Negro, 2009). Dito isto, a proposta da Teoria Agnóstica do Processo consiste em levar em conta o *locus* onde a persecução criminal se desenvolve, e não partir de teorias desconectadas com aspectos históricos e políticos do Brasil. (RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal.** Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016).

¹³⁵ PRADO, Daniel Nicory do. **A Prática da Audiência de Custódia.** Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 71.

¹³⁶ PRADO, Daniel Nicory do. **A Prática da Audiência de Custódia.** Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 72.

¹³⁷ PRADO, Daniel Nicory do. **A Prática da Audiência de Custódia.** Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 72.

¹³⁸ CLARKE *apud* FINCH III, Charles S.; NASCIMENTO, Elisa Larkin. **Afrocentricidade: uma abordagem epistemológica inovadora.** São Paulo: Selo Negro, 2009, p. 62.

¹³⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

Ocorre que, provavelmente, “sexta feira” já possuía um nome, antes que o viajante, partindo de uma convenção temporal ocidental, batizasse o “índio” a partir do seu repertório linguístico. Essa metáfora pode exemplificar os riscos que envolvem a “colonização” do processo penal a partir do repertório linguístico civilista.

Por certo, não intencionalmente, os autores da Escola de São Paulo deixaram aparecer, no início do livro citado alhures, o processo em que se deu a formação das instituições no Brasil, isto é, a partir da colonização e da escravização de povos. A partir do contato entre o “selvagem” e o “civilizado”.

Dito isto, se a história é um evento atual¹⁴⁰, importa ao referencial teórico adotado, a Teoria Agnóstica do Processo, indagar em que medida a jurisdição penal é a afirmação, ou o resultado, da empresa colonial, já que, de acordo com dados do INFOPEN, 87,7% dos presos baianos eram negros; 11,6% eram brancos; 0,1%, amarelos e 0,1%, indígenas.¹⁴¹

Tais indagações, incômodas, que estariam fora da ordem do discurso de uma Teoria Geral do Processo, são caras ao marco teórico adotado. Afinal, o que se visa conter – o poder de punir – incide sobre pessoas concretas, dotadas de um perfil pré-determinado.¹⁴²

Nesse sentido, afirma Borges¹⁴³ que a Justiça Criminal, compreendendo as fases de conhecimento e de execução da pena, “(...) é uma das instituições mais fundamentais no processo de genocídio contra a população negra em curso no país”. Tal afirmação, portanto, é incompatível com o discurso da pacificação social, sustentado pela Teoria Geral do Processo, oriunda da Escola de São Paulo.

Na mesma perspectiva crítica supra, Ramalho Júnior e Fernandes¹⁴⁴ afirmam que o extermínio da população negra é o resultado mais visível do sistema punitivo. Tal constatação passa, portanto, ao largo de qualquer escopo pacificador.

De igual sorte, uma Teoria Geral do Processo, voltada à fixação de categorias lógico-jurídicas, não tem aptidão, dada a sua proposta epistêmica, para as problematizar as

¹⁴⁰ FINCH III, Charles S.; NASCIMENTO, Elisa Larkin. **Afrocentricidade**: uma abordagem epistemológica inovadora. São Paulo: Selo Negro, 2009, p. 62.

¹⁴¹ PRADO, Daniel Nicory do. **A Prática da Audiência de Custódia**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 72.

¹⁴² RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 128.

¹⁴³ BORGES, Juliana. **O Que É Encarceramento em Massa?** Belo Horizonte: Letramento Justificando, 2018, p. 17.

¹⁴⁴ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc; FERNANDES, Daniel. **A Audiência de Custódia na Perspectiva de uma Teoria do Processo Penal Agnóstica**. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Orgs.). **Audiência de Custódia**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 243. No mesmo sentido: “(...) A permanência histórica da imbricação entre os processos de racialização e penalidade estruturam as maneiras de punir no Brasil desde o início da colonização”. SILVA, Isabela Miranda da. **Racismo Institucional e Colonialidade do Poder Punitivo nos Discursos e nas Práticas**: os casos dos mortos de Pedrinhas. 2018. 288 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2018, p. 06. Orientador: Prof. Dr. Evandro Piza Duarte.

circunstâncias dispostas acima. Depreende-se, assim, a razão de a criminologia integrar o referencial teórico em apreço, bem como a sua incompatibilidade com construções puramente teóricas, descoladas da realidade latino americana (e brasileira).

Assim, de acordo com Lola Aniyar de Castro¹⁴⁵, a criminologia deve ser construída “(...) em e para cada sociedade, em cada momento histórico, em cada conjuntura específica”. No caso latino-americano, deve a criminologia levar em consideração a realidade concreta do continente.

Em relação às construções abstratas e conceituais, em sede de Direito Penal e de Criminologia, Leal¹⁴⁶, em tese de doutorado orientada por Vera Regina de Andrade, destaca como hipótese de pesquisa o fato de que, enquanto os estudos criminológicos, na América Latina, avançavam no sentido de reconhecer a imperiosa necessidade de propor respostas à disfunção dos sistemas penais da região, no Brasil, transitava-se “(...) entre uma criminologia positivista de corte etiológico e o saber penal técnico-jurídico dogmático, levados a cabo por médicos e juristas.”

Nesse passo, Ramalho Júnior¹⁴⁷ aponta para a o momento em que, concomitantemente, surgiram, na Europa, os debates em torno da criação de uma Teoria Geral do Processo e as discussões acerca da Teoria do Delito, ambas ao gosto do positivismo científico de fins do século XIX, o que favoreceu o surgimento do ideal do Direito Processual Penal como um “(...) sub-ramo de uma Teoria Geral do Processo”.¹⁴⁸ Assim, dado o local de criação de tais teorias (a Europa) e o caráter formal-cientificista das mesmas, sustenta-se que tais aportes não dão conta de proteger o indivíduo em face do Estado.

As gênesis das Teorias Gerais do Processo e do Delito possuem, além do positivismo científico em comum, o fato de serem produtos do pensamento europeu. Assim, a Europa como um *locus* exclusivo de enunciação científica passou a ser questionada a partir de perspectivas decoloniais. Estas entendem que o processo de colonização dos povos, operado

¹⁴⁵ CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 21.

¹⁴⁶ LEAL, Jackson da Silva. **Criminologia da Libertação: a construção da criminologia crítica latino-americana como teoria crítica do controle social e a contribuição desde o Brasil – pesquisa nas revistas capítulo criminológico (1973-1990) e doutrina penal (1977-1990)**. 2016. 412 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2016, p. 13. Orientadora: Prof.^a Vera Regina Pereira de Andrade.

¹⁴⁷ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 102.

¹⁴⁸ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 102.

pela Europa, produziram a colonização do pensamento dos povos periféricos, na medida em que se buscava pensar realidades distintas do velho continente a partir de suas construções.¹⁴⁹

Nessa perspectiva, conforme afirmado alhures, qualquer teorização que não leve em conta os aspectos históricos da região será insuficiente para abarcar o fenômeno processual penal, de acordo com a Teoria Agnóstica do Processo.

2.3 SOBRE A POSSIBILIDADE DE EXISTÊNCIA DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO: A CRÍTICA À CRÍTICA

A tese de livre-docência, defendida pelo professor Fredie Didier¹⁵⁰, na Universidade de São Paulo, apresenta uma intrigante e inovadora conceituação do que seria uma Teoria Geral do Processo. De acordo com o autor, ao criticar a possibilidade de existência de uma teoria geral, os críticos estariam a confundir a Teoria Geral do Processo com o processo jurisdicional único.

Para Didier¹⁵¹, a Teoria Geral do Processo é composta por conceitos lógico-jurídicos, e não normas, de modo que não prescrevem a existência de regimes jurídicos comuns aos processos penal e civil.

Quanto à preocupação dos processualistas penais, no sentido de que as categorias do processo civil não sejam transpostas para o âmbito penal, adere o processualista baiano, afirmando, inclusive, que processo civil e processo penal são inconfundíveis.¹⁵²

A crítica realizada pelo mesmo, em face de Aury Lopes Júnior e de Lauria Tucci, tomados a exemplo de representantes do posicionamento ora sustentado, parte da premissa de que “a Teoria Geral do Processo é repertório conceitual que serve à compreensão dos processos (...) jurisdicionais”, sejam eles penais ou civis.¹⁵³

Assim, tal categoria linguística, a “Teoria Geral do Processo”, seria um repositório de conceitos operacionais, lógico-jurídicos, responsáveis pela compreensão dos termos específicos de cada processo, considerado de forma unitária. Deste modo, para entender o que

¹⁴⁹ Nesse sentido, QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do Poder e Classificação Social**. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MESESES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2009.

¹⁵⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 125.

¹⁵¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 125.

¹⁵² DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 124.

¹⁵³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 189.

é uma sentença penal, antes de todo o mais, faz-se necessário compreender o conceito lógico-jurídico de “sentença”. O mesmo se diga em relação aos efeitos dos recursos (devolução da matéria, efeito suspensivo, etc.).

Sobre a importância dos conceitos, esclarece Maria Helena Diniz¹⁵⁴ que, sem a determinação de conceitos básicos, o jurista não poderá realizar a sua tarefa intelectual.

Assim, a teoria geral proposta abordaria categorias linguísticas, “(...) conceitos jurídicos fundamentais (lógico-jurídicos) (...) indispensáveis à compreensão jurídica do fenômeno processual, onde quer que ele ocorra.”¹⁵⁵

Na esteira da proposta do autor citado, analisa-se o período “onde quer que ocorra”.

Indaga-se, assim, se uma Teoria Geral do Processo, nos moldes propostos acima, teria o condão de fornecer categorias lógico-jurídicas capazes de explicar a fase de investigação preliminar, marcadamente, o inquérito policial, no qual não há contraditório pleno.

Registre-se que, para o marco teórico adotado, o fenômeno processual penal engloba o chamado “poder de persecução penal”¹⁵⁶, incluindo-se a fase de investigação preliminar.

Assim, o “indiciamento”, ato privativo do delegado de polícia, seria um ato administrativo? Em sendo ato administrativo, estaria sujeito às categorias lógico-jurídicas da motivação, da vinculação à lei, conceitos estes, a princípio, afetos ao Direito Administrativo?

E o que dizer sobre o interrogatório, ato (administrativo?) claramente inquisitório, realizado, muitas vezes, na ausência da defesa técnica. De igual modo, seria possível explicar o direito ao silêncio, consagrado na Constituição Federal de 1988, à luz de uma Teoria Geral do Processo?

Por certo que não se pode desconsiderar uma das premissas adotados por Didier¹⁵⁷, qual seja, uma Teoria Geral do Processo, de cunho epistêmico, que não impede a criação de uma teoria unitária do Processo Penal, por exemplo. Dito isto, não haveria maior razão de ser para a cisão ora apontada.

Ocorre que essas são indagações do ponto de vista teórico, no campo da abstração dos conceitos operativos. Da linguagem. Mas o campo do fenômeno processual penal é, em grande medida, o campo do ser.

¹⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 23.

¹⁵⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 76.

¹⁵⁶ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

¹⁵⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

No campo do ser, a instituição das audiências de custódia, por exemplo, traz um elemento da realidade (e, portanto, não se trata de uma categoria lógico-jurídica): a incidência da tortura na fase de investigação preliminar.

Ferraz Júnior¹⁵⁸ chama atenção para os dois enfoques a serem abordados, em se tratando do fenômeno jurídico: o enfoque zetético e o enfoque dogmático. De acordo com o autor, a investigação zetética “(...) tem como objeto o direito no âmbito da Sociologia, da Antropologia, da História (...)”, incluindo-se, no referencial teórico adotado, a criminologia crítica. Por outro lado, uma abordagem dogmática do Direito requer a consideração de algumas premissas, “(...) em si e por si arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo.”¹⁵⁹

Assim, uma Teoria Geral do Processo, na acepção de Didier¹⁶⁰, apresentaria conceitos dogmáticos, sem considerar um dado histórico (ou zetético) estruturante do fenômeno processual penal: a necessária contenção da violência do poder punitivo.

De acordo com Hegel¹⁶¹, o conceito encerra a essência, ou o essencial, do fenômeno. No plano processual penal, conceitos como jurisdição, ação e defesa, calcados em uma Teoria Geral do Processo de matriz civilista, não levam em conta os aspectos (fenomênicos) históricos, sociológicos e políticos presentes no mundo do ser da persecução criminal, incluindo-se o inquérito.

Portanto, o referencial teórico adotado refuta a pretensão de uma Teoria Geral do Processo com bases puramente conceituais, haja vista os motivos elencados no parágrafo anterior.

Destarte, estaria a Teoria Geral do Processo apta a explicar o “fato social”¹⁶² tortura como meio de obtenção de provas? Talvez, mediante a categoria lógico-jurídica das provas ilícitas. Mas, ainda se está no campo das conceituações dogmáticas.¹⁶³

A postura agnóstica em face do Estado reclama muito mais do que a criação de categorias lógico-jurídicas próprias. Afinal, a posição do investigado em face do Estado é tal

¹⁵⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 21.

¹⁵⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 21.

¹⁶⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo: essa desconhecida**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 76.

¹⁶¹ HEGEL, Wilhelm Friedrich *apud* ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 05.

¹⁶² “Fato social “ é um termo cunhado por Durkheim para se referir a um evento externo dotado de coercibilidade. DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁶³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 24.

que o Estado-Juiz é chamado a visualizar, nas audiências de custódia, se outros agentes estatais praticaram o crime (equiparado a hediondo) de tortura. Está-se no campo do ser. E na realidade (marginal) latino-americana, herdeira de ditaduras, cujos traços permanecem, de forma mais marcante, na fase de investigação preliminar.¹⁶⁴

Sem embargo, o trabalho de Didier, para além de louvável, vem a esclarecer pontos polêmicos, quiçá, deixados pela doutrina tradicional¹⁶⁵, que insiste em vincular o fenômeno processual penal ao processo civil unitário, utilizando, aqui, a acepção trazida pelo autor.

Portanto, a escolha da obra ora referenciada se dá pela inegável contribuição da mesma para o tema.

Porém, o processo penal assume uma característica própria, apontada pela Teoria Agnóstica do Processo. Nesta espécie de processo, o Estado desconfia do próprio Estado, a ponto de a sentença penal não fazer coisa julgada para a defesa, direito este extensível aos parentes do condenado, na ausência deste.

Assim, o que se reclama, na Teoria Agnóstica do Processo Penal, é a possibilidade de trazer ao discurso acadêmico os fundamentos antropológicos e as contribuições legadas pela criminologia crítica, aportes impossíveis de se encontrar na Teoria Geral do Processo.¹⁶⁶

É de se notar, no plano teórico, que a criminologia está fora do discurso jurídico penal brasileiro, este, em regra, voltado para questões dogmáticas, ao passo que a criminologia é encarada como uma ciência auxiliar, de somenos importância.

O cerne da chamada ciência do Direito Penal/Processual Penal seria a dogmática e, quando muito, a Constituição e os princípios correlatos. Contrariando esta lógica, o

¹⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

¹⁶⁵ Ao justificar a escolha do tema, Didier afirma que nada foi escrito nas últimas três décadas sobre a Teoria Geral do Processo, bem como as linhas básicas da disciplina “já eram consideradas dogmas da doutrina processual latino-americana”. É nesse ambiente “dogmático”, permeado por uma noção de “jurisdição pacificadora”, que urge a necessidade de delimitação do fenômeno processual penal, partindo de bases empíricas e colhidas na realidade, superando-se os conceitos. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 19.).

¹⁶⁶ A Teoria Geral do Direito é uma ciência da conformidade, da justificação de uma dada ordem jurídica. A Criminologia Crítica, ao contrário, é um discurso de deslegitimação da aparente racionalidade do Direito e do Poder Judiciário. Assim, se a Teoria Geral do Direito, por ser generalista e professar uma confiança no Estado, não está apta a explicar o fenômeno processual penal, sob uma ótica agnóstica, de igual sorte, em sendo a Teoria Geral do Processo um excerto daquela, na acepção de Didier, a Teoria Geral do Processo, outrossim, não é suficiente para explicar a dinâmica da persecução penal, principalmente às margens latino-americanas. Nesse passo, é digno de nota que a Teoria Geral do Direito foi pensada a partir de uma realidade europeia. De igual modo, a Teoria Geral do Processo, sustentada pela Escola Paulista de Direito Processual, influenciada pelos ensinamentos de Liebman. Ocorre que, ao contrário da Europa, a realidade colonial da América Latina foi forjada a partir do contato entre o auto-proclamado humano (o europeu) e o não humano: índios e negros. E essa dicotomia se faz presente, até hoje, no sistema de justiça criminal. Sobre o tema: BORGES, Juliana. **O Que É Encarceramento em Massa?** Belo Horizonte: Letramento Justificando, 2018.

referencial teórico adotado traz, como um de seus pressupostos, as contribuições advindas da criminologia crítica, esta desenvolvida no âmbito da sociologia.¹⁶⁷

Salienta Ramalho Júnior¹⁶⁸ que, se a criminologia tradicional está preocupada com os aspectos individuais que levam o indivíduo a delinquir, desenvolvendo, assim, uma teoria geral sobre as causas sociais do delito, a criminologia crítica apresenta, como objeto de estudo, os mecanismos de criminalização de condutas e grupos de pessoas, operados em uma dada sociedade.

O que se nota, em relação à Teoria Geral do Direito é que esta, calcada num conceito idealista/iluminista de Estado, conceitua o Direito como uma construção humana direcionada à resolução de conflitos e à ordenação da vida em sociedade.

Em razão da ausência das contribuições advindas da Criminologia Crítica, a Teoria Geral do Processo, seja na sua acepção tradicional (pacificação social), seja no intuito de fixar conceitos lógico-jurídicos, não consegue explicar o fenômeno processual penal para além de uma abordagem dogmática.

Afinal, se a Teoria Geral do Processo encara a jurisdição como a expressão da racionalidade do Estado, o referencial teórico adotado demonstra que, historicamente, a comunidade internacional se viu obrigada a proteger o indivíduo do próprio Estado, sendo este o fundamento da criação dos sistemas globais e regionais de direitos humanos.

A ideia de prevenção geral e especial, veiculada pelas teorias que justificam a pena, não encontram amparo empírico, ao menos na realidade brasileira. Indaga-se, a partir da Teoria Agnóstica do Processo, o que, de fato, justificaria a punição no âmbito das instituições penitenciárias, dado o caráter criminógeno destas.¹⁶⁹

Assim, devido à confiança depositada no Estado, a Teoria Geral do Processo não inclui, necessariamente, o objetivo de proteger o indivíduo do poder estatal, ao contrário do que uma análise histórica e crítica será capaz de demonstrar. Para tanto, basta analisar, conforme já dito, a história da construção dos sistemas de proteção aos direitos humanos, no plano internacional, e o período anterior à Constituição Federal de 1988, quando o Estado

¹⁶⁷ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 21.

¹⁶⁸ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 21.

¹⁶⁹ “(...) Um telefonema interceptado pela Polícia Civil de São Paulo revela que a cúpula do PCC (Primeiro Comando da Capital) considera as prisões brasileiras um ambiente propício para o recrutamento de novos integrantes para a facção criminosa (...). (ADORNO, Luis; COSTA, Flávio. **‘Prisão é "máquina de fazer PCC", diz Assassino, membro do comando da facção’**. UOL Notícias, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/08/01/criminoso-que-atuou-nos-ataques-de-2006-diz-que-prisao-e-maquina-de-fazer-pcc.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 23 mar. 2019.).

brasileiro, por exemplo, desaparecia com pessoas.¹⁷⁰ A Teoria Agnóstica do Processo Penal é calcada na operacionalidade real do poder (e não do direito) de punir, renunciando a qualquer pretensão idealista, afastada do mundo do ser; ao contrário, propõe a criação dos conceitos de *ação*, *jurisdição* e *processo* em consonância com a necessidade de frear o poder punitivo.

E não se trata de um nihilismo, afinal, os conceitos operativos – *ação*, *jurisdição* e *processo* – devem ser reinterpretados e utilizados como verdadeiros “diques de contenção”.¹⁷¹

De acordo com Ramalho Júnior¹⁷², “(...) o poder de definir quem serão as pessoas criminalizadas (...) pertence muito mais às agências policiais que às agências judiciais”. Dito isto, e considerando que o poder de punir deve ser contido, as audiências de custódia possibilitam a aferição, pelo Estado-Juiz, ainda na fase pré-processual, das condições em que se deram a prisão de um indivíduo.

Conforme afirmado por Zaffaroni¹⁷³, é justamente na fase pré-processual que existe um amplo espaço de poder, livre de qualquer controle judicial. É na atuação das polícias que acontecem os casos de execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados de pessoas e torturas. Deste modo, as audiências de custódia, objeto da presente pesquisa, apresentam um importante papel, isto é, resguardar a integridade física dos custodiados. Tal função, expressamente elencada nos considerandos da Resolução n. 213/2015 do CNJ¹⁷⁴, reforçam o caráter irracional do poder de punir, sustentado pelo referencial teórico.

Por outro lado, pesquisas apontam a subnotificação dos casos de tortura por parte dos magistrados que presidem as audiências de custódia. Nesse sentido, apontou-se que, no Recife, o potencial de prevenção à tortura não vem sendo aproveitado, de acordo com Prado.¹⁷⁵

¹⁷⁰ Nesse sentido, decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Gomes Lund X Brasil, referente à tortura e ao desaparecimento de pessoas no âmbito da guerrilha do Araguaia: “(...) Os crimes de desaparecimento forçado, de execução sumária extrajudicial e de tortura perpetrados sistematicamente pelo Estado para reprimir a Guerrilha do Araguaia são exemplos acabados de crime de lesa humanidade”. (COSTA RICA. Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Sentença de 24 de Novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2015.).

¹⁷¹ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 24.

¹⁷² RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 23.

¹⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 25.

¹⁷⁴ Dispõe a Resolução, em seus considerandos: “(...) Considerando que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes”.

¹⁷⁵ PRADO, Daniel Nicory do. **A Prática da Audiência de Custódia**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 41.

Na mesma linha, aponta o Relatório produzido pelo Instituto Baiano de Direito Processual Penal, em convênio com o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.¹⁷⁶

A operacionalidade real do sistema penal, esta não abarcada pelo discurso jurídico penal e por uma Teoria Geral do Processo, seja na sua acepção tradicional, seja na forma cunhada por Didier¹⁷⁷, é sustentada pela Teoria Agnóstica da Pena¹⁷⁸, esta um dos alicerces da teoria Agnóstica do Processo Penal. Tal fato configura mais uma razão para desconfiar da atividade de persecução penal desenvolvida pelo Estado, e não admitir uma pretensão de totalidade de uma Teoria Geral do Processo.

Nesse diapasão, inserem-se as audiências de custódia, como o já atuar agnóstico do Estado em face da atividade de persecução penal.

Por fim, conclui-se pela urgente necessidade de se delimitar o fenômeno processual penal, apartado de qualquer pretensão de unidade com uma Teoria Geral do Processo.

2.4 DA FASE DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E A SUA ABORDAGEM À LUZ DE UMA TEORIA AGNÓSTICA DO PROCESSO

Conforme afirmado, um dos pressupostos da Teoria Agnóstica do Processo, a Teoria Agnóstica da Pena, questiona a real função das penas, principalmente considerando o caráter historicamente excludente das colônias latino-americanas.¹⁷⁹ A Teoria Agnóstica do Processo

¹⁷⁶ BRASIL. **Relatório Final de Atividades. Grupo de Pesquisa Sobre Audiências de Custódia.** Convênio de Cooperação Técnico-Científica TJBA/IBADPP. Salvador, Bahia, 2017, p. 16. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/2139/o-ibadpp-divulga-o-resultado-da-pesquisa-sobre-as-audiencias-de-custodia-realizadas-no-estado>>. Acesso em: 26 mai. 2018.

¹⁷⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo:** essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

¹⁷⁸ Para Zaffaroni, a violência diária do sistema penal recai sobre os setores mais carentes da população, “e, particularmente, sobre os habitantes das ‘vilas-misérias’, ‘favelas’, ‘cidades novas’, etc.”, ao passo que, de acordo com o autor, está-se diante de um “genocídio em andamento”. Assim, de acordo com o citado autor, “(...) em alguns países, esta situação torna-se ainda mais evidente quando o genocídio assume um aspecto inquestionavelmente étnico, como a contribuição do sistema penal para a extinção do índio ou o nítido predomínio de negros, mulatos e mestiços entre presos e mortos. A partir de tais dados, a noção de monopólio da força para fins de pacificação, sustentada pela Teoria Geral do Direito, sucumbe à realidade, ao menos, na América Latina. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 125).

¹⁷⁹ Se a maioria dos autores de Direito Penal, como não poderia deixar de ser, propaga a influência do finalismo alemão como teoria estruturante do Direito Penal latino-americano, para Zaffaroni, o que vigora mesmo “em nossa região marginal” é o modelo perigosista cunhado por Lombroso, considerando o processo de colonização que incidiu sobre esta região. De acordo com o autor, o modelo de controle social adotado na América Latina parte do princípio da inferioridade biológica dos povos colonizados, realizando a analogia entre o selvagem e o criminoso (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 77.). Tal aporte não se compatibiliza com uma teoria geral do processo, em cujo conceito de jurisdição está imbricado a busca da *pax* social.

entende a atividade jurisdicional como uma ínfima parte do verdadeiro sistema penal. Nesse sentido, entende o marco teórico adotado¹⁸⁰:

(...) o poder direto de seleção, isto é, o poder de definir quem serão as pessoas criminalizadas, curiosamente, pertence muito mais às agências policiais do que às agências judiciais, necessariamente condicionadas e limitadas aos casos que passam pelo filtro das agências policiais.

O sistema penal, ao contrário do quanto exposto pela doutrina processual tradicional, pauta a sua atuação, de forma majoritária, através das agências extrajudiciais que, no Brasil, são a polícia judiciária e a ostensiva.

É a partir dessa constatação que surge o objeto de estudo do presente trabalho, as audiências de custódia. O instituto, cuja observância passou a ser obrigatória a partir da Resolução n. 213/2015, apresenta como um de seus objetivos identificar os casos de tortura realizada por agentes do Estado, na fase pré-processual.

Conforme já afirmado, a necessidade de apresentação imediata do preso à autoridade judicial representa uma postura de desconfiança do Estado em face do próprio atuar estatal. Somente a suspeita de que as agências policiais atuam ao largo do marco legal justifica a Resolução n. 213/2015, na qual o Conselho Nacional de Justiça reconhece, expressamente, a necessidade de o Judiciário atuar enquanto um meio de conter, via prevenção ou punição, os casos de tortura praticados por agentes do Estado.

Nessa senda, o contato físico do Juiz com o custodiado, bem como a possibilidade do magistrado determinar o arquivamento do inquérito policial, já implica em um controle jurisdicional em uma fase marcadamente inquisitiva.

A diferença mais marcante, que separa a atuação do Judiciário e da Polícia Judiciária, é a disparidade entre o sistema acusatório, no qual há uma divisão entre os papéis de acusação, defesa e julgamento, havendo a possibilidade de o acusado influir no mérito da causa, e o sistema inquisitório.

No último, o investigado é interrogado, muitas vezes, sem a presença do defensor, público ou constituído, em uma Delegacia de Polícia. É justamente nesse momento, ou, no caso de prisão em flagrante, entre a captura e a apresentação à autoridade policial, que ocorrem os casos de tortura e, em algumas situações, a execução sumária. Deste modo, a

¹⁸⁰ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 23.

instituição das audiências de custódia, talvez, represente a tentativa do Estado, através do Poder Judiciário, de fiscalizar a atuação das polícias, em sede inquisitorial.

Não se pode perder de vista que as audiências de custódia têm como objetivo evitar a decretação de prisões processuais arbitrárias, uma vez que o ordenamento brasileiro prevê a imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão, sobressaindo o caráter de *ultima ratio* da segregação cautelar. Seria, deste modo, um horizonte mais consentâneo com as disposições da Constituição Federal de 1988, portanto, um modelo mais democrático de processo.

Destarte, em sendo tal audiência um ato processual realizado a partir de uma peça de informação – o inquérito policial iniciado com o auto de prisão em flagrante – não se sabe, ainda, qual a categoria jurídica do *novel* instituto.

Assim, sobressai, para o presente trabalho, a importância da fase de investigação preliminar, ou inquisitiva, realizada no âmbito da Polícia Judiciária que, de acordo com o marco teórico adotado, detém o poder de seleção muito maior do que as agências judiciais.¹⁸¹

Dito isto, urge a necessidade de se categorizar o inquérito, à luz de uma teoria Agnóstica do Processo Penal, como um ato que produz sérias implicações nas seguintes questões: integridade física do indivíduo; prisões processuais; produção de provas irrepetíveis, que poderão embasar, ainda que em cotejo com as provas produzidas em juízo, uma futura condenação.

Para este fim, somente uma Teoria do Processo Penal, despida de qualquer pretensão generalista¹⁸², pode assumir, em seu discurso, a necessidade de conter a violência institucional praticada na fase extrajudicial, seja via tortura, execução sumária ou prisão arbitrária.

De acordo com o Relatório produzido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos “Há mais de uma década, a Comissão Interamericana de Direito Humanos (doravante “a CIDH” ou “a Comissão”) considera que a aplicação arbitrária e ilegal da prisão preventiva é um problema crônico em muitos países da região”. Dentre os fatores que

¹⁸¹ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 23.

¹⁸² Considerando que a obra do Professor Fredie Diddier integra a revisão bibliográfica do presente trabalho, deve-se apontar para o fato de que a Teoria Geral do Processo, na acepção proposta pelo professor, não excluiria a existência de uma teoria unitária do processo penal, de sorte que a primeira, dado o seu caráter epistemológico, não se confundiria com o direito processual, pois seria um excerto da Teoria Geral do Direito. Segundo Diniz, a introdução à ciência do Direito “(...) define e delimita, com precisão, os conceitos jurídicos fundamentais.” (DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 23).

contribuem para tal quadro, destacou o Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos:¹⁸³

(...) o atraso na tramitação dos processos penais, a ausência de assessoria legal adequada, a influência da opinião pública e a tendência de promotores e juízes de ordenar mandados de prisão para aquelas pessoas cujo processo está em trâmite, em vez de recorrer a outras medidas.

Interessante notar que o Relatório em apreço possui um recorte regional, da América Latina, não se baseando em nenhuma teoria geral, ou abstrata. Assim, de posse de dados empíricos, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos propõe medidas no intuito de conter o encarceramento em massa. Esta é uma das intenções da instituição das audiências de custódia, conforme se lê em seus considerandos.¹⁸⁴

Em sequência, o tema referente à investigação preliminar será abordado na seção a seguir.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O INQUÉRITO POLICIAL E SUA PERTINÊNCIA PARA AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

O inquérito policial é espécie do gênero investigações preliminares. Em sentido amplo, há investigações que visam apurar ilícitos de ordem civil¹⁸⁵, administrativa ou criminal, considerando a ilicitude como uma conduta contrária à ordem jurídica.

Para o presente trabalho, interessam as investigações realizadas pela Polícia Judiciária, cuja previsão normativa encontra sede na Constituição Federal e no Código de Processo

¹⁸³ Organização dos Estados Americanos. Comissão de Direitos Humanos. **Relatório sobre o Uso das Prisões Preventivas nas Américas**: introdução e recomendações. Washington Dc, 2013, p. 02. Disponível em <<https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

¹⁸⁴ “(...) **CONSIDERANDO** o relatório produzido pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU (CAT/OP/BRA/R.1, 2011), pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU (A/HRC/27/48/Add.3, 2014) e o relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos; (...)”

¹⁸⁵ Existe o Inquérito Civil Público, disciplinado pela Lei n. 7.347/85, cujo escopo é municiar o Ministério Público de informações que poderão ensejar a propositura de uma Ação Civil Pública. No âmbito administrativo, a Lei n. 8112/90 dispõe sobre a sindicância, na qual são colhidas informações capazes de embasar, ou não, a instauração do processo administrativo disciplinar. Para Lopes Júnior e Gloeckner, carece de racionalidade um processo penal sem uma investigação preliminar, de acordo com os postulados garantistas (LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 23). Afinal, considerando a liberdade como regra, a pretensão punitiva do Estado só se mostra razoável se presentes, de forma mínima, indícios de autoria que justifiquem submeter o indivíduo à coação psicológica da persecução criminal. Afinal, segundo os autores supra, “(...) o processo penal encerra um conjunto de ‘penas processuais’ que fazem com que o ponto nevrálgico seja saber se se deve ou não acusar”. Ademais, as medidas que as investigações preliminares de natureza penal podem acarretar na esfera de direitos dos indivíduos são muito mais gravosas, a exemplo da decretação das prisões e da quebra de sigilo das comunicações telefônicas.

Penal.¹⁸⁶ Deste modo, seja no âmbito constitucional, seja no âmbito processual penal, o inquérito policial apresenta como objetivo a produção de informações úteis à deflagração, ou não, de uma ação penal.

Lopes Júnior e Gloeckner¹⁸⁷ afirmam ser a terminologia “instrução preliminar” mais adequada que “investigação preliminar”. Para tanto, valem-se os autores da etimologia da palavra instrução, oriunda do latim *instruere*, que significa ensinar, informar¹⁸⁸. Ferrajoli¹⁸⁹ chama atenção para o fato de a polícia se utilizar de uma série de poderes instrutórios, capazes de produzir provas, o que acaba retirando da justiça o monopólio da persecução penal.¹⁹⁰ Nesse sentido, as audiências de custódia, ao possibilitar a análise da prisão em flagrante pelo Juiz, representam um horizonte mais consentâneo com a Constituição Federal de 1988, em contraponto ao “sistema processual policialesco” criticado por Ferrajoli.¹⁹¹

Já o vocábulo preliminar, de acordo com Lopes Júnior e Gloeckner¹⁹², distinguiria a instrução praticada no âmbito do inquérito policial daquela levada a cabo em sede judicial. De acordo com o autor supra, o Estado deve, antes de deflagrar uma ação penal, “(...) preparar, investigar e reunir elementos que justifiquem o processo ou o não processo.”¹⁹³

¹⁸⁶ De acordo com a Constituição em seu art. 144, (...) § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. Já o Código de Processo Penal dispõe, em seu art. 4º, que a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

¹⁸⁷ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 88.

¹⁸⁸ Portella aponta como possível explanação para a etimologia da palavra História, a seguinte explicação: “conhecer por inquérito, narrativa” (PORTELLA, Oswaldo. **Vocabulário Etimológico Básico do Acadêmico de Letras**. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/letras/article/download/19320/12605>>. Acesso em: 07 jan. 2018). Utiliza-se, na presente descrição, o verbo “conhecer”. Depreende-se daí um indício, intuído por Foucault, no sentido de que o inquérito constituía uma forma de construção da verdade, ainda na Grécia Antiga. (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2005, p. 55.).

¹⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 634.

¹⁹⁰ De acordo com a citação literal: “(...) As medidas cautelares de polícia consistem numa longa série de poderes instrutórios autônomos, paralelos àqueles de competência da magistratura, que, por vezes, as forças policiais podem exercer sem autorização prévia ou mandado da autoridade judiciária, em derrogação ao monopólio da função jurisdicional. (...) Estes poderes que, no seu conjunto, configuram um completo sistema de direito processual policialesco, são de competência da “polícia judiciária”. (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 634.).

¹⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 634.

¹⁹² LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 88.

¹⁹³ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 23.

Assim, não se trata de um instituto de menor importância, afinal, para o marco teórico adotado, o poder de selecionar as pessoas que, futuramente, poderão ser condenadas, pertence muito mais às agências policiais que ao Poder Judiciário.¹⁹⁴

Quanto à natureza jurídica do instituto em estudo, salientam Lopes Júnior e Gloeckner¹⁹⁵ que a análise da função, a estrutura e o órgão encarregado apontam para a categoria jurídica afeta à investigação preliminar. Para classificá-la, os autores citados levam em conta “a natureza jurídica dos atos predominantes”.

Afinal, a despeito de se tratar de um instrumento claramente administrativo, no inquérito policial podem ser praticados atos jurisdicionais, no que diz respeito às chamadas cláusulas de reserva de jurisdição¹⁹⁶, a exemplo da decretação de prisão preventiva, da determinação de busca e apreensão e da quebra de sigilo telefônico.

Não se pode desconsiderar, quanto aos atos praticados no curso da investigação preliminar, que as audiências de custódia se inseriram na realidade do inquérito policial, já que, na assentada, o magistrado delibera sobre a decretação, ou não, de prisões ou medidas cautelares diversas.

O que se indaga na presente seção, considerando o fato de as audiências de custódia incidirem, diretamente, no início da fase inquisitorial (após a prisão e a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante), é se uma teoria geral do processo, com pretensões generalizantes ou epistêmicas, consegue abarcar a investigação pré-processual no processo penal brasileiro.

3.1 É POSSÍVEL TRATAR SOBRE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR À LUZ DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO?

A abordagem da fase de investigação preliminar, na presente seção, justifica-se pela menção expressa ao dito instituto, realizada pela Resolução n. 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça.¹⁹⁷

¹⁹⁴ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 23.

¹⁹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91.

¹⁹⁶ Nos termos da Constituição Federal em seu art. 5º, (...)XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (...).

¹⁹⁷ Dispõe a Resolução n. 213/2015, em seu art. 1º, determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da

Estariam tais investigações a serviço do escopo pacificador da jurisdição? Haveria conceitos lógico-jurídicos capazes de descrever os atos praticados no inquérito?

Continuando os questionamentos, indaga-se como a Teoria Geral do Processo trata o instituto da investigação preliminar, ou melhor, a Teoria Geral do Processo aborda tal instituto?

A fim de responder à última indagação, buscaram-se possíveis respostas em obras dos seguintes autores: Marinoni¹⁹⁸, Didier¹⁹⁹, e Cintra, Dinamarco e Grinover²⁰⁰.

Conforme sustentado na primeira seção, o livro “Teoria Geral do Processo²⁰¹” é responsável pela formação de toda uma geração de juristas, de sorte que tal obra sustenta a possibilidade de uma teoria geral capaz de abarcar tanto o fenômeno processual penal quanto o fenômeno processual civil.

O mencionado livro analisa o fenômeno processual penal a partir da deflagração da denúncia, ou seja, no já atuar da Jurisdição. Deste modo, o “poder geral de persecução²⁰²”, realizado em sede de investigação preliminar, em regra, pela Polícia Judiciária, está fora da “ordem do discurso²⁰³” da “Teoria Geral do Processo” pela Escola de São Paulo.

Sobressai, na obra em apreço, a intenção de relacionar a jurisdição penal à civil, buscando os autores demonstrar que o ilícito penal configura uma maior reprovação do Estado em face de um ilícito cível.²⁰⁴

Por outro lado, o referencial teórico adotado, a Teoria Agnóstica do Processo, sustenta que uma teoria do Processo Penal deve apresentar, dentre os seus conceitos operativos, a investigação preliminar²⁰⁵, por ser essa integrante do chamado “poder geral de persecução

comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão. E também e seu art. 4º, parágrafo único, é vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia.

¹⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

²⁰⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

²⁰¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

²⁰² RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

²⁰³ FOUCALT, Michel. **A Ordem do Discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de setembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 24. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

²⁰⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 159-160.

²⁰⁵ Segundo Ramalho Júnior, “(...) um programa de processo penal comprometido com o Estado Democrático de Direito poderia estar composto por três etapas ou partes, assim delineadas: fundamentos: referencial teórico, fontes normativas e conceitos operativos (ação; jurisdição; processo e investigação preliminar)” (RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC:

penal.” Nesse sentido, Ferrajoli chama a atenção para o que seria o reverso da epistemologia garantista, a epistemologia inquisitiva, a qual envolve “(...) uma tradição autoritária muito mais antiga e realmente jamais interrompida.”²⁰⁶

No que toca à noção de conceitos lógico-operativos, demonstrou-se, na primeira seção, a contribuição de Didier²⁰⁷ para a discussão em torno da possibilidade de uma Teoria Geral do Processo. De acordo com o autor, essa teria a função de delinear conceitos jurídicos aplicáveis a qualquer espécie de processo, não estando excluída a possibilidade de existirem teorias unitárias do processo, a exemplo de uma teoria do processo penal.

Indaga-se, a partir de tal aporte, se a Teoria Geral do Processo, sob um enfoque epistêmico, estaria apta a trazer conceitos lógicos aplicáveis a uma fase marcadamente administrativa, na qual o Poder Executivo, via Polícia Judiciária, busca informações acerca da autoria delitiva, em regra, fora do controle jurisdicional, fenômeno denominado por Ferrajoli²⁰⁸ como um “(...) um completo sistema de direito processual policialesco.”

Veja-se, por exemplo, a normatização da investigação criminal, conduzida por Delegado de Polícia, prevista na Lei n. 12.830/2013:

Art. 2º (...) § 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

Percebe-se, do excerto acima, a existência de conceitos operativos próprios do Direito Penal, sem os quais sequer é possível acionar a jurisdição, quais sejam, “circunstâncias”, “materialidade” e “autoria”, que são conceitos-chave da dogmática penal²⁰⁹, esta integrante do modelo garantista²¹⁰ adotado pelo marco teórico do presente trabalho.

Empório do Direito, 2016, p. 45). Nesta conformidade, o marco teórico adotado propõe que as investigações preliminares integrem os conceitos operativos afetos ao fenômeno processual penal. Frise-se que tal conceito não surge da Teoria Geral do Processo, uma vez que o Inquérito Civil, além de ser um instituto relativamente recente, com previsão na Lei de Ação Civil Pública, não tem a mesma incidência, na vida dos investigados que o inquérito de natureza penal.

²⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 35.

²⁰⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo: essa desconhecida**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

²⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 634.

²⁰⁹ Em outras palavras, imaginar um processo penal destituído do Direito Penal, ou “poder de punir”, seria inconcebível, ao menos a partir das conquistas iluministas. (RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.).

²¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Não se vislumbra, portanto, como uma Teoria Geral do Processo, nos moldes propostos por Didier²¹¹, poderia contribuir para a compreensão das investigações preliminares.

Por certo que a Lei n. 12.830/2013 fala em “procedimento”. Lopes Júnior e Gloeckner²¹² abordam as investigações preliminares como uma série de atividades concatenadas realizadas pelo Estado, a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício, apresentando um caráter prévio em relação ao processo penal.

O conceito operativo “procedimento” poderia encontrar equivalência em uma Teoria Geral do Processo de cunho epistêmico²¹³. Ocorre que o “procedimento”, como ato voltado ao resultado sentença, do processo civil, tem como marca o contraditório e a ampla defesa²¹⁴, ao passo que o procedimento da investigação preliminar é marcadamente inquisitivo, a despeito de a lei facultar ao investigado a produção de algumas provas.

Deste modo, a possibilidade de produção de provas, acima descrita, é muito mais uma prerrogativa garantida, ao menos formalmente, ao advogado que propriamente ao investigado.²¹⁵

Não se pode desconsiderar que a Lei n. 12.830/2013 trata da figura do indiciamento, sem, contudo, conceituá-lo. De acordo com o art. 2º da mencionada lei, “(...) § 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, a materialidade e as suas circunstâncias.”

Assim, conforme pontuado na primeira seção, indaga-se sobre a possibilidade de uma Teoria Geral do Processo, com pretensões totalizantes, fornecer um conceito operativo a respeito da figura do indiciamento.

²¹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

²¹² LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 90.

²¹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

²¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 321.

²¹⁵ Dispõe o Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94) que ao advogado são garantidas as seguintes prerrogativas: (...) XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital (...) XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração. a) apresentar razões e quesitos. (...). Ocorre que tais garantias pertencem ao advogado, não estando positivado ser um direito do investigado produzir provas em contraditório, uma das características dos procedimentos jurisdicionais, ao menos em Estados democráticos.

Por outro lado, existem as chamadas cláusulas de reserva jurisdicionais, nas quais o Delegado de Polícia, ou outra autoridade investida dos poderes de investigação, é obrigado a provocar o Estado-Juiz, quando as medidas investigativas importem a violação da liberdade ou da intimidade dos investigados.

Destarte, estão inseridas nas cláusulas de reserva de jurisdição as interceptações telefônicas²¹⁶, as ordens de busca e apreensão domiciliar e a decretação de prisões. Sobre as medidas constritivas de liberdade, a Constituição exige ordem fundamentada do Estado-Juiz. E tal previsão não é ociosa.

Partindo-se de uma abordagem histórica, o momento anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 ainda é lembrado como uma época em que o Estado, no curso de investigações preliminares, determinava a prisão de pessoas, por tempo indeterminado, sem que tais atos pudessem ser objeto de apreciação judicial, conforme redação do Ato Institucional n. 5²¹⁷.

As arbitrariedades cometidas no curso das ditaduras latino-americanas são referidas por Ferrajoli como um exemplo extremado do risco gerado pela ausência de controle jurisdicional sobre a fase de investigação preliminar. De acordo com o autor supra²¹⁸:

Podemos ter um processo penal perfeito, mas ele será sempre uma pobre realidade se o monopólio judiciário do uso da força contra os cidadãos não for absoluto e exista uma força pública que aja sem vínculos legais. O caso limite e dramático acontece quando a variação entre o nível normativo da legalidade e aquele efetivo da realidade alcança as formas terríveis experimentadas nos regimes militares da América Latina. Mas, também nos ordenamentos, nos quais o princípio de legalidade é formalmente respeitado, o monopólio penal e judiciário do uso da violência pode ser esvanecido pelos poderes paralelos mais ou menos verificáveis em tema de liberdade conferidos pelas mesmas leis às forças policiais.

Deve-se questionar se o monopólio judicial da persecução penal, de fato, reduziria a violência das “agências executivas do sistema penal²¹⁹”, que, no Brasil, são as polícias militar e judiciária.

²¹⁶ Lei n. 9.296/96, Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

²¹⁷ Na redação do Ato Institucional n. 5, em seu artigo 10, lê-se: Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. E no artigo 11 do mesmo diploma legal está disposto que Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

²¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 614.

²¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 137.

Não se pode desconsiderar, conforme adverte Gloeckner²²⁰, o momento em que o inquérito policial, no Brasil, foi regulamentado, ou seja, no Estado Novo, no qual foi outorgado um Código de Processo Penal baseado no *Codice Rocco* da Itália fascista.

Deste modo, um controle judicial nesta fase preliminar aponta para um horizonte mais democrático que o ora vigente.

Dito isto, estando as audiências de custódia situadas no momento posterior à prisão em flagrante, quando do início do inquérito policial, tal circunstância justifica a atenção conferida à fase de investigação preliminar, no presente trabalho.

Nesse passo, vislumbra-se uma possível tensão entre o Estado de Polícia, calcado na ideologia da defesa social, e o Estado de Direito, o qual confere garantias aos acusados e investigados (no qual se inserem as audiências de custódia). O primeiro modelo é mais afeto ao Código de Processo Penal em vigor no Brasil. O segundo, ao menos formalmente, diz respeito ao período pós-Constituição de 1988, ambiente propício à adoção do objeto de estudo.

O marco teórico adotado, a Teoria Agnóstica do Processo, parte do pressuposto de que toda a atividade de persecução criminal deve ser encarada com desconfiança, ao passo que o poder de punir, o qual se inicia na fase de investigação preliminar, reclama contenção.²²¹

Pode-se afirmar que a investigação preliminar, como meio de apurar a prática de delitos e, deste modo, embasar, ou não, a propositura de uma ação penal, atenderia ao escopo de pacificação social defendido por Grinover, Cintra e Dinamarco²²². Ocorre que, conforme já dito, as atividades de Polícia Judiciária estão fora do discurso assente na obra dos citados autores, tomada como referência.

De igual modo, a obra “Teoria Geral do Processo”, de Marinoni²²³, está muito mais próxima de um direito processual civil unitário, utilizando a acepção de Didier²²⁴, ou seja, não consegue abarcar o fenômeno processual penal.

²²⁰ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1.

²²¹ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

²²² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

²²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

²²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo: essa desconhecida**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

Assim, no Brasil, não se pode buscar, ao menos em uma perspectiva crítica, entender a investigação preliminar levada a cabo pelas polícias judiciárias sem atentar para aspectos históricos do instituto, ou seja, prescindindo de uma abordagem zetética.²²⁵

Afinal, o marco teórico adotado visa construir conceitos dogmáticos a partir de aportes zetéticos.

Nessa perspectiva, para o presente trabalho, sem perder de vista que o objeto de estudo do mesmo são as audiências de custódia, deve-se indagar, para além de qualquer pretensão idealizante da Teoria Geral do Direito, qual modelo de Estado criou o inquérito policial, no ordenamento brasileiro, da forma hoje conhecida, e se, a despeito da promulgação da Constituição Federal de 1988, houve alguma mudança nesse quadro.

3.2 O CÓDIGO *ROCCO* E O ESTADO DE POLÍCIA. O INQUÉRITO POLICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

De acordo com Zaffaroni²²⁶, a dialética entre o Estado de Direito e o Estado de Polícia se dá na insustentabilidade de um estado de guerra permanente, vigente em plena ordem democrática.

Sabe-se que o Código de Processo Penal – CPP então vigente foi inspirado no Código Rocco, redigido durante o Regime fascista de Benito Mussolini. Este dado histórico diz muito sobre aportes que uma determinada filosofia política, a doutrina da segurança nacional, trouxe ao código brasileiro.

Realizando-se um cotejo com outros Códigos de Processo Penal da América Latina, percebe-se, nos mesmos, a preocupação de gizar, no início de tal lei, os princípios encartados em suas respectivas constituições.²²⁷

²²⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 2013.

²²⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **El Enemigo en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 5.

²²⁷ Nesse sentido, dispõe o Código de Processo Penal argentino, em seu art. 1º, Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias, ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza, ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.” Já o Código de Processo Penal chileno estatui, em seu art. 1º, que “(...) Juicio previo y única persecución. Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal. La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho.” Nota-se, nos dois diplomas citados, uma preocupação do legislador em delinear os contornos jurisdicionais da persecução penal. Em sentido diverso, o Código de Processo Penal brasileiro é iniciado com o Inquérito Policial.

Enquanto isso, o CPP brasileiro, um Decreto-Lei outorgado durante o Estado Novo, inicia, em seu art. 4º, com o Inquérito Policial.²²⁸

Em sentido contrário, o Projeto de Lei n. 156, isto é, o Novo Código de Processo Penal, na esteira de documentos internacionais, a exemplo do Pacto de San José da Costa Rica, apresenta uma redação preocupada com o espectro garantidor da persecução penal, instituindo a figura do “Juiz de Garantias”, com atuação na fase de investigação preliminar, conforme será melhor delineado mais adiante.

Assim, pode-se afirmar que o processo penal, *per se*, configura uma verdadeira garantia do acusado. De mais a mais, enquanto atividade que emana do Estado, a persecução criminal revela, em maior ou menor escala, quão autoritária, ou democrática, é determinada sociedade.

É este aspecto político, marcadamente o poder de persecução penal, que está implícito ao inquérito policial ou, em sentido amplo, às formas de investigação.

Sobre a persecução penal, afirma Binder²²⁹ que, ao assumir o poder de requerer e de julgar, o Estado assume o monopólio da persecução criminal, buscando justificar tal exclusividade por meio do “discurso jurídico penal”²³⁰, a partir da necessidade de se reduzir os níveis de violência.

Por outro lado, considerando que a origem do Código de Processo Penal brasileiro se deu na vigência de um Estado de exceção, o Estado Novo, bem como levando em conta a ditadura civil-militar no Brasil (1964-1985), certo é que muitas investigações preliminares realizadas em tais períodos apresentavam, como característica marcante, a violência, e não a contenção da mesma²³¹.

²²⁸ Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

²²⁹ BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 161.

²³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

²³¹ Em carta assinada por Dom Hélder Câmara e Dom Lamartine Soares, lê-se: “Até quando a pretexto de combater o terrorismo, haverá, em nome das autoridades policiais ou militares, a utilização de terrorismo (...), capaz de ferir os mais elementares direitos humanos” (FON FILHO, Aton. **A Repressão Militar-Policial no Brasil: o livro chamado João**. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2016. p. 143). O trecho em apreço diz respeito à prática da tortura realizada por agentes, civis e militares, a serviço do Estado brasileiro. Deste modo, o ideal do monopólio da força para fins de pacificação social, sustentado pela Teoria Geral do Direito, não é demonstrável, empiricamente, a partir de dados da operacionalidade real das instituições que integram a persecução penal, principalmente, os órgãos encarregados de realizar investigações preliminares. Atente-se, no que pertine ao caráter informativo das investigações preliminares, para a etimologia da palavra “instrução”, oriunda do latim “*instruere*”, que significa “ensinar”. (LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 88). Há que se destacar que, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, muitas investigações eram realizadas pelas Forças Armadas, ao arripio do controle jurisdicional. Cite-se, por exemplo, o relato do então estudante Ângelo Pezzuti da Silva, preso pela Polícia do Exército (PE) e torturado, de forma demonstrativa, em uma aula oferecida a mais

De mais a mais, há que se demarcar, conforme será demonstrado adiante, as diferenças sensíveis entre o sistema inquisitório – vigente, no Brasil, na fase pré-processual –, e o sistema acusatório, marcado, dentre outras características, por um maior protagonismo das partes na produção de provas.

Repousa no sistema inquisitório, a busca da confissão. De acordo com Batista²³², o procedimento inquisitório, na Idade Média, favoreceu o surgimento de um escalonamento de provas, sendo a confissão o meio mais relevante.

Ressalte-se que, se no período medieval, a presença do defensor não era obrigatória durante as investigações, tal e qual ocorre no momento atual do inquérito policial pátrio.²³³ Ademais, se a tortura, durante o inquérito, era prática corriqueira, durante o medievo²³⁴, não se pode afirmar que, atualmente, a atividade de investigação preliminar, marcadamente a policial, está livre dessa característica.

Ademais, conforme afirmado por Zaffaroni²³⁵, é justamente na fase pré-judicial que existe um amplo espaço de poder, livre de qualquer controle jurisdicional. É na atuação das polícias que acontecem os casos de execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados de pessoas e torturas.²³⁶

Percebe-se, na regulamentação das audiências de custódia, a iniciativa do Estado brasileiro no sentido de monitorar a prática da tortura na fase investigativa. O artigo 11 da Resolução n. 213 do Conselho Nacional de Justiça, em um de seus anexos, apresenta um protocolo específico para a atuação do Judiciário nestes casos:

de cem sargentos, ministrada por um oficial da Polícia do Exército. (ARNS, Paulo Evaristo. **Brasil Nunca Mais**. Petrópolis: Editora Vozes, 1985, p. 31).

²³² BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013, p. 235.

²³³ BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013, p. 264.

²³⁴ BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013, p. 265.

²³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 25.

²³⁶ Em 1979 foi editada a Lei n. 6.683, denominada Lei de Anistia, cujo artigo 1º concede o dito benefício a todos aqueles que, entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, foram autores de crimes políticos ou conexos com estes. Na prática, tal iniciativa significou não só o perdão aos opositores do regime, configurando, principalmente, uma norma em benefício dos delitos cometidos por militares e policiais que atuavam, à época, na repressão, praticando, durante a fase de investigações preliminares, graves violações aos direitos humanos. A Lei de Anistia foi declarada constitucional pelo STF, porém, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao analisar o Caso Gomes Lund e outros, entendeu que as leis de auto-anistia não têm o condão de extinguir os crimes de lesa-humanidade cometidos por agentes do Estado. (COSTA RICA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil**. Sentença de 24 de Novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2015.) Frise-se que tais informações são relevantes na medida em que, para o referencial teórico adotado, o poder de persecução penal deve ser refreado, com base em dados fáticos e históricos, a exemplo dos abusos cometidos durante a Ditadura Civil-Militar do Brasil.

Assim, recomenda-se à autoridade judicial atenção às condições de apresentação da pessoa mantida sob custódia a fim de averiguar a prática de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante considerando duas premissas (...).

Sem dúvida, o inquérito policial, bem como os sistemas de investigação preliminar reclamam uma maior atenção da doutrina pátria.

Ocorre que, partindo-se de uma abordagem garantista, pouco adiantará um processo penal cercado por garantias no já atuar da Jurisdição, se, na fase de investigação preliminar, a atividade policial tiver a total chancela do Estado para atuar ao largo do controle jurisdicional.

Sobre o tema, afirma Ferrajoli²³⁷:

O primeiro pressuposto da função garantista do direito e do processo penal é o monopólio legal e judiciário da violência repressiva. Tanto o direito como o processo garantem contra o arbítrio, na medida em que representam técnicas exclusivas e exaustivas do uso da força para fins de defesa social. Pouco importa que em um país não exista pena de morte se a morte é inflingida ilegalmente, como sucede em muitos regimes ditatoriais ou, também, por meios extralegais, como sucede em muitos países avançados nos confrontos constantes e injustificados entre a polícia e os delinquentes. Pouco importa que no processo penal o interrogatório judiciário seja circundado de mil garantias de defesa, se, após, não é sempre admitida, como acontece na Itália, a intervenção do defensor antes do primeiro contato entre o indiciado e a polícia ou com a acusação pública.

Não sem razão, o referencial teórico adotado intenta construir, dentre os conceitos operativos próprios da persecução penal, a investigação preliminar.²³⁸ E tal urgência não decorre de uma necessidade terminológica, mas sim como uma forma de conter a “violência repressiva” referida por Ferrajoli no excerto acima. O autor italiano fala sobre a necessidade da intervenção do defensor antes do primeiro contato entre o indiciado e a polícia.

Tal crítica se mostra perfeitamente aplicável à realidade brasileira, na qual a presença do defensor, em sede de investigação preliminar, não é imprescindível.

Por outro lado, não se pode desconsiderar que a instituição das audiências de custódia impactou, consideravelmente, a atividade de Polícia Judiciária. Afinal, antes mesmo da formulação da acusação, pelo Ministério Público, já há o contato presencial do custodiado com o Estado-Juiz, com o Ministério Público no papel de *custos legis*, e da defesa, para fins

²³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 613.

²³⁸ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 45.

de avaliação da necessidade em se decretar a prisão preventiva ou alguma medida cautelar menos gravosa. De igual modo, analisa-se, na oportunidade, a higidez da prisão em flagrante, bem como a ocorrência de eventuais maus-tratos.

Importa, para o presente trabalho, indagar a categoria jurídica de tais audiências, bem como a contribuição dessas à estruturação de uma Teoria do Processo Penal. Indagou-se também se seriam as audiências de custódia um ato jurisdicional de controle da regularidade do início da investigação preliminar.

De acordo com o critério adotado por Lopes Júnior e Gloeckner²³⁹, a análise da função, da estrutura e do órgão encarregado aponta para a categoria jurídica de um determinado instituto. Assim, em sendo a mencionada audiência presidida por um Juiz, o qual irá prolatar uma decisão, não há maiores dúvidas acerca da natureza jurisdicional do ato.

Ocorre que tal conclusão não leva em conta a similaridade com outros institutos do direito processual, a exemplo do *habeas corpus* e da figura do Juiz de Garantias, presente no Brasil, no Projeto de Lei n. 156 do Senado, o Novo Código de Processo Penal. No Direito Comparado, importa, para este trabalho, as chamadas audiências de *control de detención*, vigentes no Chile.

A fim de buscar responder à pergunta realizada no anteprojeto de pesquisa, buscou-se problematizar, na presente seção, as semelhanças e as diferenças com o instituto do Juiz de Garantias do processo penal chileno, a fim de responder, mais adiante, às hipóteses de pesquisa traçadas no anteprojeto.

Ter-se-á em vista, sempre, a problematização das questões acima com dois horizontes: um democrático e outro autoritário, levando-se em conta a contribuição do objeto de estudo para uma abordagem política do fenômeno processual penal.

3.3 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: APROXIMAÇÕES COM A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA? CONSIDERAÇÕES SOBRE O “JUIZ DE GARANTIAS”

Conforme mencionado ao longo do presente trabalho, a Teoria Agnóstica do Processo entende a atividade jurisdicional como uma forma de conter o “poder de punir” e não o *Jus*

²³⁹ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91.

*Puniend*²⁴⁰. Para Ferrajoli²⁴¹, de nada adianta um Processo Penal cercado por garantias, se na fase de investigação preliminar o indiciado não conta com a presença do defensor.

Assim, após uma longa tradição, atualmente em voga, que delega à autoridade policial o poder discricionário de conduzir as investigações preliminares, ressalvadas as cláusulas de reserva de jurisdição²⁴², surge, no âmbito do Senado, o Projeto de Lei n. 156/2009, de autoria de José Sarney, o Novo Código de Processo Penal.

No dito Projeto, a investigação preliminar é conduzida por uma “autoridade”. Esta foi a maneira que o legislador encontrou de não tomar partido, seja do Ministério Público, seja da Polícia Judiciária, no tocante à polêmica a respeito da exclusividade do Inquérito Policial como meio de investigação preliminar²⁴³, uma vez que o capítulo sobre o tema foi dividido em quatro partes: Disposições Gerais; Juiz das Garantias; Inquérito Policial e Identificação Criminal.

O *novel* diploma, na esteira de outros códigos de Processo Penal da América Latina, a exemplo da Argentina e do Chile, inicia o Livro I, “Da Persecução Penal”, com o título “Das Garantias Fundamentais”. Percebe-se o reconhecimento, de plano, de direitos e de garantias fundamentais afetos a todos os cidadãos²⁴⁴, incluindo-se os tratados internacionais. Percebe-se, assim, um horizonte mais democrático que o traçado no Código de Processo Penal de 1941, horizonte este denominado por Gloeckner²⁴⁵ de “pós-acusatório”, afeto à Constituição de 1988. O mencionado Projeto de Lei aproxima-se, portanto, do modelo de processo previsto na Resolução que regulamenta as audiências de custódia.

Realizadas essas considerações, cabe apresentar, de forma breve, o Projeto de Lei n. 156/2009, dada a sua maior identificação com os pressupostos garantistas.²⁴⁶

²⁴⁰ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 110.

²⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 613.

²⁴² Tais cláusulas diriam respeito às garantias individuais, quais sejam: liberdade de locomoção, sigilo de dados telefônicos e inviolabilidade de domicílio.

²⁴³ De acordo com o Parecer Final: “(...) a proposta, como se nota, não toma partido do Ministério Público nesse tema, uma vez que não disciplina nem faz referência aos aludidos poderes. Por outro lado, também não acolhe a tese da exclusividade da investigação criminal pela polícia judiciária (BRASIL. Projeto de Lei n. 156 do Senado. Brasília, 2009, p. 25. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 28 dez. 2018).

²⁴⁴ Art. 1º O processo penal rege-se-á, em todo o território nacional, por este Código, bem como pelos princípios fundamentais constitucionais e pelas normas previstas em tratados e convenções internacionais dos quais seja parte a República Federativa do Brasil.

²⁴⁵ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 51.

²⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Serão analisados, por questões metodológicas, apenas os aspectos do Novo Código que tenham pertinência com a fase de investigação preliminar e, mais especificamente, com as audiências de custódia. Em relação a esta, será abordado o instituto do Juiz de Garantias.

3.3.1 Histórico do PLS 156

De acordo com o Parecer Final:

A Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal foi instalada no dia 20 de maio de 2009. Os prazos para a conclusão dos trabalhos foram prorrogados mediante aprovação dos Requerimentos nos 777 e 1.020, de 2009, pelo Plenário do Senado Federal. No dia 1º de setembro de 2009, o mesmo Plenário autorizou a prorrogação dos trabalhos por mais 60 dias úteis.

Menciona-se, no relatório final referente ao PLS 156, a contribuição da seguinte Comissão Externa de Juristas:²⁴⁷

Hamilton Carvalhido, Eugênio Pacelli de Oliveira, Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

Deve-se destacar que, em 1999, foi criada a Comissão Ada Pellegrini Grinover, visando a reforma do atual Código de Processo Penal. Porém, a mencionada Comissão concluiu ser impossível uma reforma total do diploma vigente.²⁴⁸ Em sentido oposto, Gloeckner²⁴⁹ afirma que o fato de o CPP ter surgido durante o Estado Novo já seria suficiente para a sua revogação total.

Percebe-se, nos exemplos acima, a tensão entre dois horizontes: o primeiro, capitaneado por Grinover, defensora de uma Teoria Geral do Processo, concluindo pela impossibilidade de reforma total do sistema. Em contraponto, uma segunda opinião,

²⁴⁷ BRASIL. Projeto de Lei n. 156 do Senado. Brasília, 2009, p. 10. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

²⁴⁸ BRASIL. Projeto de Lei n. 156 do Senado. Brasília, 2009, p. 20. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

²⁴⁹ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 35.

sustentando a impossibilidade de uma norma eivada de autoritarismo sobreviver na era “pós-acusatória.”²⁵⁰

Importa destacar, para o presente trabalho, que o Projeto de Código de Processo Penal, ao menos no capítulo referente à investigação preliminar, busca fixar categorias próprias ao fenômeno processual penal, a exemplo do instituto do Juiz de Garantias, sem paralelo com uma Teoria Geral do Processo, ou uma Teoria Unitária do Processo Civil.

E tal circunstância se dá a despeito, inclusive, da presença de Antônio Magalhães Gomes Filho, um expoente da Escola Paulista de Processo, defensora da possibilidade de uma Teoria Geral do Processo de matriz civilista.

O PLS n. 156, de 2009, divide o Código de Processo Penal em seis Livros, inaugurando o texto legal com um Título dedicado aos princípios fundamentais que orientarão o novo diploma.²⁵¹ Ao contrário do diploma vigente, o novo projeto remete, diretamente, à Constituição Federal, estabelecendo, de acordo com o Relatório Final do PLS 156, “(..) um novo paradigma normativo para o processo penal brasileiro.”²⁵²

Destarte, o projeto de Código faz questão de anunciar a “(..) estrita obediência ao devido processo legal constitucional”, estabelecendo que as garantias processuais serão observadas em relação a todas as formas de intervenção penal.²⁵³

Importa, para o presente trabalho, indagar se tais garantias incidiriam, de acordo com o projeto, sobre a fase de investigação preliminar. De igual modo, é relevante saber em que medida essas garantias, previstas no PLS n. 156/09, encontram semelhanças com o instituto das audiências de custódia.

Mais ainda, interessa arguir se as audiências de custódia já anteciparam, ou não, alguns institutos previstos no projeto em epígrafe.

Feitas tais ponderações, passar-se-á a analisar a previsão normativa da investigação preliminar no mencionado diploma.

²⁵⁰ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 35.

²⁵¹ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 22.

²⁵² GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 22.

²⁵³ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 22.

3.3.1.1 A Investigação Preliminar no Novo Código de Processo Penal e Aproximações ao Instituto das Audiências de Custódia

Buscando a pertinência com o objeto de estudo da presente dissertação, importa destacar, a respeito da previsão da investigação preliminar no projeto em apreço, o instituto do Juiz de Garantias.

Sobre o tema, prescreve o texto legal:

Art. 15. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

(...)

I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da *Constituição da República Federativa do Brasil*;

II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 556;

III – **zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença**;

(...)

XI – decidir sobre os pedidos de:

a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;

b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas;

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

XII – julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia;

Art. 16. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.

§1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.

O *caput* do artigo acima destaca o caráter “garantidor” do instituto, como uma salvaguarda das garantias individuais. Dentre as funções do Juiz de Garantias, destaca-se, para o presente trabalho, a possibilidade de determinar a condução do preso à sua presença.

Registre-se que tal faculdade já se encontra prevista no atual Código de Processo Penal, no capítulo atinente ao *habeas corpus*. Porém, não há uma expressa determinação da apresentação do custodiado, como ocorre na previsão normativa acerca das audiências de custódia.

A salvaguarda dos direitos do preso, prevista no comando acima, diz respeito, também, à integridade física. Realizando-se um paralelo com as audiências de custódia,

percebe-se que um dos fins almejados pela Resolução n. 213/2015 do CNJ encontra fundamento na prevenção da tortura e de tratamentos degradantes.²⁵⁴

A diferença sensível entre os dois institutos, as audiências de custódia e o Juiz de Garantias, dá-se em razão do controle, realizado pelo último, das medidas que importam restrição de garantias fundamentais referentes a meios de prova que poderão ser utilizados no curso das investigações.

Em relação às audiências de custódia, essas apresentam como funções a aferição das condições da prisão do conduzido, em relação a eventual prática de tortura, bem como a possibilidade da decretação de liberdade provisória, cumulada, ou não, com medidas cautelares diversas da prisão. Destaque-se, inclusive, que a redação da Resolução n. 213/2015 é expressa ao delimitar que, no curso das audiências de custódia, não serão produzidas provas capazes de influir no curso do inquérito policial ou no futuro processo.²⁵⁵

Por outro lado, há uma semelhança entre as audiências de custódia e a figura do Juiz de Garantias: ambos os atos de Poder (jurisdicional) não se confundem com atos praticados pelo Juiz competente para o conhecimento da ação penal principal. Existe, em ambos os institutos, um ganho ao sistema acusatório.

Sobre o Juiz de Garantias, esclarece o Projeto:

Ainda no título da investigação criminal, o projeto de Código disciplina o que talvez seja uma das grandes novidades da proposta. Trata-se da figura do juiz das garantias, responsável último pelo controle de legalidade da investigação criminal e salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado (art. 15, *caput*).²⁵⁶

Conforme já dito, o Juiz que preside as audiências de custódia não realiza uma apreciação detida dos atos investigativos, tampouco é instado a se manifestar sobre requerimentos probatórios que versem sobre as chamadas cláusulas de reserva de jurisdição, ou seja, os direitos e garantias fundamentais à inviolabilidade de domicílio, liberdade de locomoção e sigilo de dados.

²⁵⁴ De acordo com os Considerandos da Resolução n. 213/2015: “(...) **CONSIDERANDO** que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

²⁵⁵ Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo: (...) VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante; (...).

²⁵⁶ BRASIL. Projeto de Lei n. 156 do Senado. Brasília, 2009, p. 27. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

Nesse sentido, dispõe a Resolução n. 213/2015:

Art. 8º (...)

§ 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, **reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação**, permitindo-lhes, em seguida, requerer:

I - o relaxamento da prisão em flagrante;

II - a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

III - a decretação de prisão preventiva;

IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

§ 2º A oitiva da pessoa presa será registrada, preferencialmente, em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia.

§ 3º A ata da audiência conterà, apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus tratos. (Grifou-se).

Percebe-se que a Resolução busca cingir o ato em questão às deliberações sobre prisão/liberdade/medidas cautelares diversas da prisão e a eventual prática de tortura no curso da prisão em flagrante ou interrogatório.

De acordo com Paiva²⁵⁷, não haveria maiores inconvenientes em, já na audiência de custódia, produzir-se provas que poderiam ser utilizadas no eventual processo principal.

Discorda-se do posicionamento supra, na medida em que a sumarização do processo penal, sem embargo, aponta para perspectivas mais autoritárias, não se afirmando, contudo, ser esta a intenção do autor acima.

Por outro lado, adverte Paiva²⁵⁸ que, embora realizada, em regra, na fase de investigação preliminar, a audiência de custódia não pode ser considerada ato ou instrumento da investigação, já que, em sendo o auto de prisão em flagrante judicializado, “(...) a prisão

²⁵⁷ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 113. Nas palavras do autor “(...) é interessante observar que os tratados internacionais de direitos humanos e a legislação processual penal de outros países não estabelecem nenhum limite cognitivo para esta audiência de apresentação da pessoa presa. (...) o fato da audiência de custódia estar relacionada na normativa internacional ao *direito à liberdade pessoal*, embora auxilie na explicação sobre as finalidades deste ato processual, não parece ser o bastante para legitimar a proibição de qualquer atividade probatória” (*idem*).

²⁵⁸ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 115.

imediatamente adquire natureza de ato processual, incidindo normalmente as garantias da ampla defesa e do contraditório”.

Assim, conforme sustentado alhures²⁵⁹, em sendo a natureza dos atos de investigação, predominantemente, administrativos e vinculados ao Poder Executivo, não se confundem com a categoria jurídica das audiências de custódia, essa de cunho jurisdicional.

Destarte, dentro da categoria ato processual, o que a presente pesquisa busca elucidar é a possibilidade de enquadrar as audiências de custódia na categoria jurídica afeta a algum instituto processual penal vigente ou em tese previsto, a exemplo do Juiz de Garantias.

Intentou-se, assim, aproximar tais audiências da figura do Juiz de Garantias, previsto no PLS 156/ 2009, o Novo Código de Processo Penal. Tal metodologia visa atender a uma das hipóteses delineadas no Projeto de Pesquisa.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que ambos os institutos apontam para um processo penal de feições mais democráticas, atinentes ao período “pós-acusatório” inaugurado pela Constituição Federal de 1988.²⁶⁰

De igual modo, levando em conta o referencial teórico adotado, nota-se que o instituto do Juiz de Garantias se coaduna com uma perspectiva agnóstica do Processo Penal²⁶¹, uma vez que, de forma expressa, o PLS 156 reconhece a necessidade de se observar as garantias constitucionais na fase de investigação. Tal perspectiva não aponta para um horizonte de defesa social, mas sim para uma perspectiva garantista.

3.4 AS AUDIÊNCIAS DE *CONTROL DE DETENCIÓN*: A EXPERIÊNCIA CHILENA

Outra hipótese traçada, no que pertine à categoria jurídica das audiências de custódia, diz respeito a um instituto vigente no Direito Processual Chileno: a audiência de *Control de Detención*. Justifica-se a escolha do mesmo em razão de o Chile, ao contrário do Brasil, ter implementado um Código de Processo Penal em 2000, consentâneo com os tratados internacionais e as aspirações mais democráticas²⁶², figurando as audiências de custódia, no

²⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁶⁰ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 51.

²⁶¹ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

²⁶² Sobre o assunto: “(...) Inspirándose en diversas fuentes, como el CPPMIA y en los pactos internacionales sobre derechos fundamentales suscritos y ratificados por Chile, el CPP de 2000 modificó radicalmente el sistema, con la finalidad de ajustarse a las exigencias sobre el debido proceso que impone el derecho internacional de los derechos humanos.” (LOYOLA. Enrique Letelier. Estatuto de las Libertades en el Proceso Penal Chileno a Trece Años de Vigencia del Sistema Acusatorio. **Opinión Jurídica**, v. 12, n. 24, pp. 151-168,

caso brasileiro, como uma tentativa de aproximação do Direito Processual Penal pátrio com os tratados internacionais sobre direitos humanos. Direcionamento já levada a cabo pela normativa processual penal chilena.

Deste modo, o Código de Processo Penal chileno apresenta essa tendência de aproximar o direito interno das previsões internacionais, iniciativa positivada quinze anos antes do ingresso das audiências de custódia no sistema jurídico brasileiro.

Por outro lado, não se pode desconsiderar que, assim como o Brasil, o Chile passou por um grave período autoritário, marcado pela ditadura do General Augusto Pinochet, com um legado de mais de quarenta mil vítimas, entre elas 3.225 mortos ou desaparecidos²⁶³:

Desta forma, o total de vítimas oficiais entre executados, desaparecidos e torturados durante os 17 anos que durou a ditadura de Pinochet (1973-1990) subiu para 40.280, apesar de entre os grupos de vítimas se estimar que a cifra possa superar os 100.000.

Leonel González Postigo²⁶⁴ chama atenção para o fato de as reformas processuais penais da América Latina acontecerem no bojo de um contexto político de maior vulto, qual seja, o fim de regimes autoritários duradouros e o conseqüentemente “(...) redesenho institucional do sistema democrático.”²⁶⁵

Os excertos acima apontam para a atualidade do problema de pesquisa proposto, na medida em que as audiências de custódia, no presente trabalho, são contextualizadas em face de dois horizontes: um democrático e outro autoritário.²⁶⁶

Sem perder de vista os marcos teóricos adotados, refere-se, mais uma vez, à necessidade de contenção do poder punitivo, mormente considerando que os casos de tortura

jul./dic. 2013, Medellín, Colombia, 2013, p. 158). De acordo com Schindler Filho, “(...) existe uma tendência de implementação do sistema acusatório na América Latina, sensivelmente após as reaberturas democráticas, como mecanismo de oposição a um modelo de justiça nitidamente inquisitorial que fundamentava os regimes autoritários precedentes”. (SCHINDLER FILHO, Renato Sigisfried Sigismund. **A Necessária Revitalização da Fase Intermediária do Processo**: pela implementação de uma audiência de controle da acusação. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 67).

²⁶³ **Ditadura de Pinochet no Chile deixou mais de 40 mil mortes, diz relatório**. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/08/novo-relatorio-sobe-para-mais-de-40000-as-vitimas-da-ditadura-de-pinochet.html>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

²⁶⁴ POSTIGO, Leonel González. **Pensar na Reforma Judicial no Brasil**: conhecimento teórico e práticas transformadoras. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2018, p. 19.

²⁶⁵ POSTIGO, Leonel González. **Pensar na Reforma Judicial no Brasil**: conhecimento teórico e práticas transformadoras. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2018, p. 19.

²⁶⁶ Nessa perspectiva: “(...) a agenda de trabalho de longo prazo deverá nos levar à efetiva construção e instalação de um processo penal democrático e constitucional. Como fazê-lo? Transformando essa nova filosofia de pensamento em ações e estratégias concretas que produzam mudanças” no processo penal brasileiro. (POSTIGO, Leonel González. **Pensar na Reforma Judicial no Brasil**: conhecimento teórico e práticas transformadoras. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2018, p. 34).

e desaparecimentos forçados de pessoas, “às margens latino-americanas”²⁶⁷ ocorriam, justamente, após detenções arbitrárias, ao largo do controle judicial.²⁶⁸ Justifica-se, mais uma vez, a abordagem dos sistemas de investigação preliminar, no bojo do presente trabalho.

Destarte, a adoção de um Código de Processo Penal, no Chile, consentâneo com as diretrizes assentes em pactos internacionais e num modelo mais próximo de um processo penal democrático, justificam a escolha do instituto da audiência de *control de detención* como uma hipótese a ser analisada, em comparação com as audiências de custódia instituídas no Brasil.

3.4.1 É Possível Traçar um Paralelo entre o Instituto Chileno e as Audiências de Custódia?

Em artigo que visa realizar um paralelo entre o objeto de estudo e o instituto chileno, esclarecem Hernandez e Assunção²⁶⁹:

O Chile, país que adotou o sistema adversarial no ano 2000, denomina de “audiência de controle de detención” aquela voltada à análise da conformidade da prisão realizada. Não é o rótulo a maior diferença entre as audiências de um e de outro país, e sim a dinâmica da sua realização.

O excerto acima faz menção a duas informações relevantes para a presente exposição. A primeira diz respeito ao sistema adversarial; a segunda, sobre as diferenças relativas à dinâmica de realização das audiências de custódia e as atinentes ao controle de detenção, em tradução livre.

Sobre o sistema adversarial, afirmam Moreira e Camargo que esse seria o modelo de processo característico do sistema acusatório. Neste haveria um maior controle do processo, não só pelas partes, como também levado a cabo pela própria sociedade (princípio da publicidade). Ademais, a forma oral, em contraponto à forma escrita, esta herdada do

²⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

²⁶⁸ Deste modo, conforme já sustentado alhures, não se mostra ociosa, no texto constitucional, a previsão de que a prisão de qualquer pessoa será, imediatamente, comunicada à família, bem como ao Juiz de Direito. No Brasil, são 434 desaparecidos políticos no período anterior à promulgação da CFRB/1988, de acordo com a Comissão Nacional da Verdade (CANES, 2014).

²⁶⁹ HERNANDES, Camila Ribeiro; ASSUMPCÃO, Vinicius. **Audiência de Custódia e Audiencia de Control de Detención**: análise comparada entre as realidades do Brasil e Chile em matéria de controle da legalidade da prisão. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 53.

Processo Canônico (inquisitório), seria um dos traços que diferenciam esses dois modelos de processo penal – o inquisitório e o acusatório.²⁷⁰

A *audiencia de control de detención* e o seu regramento estão elencados, de forma expressa, no Código de Processo Penal do Chile, nos artigos 131 a 138.²⁷¹ De modo geral, a disciplina é similar às audiências de custódia brasileiras, com algumas peculiaridades da adoção de um modelo no qual a investigação é levada a cabo pelo Ministério Público.²⁷²

Existem, assim, dois momentos marcantes, na realização de tais audiências: numa primeira abordagem, o Juiz busca informações acerca das condições da detenção, ao passo que, num segundo momento, é realizado um juízo de possibilidade de prosseguimento da investigação a ser conduzida pelo Ministério público.²⁷³

Assim, de acordo com Hernandes e Assunção²⁷⁴:

(...) a prisão em flagrante deve ser comunicada ao órgão ministerial em até 12 horas, podendo a *fiscalía* torná-la sem efeito. Não sendo o caso, a apresentação ao juízo deverá ocorrer no mesmo prazo, de 24 horas, contados da detenção.

No Brasil, antes da implementação das audiências de custódia, de acordo com o Código de Processo Penal, a autoridade policial tinha até 24 horas para encaminhar o auto de

²⁷⁰ “(...) A oralidade supõe-se elemento do Sistema Acusatório, porque é no momento do julgamento que as provas são produzidas. Pelo motivo contrário, o processo escrito é tido, conceitualmente, como do modelo inquisitivo, porque poderia ser forjado, escondido.” (CAMARGO, Margarida Lacombe; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Sistemas Processuais Penais à Luz da Constituição. Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 97, p. 07, set./out. 2016. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produto_s/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.97.05_1.PDF>. Acesso em: 28 jul. 2018).

²⁷¹ Nos termos da legislação chilena, em seu artigo 131” (...) Cuando la detención se practicare en virtud de los artículos 129 y 130, el agente policial que la hubiere realizado o el encargado del recinto de detención deberán informar de ella al ministerio público dentro de un plazo máximo de doce horas. El fiscal podrá dejarsin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar el detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.

²⁷² HERNANDES, Camila Ribeiro; ASSUMPCÃO, Vinicius. **Audiência de Custódia e Audiencia de Control de Detención**: análise comparada entre as realidades do Brasil e Chile em matéria de controle da legalidade da prisão. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 54.

²⁷³ “(...) A etapa de formalização da investigação não encontra correspondência no Brasil, tendo em vista que o Ministério Público não coordena as atividades de investigação policial. Na realidade brasileira, a continuidade das investigações – e mesmo o seu prazo – ocorrem de maneira autônoma em relação à audiência de custódia”. (HERNANDES, Camila Ribeiro; ASSUMPCÃO, Vinicius. **Audiência de Custódia e Audiencia de Control de Detención**: análise comparada entre as realidades do Brasil e Chile em matéria de controle da legalidade da prisão. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 56.).

²⁷⁴ HERNANDES, Camila Ribeiro; ASSUMPCÃO, Vinicius. **Audiência de Custódia e Audiencia de Control de Detención**: análise comparada entre as realidades do Brasil e Chile em matéria de controle da legalidade da prisão. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 54.

prisão em flagrante ao Juiz competente, que analisaria a possibilidade de conversão do flagrante em preventiva ou, em caso de ilegalidade, relaxaria a prisão, nos termos do Código de Processo Penal.²⁷⁵

Deste modo, o magistrado entraria em contato com a prova documental produzida, apenas, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, esta uma das hipóteses de abertura do inquérito policial.

Registre-se que tal momento ocorre sem a presença, em regra, da defesa, de sorte que o Juiz, ao se deparar com o auto de prisão em flagrante, não poderia aferir se os direitos do preso foram preservados (integridade física, informação acerca do direito ao silêncio etc.). O Juiz seria, então, um gestor dos atos administrativos praticados pela polícia, atos esses dotados de presunção de legitimidade.²⁷⁶

Nesse passo, as audiências de custódia representariam, realizando-se um paralelo com o sistema processual penal chileno, uma possibilidade de atuação oral das partes (flagranteado, preso preventivo ou temporário, Ministério Público e Defesa), sob a presidência do Juiz que, ao invés de funcionar como um simples gestor dos atos policiais, atuaria de forma “agnóstica” em relação à presunção de legitimidade do atuar policial.

²⁷⁵ “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 atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

²⁷⁶ Sobre tal problemática: (...) a verdade processual se torna menos uma questão de produção democrática, com participação paritária dos atores processuais, do que a confirmação de um sistema de crenças pessoais protegido por um plexo de **regras importadas do direito administrativo (presunção de legitimidade dos atos dos policiais, interesse público etc.)** que só evidenciam o caráter gerencialista de nosso modo de atribuição de responsabilidade criminal. (PRADO, 2012, *apud* SAMPAIO, André Rocha; SILVA, Joane Marcelle de Oliveira e. **Superando a Contaminação da Sentença pelo Inquérito Policial**: a oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitório. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 17). (Grifou-se). O trecho em epígrafe relata a influência da inquisitorialidade na formação da “verdade processual”, isto é, no já atuar da Jurisdição. Porém, considerando que a presente dissertação tem como objeto a fase pré-processual, isto é, anterior ao oferecimento da denúncia, a análise cinge-se à apreciação, pelo Juiz, do auto de prisão em flagrante. Antes da instituição das audiências de custódia, essa análise se dava apenas com base nas peças de informação (escritas) produzidas pela autoridade policial. Atualmente, após a Resolução n. 213/2015, abre-se a possibilidade de o julgador ter um contato imediato, e oral, com os elementos que informam o auto de prisão em flagrante. Infelizmente, essa mudança não significa, necessariamente, uma ganho democrático para o processo penal brasileiro, como apontam Hernandez e Assunção, ao aduzir que, em pesquisa empírica realizada na cidade de Salvador, tendo por objeto as audiências de custódia, verificou-se o fato de os Juízes apenas seguirem o rito estabelecido na Resolução citada, sem explorar as possibilidades advindas do que poderia ser um procedimento marcado pela oralidade. (HERNANDES, Camila Ribeiro; ASSUMPÇÃO, Vinicius. **Audiência de Custódia e Audiencia de Control de Detención**: análise comparada entre as realidades do Brasil e Chile em matéria de controle da legalidade da prisão. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 53.).

Afinal, por expressa previsão da Resolução n. 213/2105, o preso deve ser perguntado sobre as condições em que se deram a sua prisão, bem como no tocante à ocorrência de eventuais torturas e maus tratos.

Dito isto, as audiências de *control del detencion* chilenas estão mais próximas de uma concepção democrática, e não autoritária, de processo, uma vez que a defesa social não é o escopo almejado pelo instituto. Assim, o modelo chileno apresenta pertinência com o referencial teórico adotado, qual seja o de uma concepção “agnóstica” de processo, que percebe na persecução criminal uma garantia dos indivíduos em face do Estado.²⁷⁷

O quanto afirmado acima incide, de igual modo, sobre as audiências de custódia.

Nesse sentido, de acordo com Sampaio e Silva²⁷⁸, a oralidade no processo penal é uma forma de “frear as pulsões inquisitórias que permeiam o processo penal brasileiro”.

E, afinal, qual a relação entre a oralidade, as audiências de *control de contención* e as audiências de custódia?

3.4.2 Breves Considerações sobre a Oralidade no Processo Penal: Vive-Se, no Brasil, um Verdadeiro Sistema Acusatório?

Em regra, a diferenciação que se faz entre os sistemas acusatório e inquisitório é realizada tomando-se por base o protagonismo dos atores processuais. O sistema inquisitório seria marcado pela acumulação, em um mesmo ator processual, das funções judicantes, acusatórias e investigativas.

Já no sistema acusatório, tais funções seriam bem delineadas e atribuídas a cada órgão ou pessoa. Está fora da ordem desse discurso o aspecto da oralidade.²⁷⁹ De acordo com Schindler Filho²⁸⁰:

²⁷⁷ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

²⁷⁸ SAMPAIO, André Rocha; SILVA, Joane Marcelle de Oliveira e. **Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: a oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitório**. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil**. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 20.

²⁷⁹ “(...) A primeira observação que se faz é que a tradição do processo penal brasileiro é escrita. A acusatoriedade que se atribui a esse processo penal é mínima, incipiente, focada na separação entre as funções de investigar, acusar, defender e julgar.” (MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. **A Imaginária Oralidade dos Juizados Especiais Criminais**. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil**. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 26.).

²⁸⁰ SCHINDLER FILHO, Renato Sigisfried Sigismund. **A Necessária Revitalização da Fase Intermediária do Processo: pela implementação de uma audiência de controle da acusação**. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil**. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 69.

A oralidade funciona como o núcleo, o centro do sistema de garantias, entendido como o conjunto de princípios que possui como finalidade a proteção do indivíduo em face do abuso do poder. Como esclarece González (2016, p. 24): poderíamos afirmar que a oralidade é uma metodologia que (a) reúne todos os atores envolvidos no caso, (b) permite a produção de informação, (c) admite o controle da contraparte, (d) gera informação de alta qualidade e, com efeito, (e) possibilita tomar decisões de alta qualidade.

Feitos esses breves esclarecimentos, nota-se que a oralidade tem como consequência a reunião de todos os atores envolvidos, a fim de se produzir informação de alta qualidade, influenciando no convencimento do julgador.

Na acepção de Leonel Postigo²⁸¹, os primeiros avanços das reformas operadas na América Latina, em sede processual penal, deram-se a partir da introdução da oralidade na fase de julgamento. Este seria um mecanismo de transparência das decisões tomadas.

Segundo Schindler Filho²⁸², uma das marcas do sistema inquisitório é a forma escrita, ao passo que a oralidade seria uma das características de um sistema realmente acusatório. Deste modo, o autor citado aponta que a oralidade vai além de uma dinâmica gestual em audiência²⁸³. De igual modo, falar em escritura não é somente remeter à forma de ingresso ao juízo, trata-se de perceber que a forma escrita dos atos processuais configura um modelo que distancia o julgador do indivíduo custodiado (no caso das prisões processuais).

Em relação às audiências de *control de detención*, no Chile, Hernandez e Assunção²⁸⁴ salientam que, em tais audiências, fica patente a qualidade das informações produzidas, quando da apresentação do preso ao Juiz. Isto porque, para além da possibilidade de sustentar argumentos de forma oral, como ocorre no Brasil, ficou evidenciada a real possibilidade das partes contraditarem os argumentos umas das outras, principalmente no que diz respeito ao suporte jurídico referente aos pleitos formulados.²⁸⁵

²⁸¹ POSTIGO, Leonel González. **Pensar na Reforma Judicial no Brasil**: conhecimento teórico e práticas transformadoras. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2018, p. 25.

²⁸² POSTIGO, Leonel González. **Pensar na Reforma Judicial no Brasil**: conhecimento teórico e práticas transformadoras. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2018, p. 70.

²⁸³ POSTIGO, Leonel González. **Pensar na Reforma Judicial no Brasil**: conhecimento teórico e práticas transformadoras. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2018, p.78.

²⁸⁴ HERNANDES, Camila Ribeiro; ASSUMPÇÃO, Vinicius. **Audiência de Custódia e Audiência de Control de Detención**: análise comparada entre as realidades do Brasil e Chile em matéria de controle da legalidade da prisão. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 57.

²⁸⁵ Os autores assistiram às audiências realizadas “(...) em alguns dos 15 *Juzgados de Garantías* da cidade de Santiago, nos dias 4 e 5 de outubro de 2017” (HERNANDES, Camila Ribeiro; ASSUMPÇÃO, Vinicius. **Audiência de Custódia e Audiência de Control de Detención**: análise comparada entre as realidades do Brasil e Chile em matéria de controle da legalidade da prisão. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição**:

No que toca às audiências de custódia realizadas no Brasil, os autores realizaram pesquisa empírica no Núcleo de Prisões em Flagrantes da Cidade de Salvador, cujos resultados serão referenciados ao longo da presente dissertação.²⁸⁶

Assim, ao comparar os dois institutos, Hernandes e Assunção²⁸⁷ salientam que, em Salvador, poucas foram as decisões sobre prisão ou liberdade prolatadas de forma oral, em mesa de audiência, sendo os pronunciamentos judiciais reduzidos a termo.

Outrossim, poucas decisões realizaram, de acordo com a pesquisa, uma apreciação acerca da legalidade do flagrante, limitando-se as decisões ao binômio prisão-liberdade provisória com a cumulação de medida cautelar, sendo ínfimos os casos de relaxamento de prisão ou de liberdade plena.

A partir de tais dados empíricos, denota-se o apego a uma mentalidade de segurança pública por parte dos magistrados, bem como uma preferência pelas formas escritas (típicas do sistema inquisitório).

Segundo Gloeckner²⁸⁸, o processo penal brasileiro é estruturado, a partir do Código de Processo Penal de 1941, como um instrumento de combate à criminalidade (perspectiva da defesa social), e não como um meio de garantir os direitos dos acusados. Quem sabe esse dado ideológico contribua para a explicação da situação relatada acima.

Destarte, as audiências de custódia, no Brasil, aproximam-se das audiências de *control de detención* apenas do ponto de vista procedimental, especificamente, no que toca à apresentação do preso. Afinal, no procedimento chileno, é realizado um controle judicial da investigação, no sentido do prosseguimento ou não desta, que, naquele país, é levada a cabo pelo Ministério Público (*Fiscalía*). Esta perspectiva coaduna com a concepção agnóstica de processo, uma vez que busca conter o poder geral de persecução.²⁸⁹

ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 55).

²⁸⁶“O acompanhamento dessas audiências foi realizado a partir de convênio celebrado entre o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e o Instituto Baiano de Direito Processual Penal. No total, foram analisadas decisões proferidas em relação a 590 indivíduos, divididas em 433 audiências de custódia.” (HERNANDES, Camila Ribeiro; ASSUMPCÃO, Vinicius. **Audiência de Custódia e Audiencia de Control de Detención**: análise comparada entre as realidades do Brasil e Chile em matéria de controle da legalidade da prisão. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 55.).

²⁸⁷ HERNANDES, Camila Ribeiro; ASSUMPCÃO, Vinicius. **Audiência de Custódia e Audiencia de Control de Detención**: análise comparada entre as realidades do Brasil e Chile em matéria de controle da legalidade da prisão. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 59.

²⁸⁸ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 131.

²⁸⁹ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

Por outro lado, Hernandes e Assunção²⁹⁰ apontam para a diferença substancial entre as duas audiências, ao passo que, alhures, a oralidade contribuiu para um debate mais rico sobre as circunstâncias em que se deram a prisão.

Na pesquisa realizada pelos autores em Salvador, no Núcleo de Prisões em Flagrante, constatou-se que os elementos concretos de cada prisão, em regra, não são enfrentados pelos juízes, que se utilizam, muitas vezes, de argumentações genéricas para sustentar os seus pronunciamentos acerca da validade da custódia.²⁹¹

De igual sorte, chamou a atenção dos pesquisadores a subnotificação dos casos envolvendo torturas e maus tratos. Ademais, a diferença entre as audiências de custódia e o instituto chileno analisado não é tênue. Na pesquisa realizada em Salvador, constatou-se que os magistrados, antes mesmo da apresentação do custodiado, consultavam o auto de prisão em flagrante, ocorrendo, não raro, a contaminação do julgador em detrimento, inclusive, das hipóteses em que o flagrante ilegal deveria ter sido relaxado.²⁹²

(...) No Chile, implementado o sistema adversarial, ao aventar um argumento, a parte sabe que a outra poderá questioná-lo, para afastá-lo ou corrigi-lo. Ademais, o juízo toma ciência das circunstâncias fáticas naquele momento, sem contaminação prévia por elementos produzidos de maneira escrita. No Brasil, a dinâmica é inteiramente diversa. Em primeiro lugar, a autoridade judicial tem acesso prévio a todos os documentos colhidos no bojo do flagrante.

Assim, muito mais do que a mera apresentação do flagranteado à autoridade judicial, a audiência de custódia pode(ria) ser um espaço no qual a oralidade contribuiria para a afirmação concreta de um sistema acusatório, no qual as partes exerceriam um efetivo direito

²⁹⁰ HERNANDES, Camila Ribeiro; ASSUMPÇÃO, Vinicius. **Audiência de Custódia e Audiencia de Control de Detención**: análise comparada entre as realidades do Brasil e Chile em matéria de controle da legalidade da prisão. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 59.

²⁹¹ “No período de observação das audiências de custódia em Salvador, constatou-se a ausência de divisão do ato em momentos distintos, relativos ao exame de conformidade legal da custódia e de cabimento/necessidade da adoção de medidas cautelares. Além de extremamente grave, a praxe termina por resultar em análises sobrepostas, confusas e indiscriminadas dos requisitos que compreendem cada uma das decisões.” (HERNANDES, Camila Ribeiro; ASSUMPÇÃO, Vinicius. **Audiência de Custódia e Audiencia de Control de Detención**: análise comparada entre as realidades do Brasil e Chile em matéria de controle da legalidade da prisão. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 60.).

²⁹² HERNANDES, Camila Ribeiro; ASSUMPÇÃO, Vinicius. **Audiência de Custódia e Audiencia de Control de Detención**: análise comparada entre as realidades do Brasil e Chile em matéria de controle da legalidade da prisão. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 60.

ao contraditório, aproximando o Estado-Juiz do custodiado sob o prisma do garantismo processual penal, em uma perspectiva “agnóstica”.²⁹³

Agnóstica, pois, o magistrado, ao considerar somente os elementos oral e imediatamente colhidos, sem consultar, previamente, o auto de prisão em flagrante (como no modelo chileno), estaria exercendo um real controle sobre a atividade de investigação preliminar.

Em realidade, a similitude entre as audiências de custódia, o Juiz de Garantias e as audiências de *control de detención* seria a possibilidade de o Judiciário exercer algum controle na fase de investigação preliminar, ao menos, na hipótese de prisão decorrente de flagrante, bem como no que toca à decretação, ou não, de medidas cautelares

Não se pode olvidar que, de acordo com a Teoria Agnóstica do Processo Penal²⁹⁴, a investigação preliminar integraria os conceitos operativos de uma teoria processual penal.

Desta forma, reclamaria, desde o contato do imputado com a Polícia Judiciária, a atuação do Poder Judiciário, não como um gestor de segurança pública, mas sim como forma de conter a irracionalidade do poder de punir, que já começa a se manifestar na fase de investigação preliminar. Esta seria, portanto, uma consequência das audiências de custódia em uma perspectiva mais atinente ao Estado de Direito.

Destarte, da análise dos institutos em comento, infere-se que as audiências de custódia possuem natureza de ato processual, de apresentação do custodiado. Ademais, conforme será discutido na próxima seção, indagou-se o caráter de tais audiências, isto é, se as mesmas representam uma garantia do indivíduo em face do Estado, numa perspectiva garantista e substancialista, ou se encartariam o direito a um procedimento, num enfoque procedimentalista.

Deste modo, sejam as audiências de custódia, seja o Juiz de Garantias, ambos sinalizam para a necessidade de um maior controle dos atos de investigação, dentro de uma leitura garantista. Afinal, de acordo com Ferrajoli²⁹⁵, de nada adianta um processo judicial cercado por garantias, se a fase preliminar é deixada a cargo da Polícia Judiciária, ao largo da apreciação/controlé jurisdicional.²⁹⁶

²⁹³ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

²⁹⁴ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 45.

²⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

²⁹⁶ “Desse modo, dado o potencial democrático encontrado na oralidade enquanto metodologia, haja vista a concessão da gestão das provas às partes, a produção probatória desenvolvida em uma audiência pública e oral, diante de juízes que não tiveram quaisquer contatos com elementos informativos colhidos na fase de

Mais importante do que estudar, no presente trabalho, o inquérito em si, é tentar identificar a mentalidade inquisitória que permeia toda a persecução penal brasileira. Porém, considerando o Inquérito Policial como *locus* de produção de informações que, fatalmente, serão utilizadas no processo penal, entende-se que a Jurisdição Criminal brasileira apresenta um caráter gerencialista²⁹⁷ dos atos praticados no inquérito, e não garantista dos direitos individuais previstos na Constituição Federal.

Assim, a instituição das audiências de custódia, se bem utilizada, pode contribuir para a criação de outra lógica, quiçá inserindo a oralidade na fase preliminar, ainda que fora do âmbito da investigação pré-processual. Tal inferência se mostra pertinente com o problema de pesquisa da presente dissertação, o qual indaga acerca da contribuição possível das audiências de custódia para uma teoria do processo penal.

Por outro lado, o discurso efficientista, característico da “expansão do Direito Penal”²⁹⁸, pode desvirtuar o sentido das audiências de custódia, criando-se um verdadeiro processo abreviado, caso, com base no princípio da instrumentalidade, entenda-se ser possível realizar a instrução probatória na mesma oportunidade em que se realiza a audiência de custódia.

Nesse sentido, o Fórum Nacional de Juízes Criminais – FONAJUC aprovou, em 2018, o Enunciado n. 29, o qual prevê a possibilidade de realização do oferecimento da denúncia, da citação e da apresentação da defesa no ato da audiência de custódia.²⁹⁹

investigação, o fortalecimento do contraditório, e, por conseguinte, a construção de uma verdade processual de alta qualidade, acredita-se em sua utilização como uma alternativa concreta à mentalidade inquisitória que insiste em cooptar os cânones acusatórios constitucionais”. (SAMPAIO, André Rocha; SILVA, Joane Marcelle de Oliveira e. **Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: a oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitório**. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil**. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 20.). Advirta-se, contudo, que as audiências de custódia não foram estruturadas no intuito de produzir prova. Porém, anunciam o controle preliminar dos primeiros atos do inquérito policial, quando instaurado mediante auto de prisão em flagrante. E tal controle se dá de forma oral, e não escrita, como previsto no Código de Processo Penal.

²⁹⁷ “(...) Dessa forma, **lastreado num sistema de crenças legalmente sustentado por cânones do direito administrativo (gerencialistas), o magistrado revela sua adesão ao conhecimento produzido na fase policial**, reduzindo o contraditório a uma fiscalização póstuma dos atos previamente praticados.” (Grifou-se) (SAMPAIO, André Rocha; SILVA, Joane Marcelle de Oliveira e. **Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: a oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitório**. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil**. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 18).

²⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

²⁹⁹ A audiência de custódia poderá concentrar os atos de oferecimento e de recebimento da denúncia, de citação, de resposta à acusação, de suspensão condicional do processo e de instrução e julgamento. Disponível em: <<https://fonajuc.com.br/2018/>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

Em sentido oposto, Taporosky Filho³⁰⁰ chama a atenção para a desvirtuação da forma como garantia dos acusados. Sem dúvida, o princípio da instrumentalidade das formas³⁰¹, cunhado no seio do Processo Civil, tem o condão de contribuir para a mitigação de garantias e o próprio desvirtuamento do instituto das audiências de custódia.

Percebe-se, nos enunciados do Fórum Nacional de Juízes Criminais, uma inclinação ao esvaziamento do ato processual objeto de estudo, o que denota o papel de defesa social abraçado por muitos juízes.³⁰² Iniciativas como essas apontam para um horizonte mais consentâneo com o autoritarismo.

Dessa forma, sem perder de vista que a pergunta de pesquisa especula sobre a categoria jurídica do instituto, buscou-se, na seção seguinte, manejar as hipóteses traçadas no anteprojeto: teriam tais audiências a natureza jurídica da ação de *habeas corpus*? Teriam a natureza de medidas/processos cautelares?

De mais a mais, levando em conta que o presente trabalho visa aproximar os institutos processuais em análise com horizontes democráticos e autoritários, o *habeas corpus* será problematizado à luz dessas duas perspectivas, uma democrática e outra autoritária.

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O *HABEAS CORPUS* E AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Nesta seção, no intuito de responder ao problema de pesquisa formulado e sem perder de vista a dicotomia democracia x autoritarismo, serão analisadas as seguintes hipóteses, traçadas alhures:

a) *A audiência de custódia, em relação ao inquérito policial, teria a natureza jurídica de um habeas corpus preventivo, quando da análise dos requisitos de higidez do flagrante.*

b) *A audiência de custódia teria a natureza jurídica de um habeas corpus repressivo/liberatório, nas hipóteses em que o Juiz determinar o arquivamento do Inquérito policial.*

³⁰⁰ TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. **Instrução e Julgamento Concentrados na Audiência de Custódia**. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/instrucao-e-julgamento-concentrados-na-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

³⁰¹ De acordo com Gloeckner, “(...) A perspectiva instrumentalista, que serviu para o transplante da ideologia da segurança nacional ao processo penal democrático, serve-se de conceitos que são caros à doutrina processual brasileira: ação, processo, efetividade, instrumentalidade das formas”. (GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 42.)

³⁰² GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 42.

Para refletir sobre tais hipóteses, será necessário, primeiramente, discorrer acerca da natureza jurídica do *habeas corpus*, recorrendo-se, para tanto, a breves registros históricos sobre o instituto.

Outra discussão de igual importância diz respeito ao *status* constitucional, ou “supralegal”, na acepção de Mendes e Branco³⁰³, das audiências de custódia. Afinal, a exigência de tais audiências surge a partir de um tratado internacional, o Pacto de San José da Costa Rica.³⁰⁴ Em relação ao *status* de garantia fundamental, no que toca ao *habeas corpus*, não há divergência, haja vista a previsão do *remedy* no capítulo afeto aos Direitos e Garantias Fundamentais.

Ocorre que, a despeito da regulamentação das audiências de custódia pelo Conselho Nacional de Justiça, bem como do reconhecimento da constitucionalidade do instituto pelo Supremo Tribunal Federal, os tribunais pátrios vêm produzindo julgados aduzindo que a não realização das ditas audiências, ou sua realização em prazo superior ao previsto na Resolução n. 213/2015, não acarretam a ilegalidade da prisão.³⁰⁵

Por outro lado, indagou-se se as audiências de custódia apresentariam a natureza jurídica de um processo/procedimento cautelar, aplicando-se, assim, institutos de uma Teoria Geral do Processo. Afinal, o referencial teórico adotado suscita indagações acerca da contribuição das referidas audiências para a estruturação de uma teoria autônoma do processo penal, apartada das pretensões universalizantes da Teoria Geral do Processo.³⁰⁶ Isto, sem

³⁰³ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

³⁰⁴ Deve-se destacar que a “apresentação” do preso, em sentido *lato*, encontra previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente (no caso, o adolescente apreendido), no Código Eleitoral e no próprio Código de Processo Penal, ao disciplinar o *habeas corpus*.

³⁰⁵ “(...) II - Consoante entendimento firmado por esta eg. Corte Superior "Operada a conversão do flagrante em prisão preventiva, fica superada a alegação de nulidade na ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem, logo após o flagrante" (HC 379.894/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 24/02/2017). (STJ - HC: 450512 MG 2018/0116811-8, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 19/06/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2018). No mesmo sentido (...) Independentemente da necessidade, ou não, da audiência de custódia, tem-se que sua realização antecede a homologação do auto de prisão em flagrante, com o que, homologado o auto e convertida a prisão em preventiva, revela-se anódina determinação de realização do ato *a posteriori*. Mais, poder-se-ia cogitar da irregularidade da homologação do auto sem que realizada tal audiência, mas tal questão encontra-se superada na jurisprudência emanada do Superior Tribunal de Justiça onde remansos precedentes consignam que a alegação de invalidade, no particular, resulta superada pela posterior conversão da prisão em flagrante em preventiva. ORDEM DENEGADA, POR MAIORIA. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo Penal. Habeas Corpus n. 70074092792. Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal. Desembargador Relator: Jayme Weingartner Neto. Desembargador Redator: Honório Gonçalves da Silva Neto. Data de Julgado: 28/06/2017. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/07/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/532779354/habeas-corpus-hc-429534-rs-2017-0326931-1/decisao-monocratica-532779374?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 jan. 2019).

³⁰⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

perder de vista o cerne do problema de pesquisa formulado, atinente aos horizontes democrático e autoritário.

4.1 SOBRE O *HABEAS CORPUS*: BREVES ANOTAÇÕES

Os antecedentes históricos desse remédio constitucional, para além de reportar uma cronologia de fatos, apontam para o caminho percorrido na busca de instrumentos que tutelem a liberdade dos indivíduos em face do poder de punir do Estado.

Os autores apontam para a etimologia das palavras *habeo*, *habere*, que significam ter, exhibir, tomar, trazer e *corpus*, significando corpo, sendo um meio de se garantir o comparecimento físico de um indivíduo perante uma corte, de acordo com Grinover, Gomes e Fernandes³⁰⁷. No mesmo sentido, Lopes Júnior³⁰⁸.

Percebe-se que a busca do significado da expressão latina não é ociosa, apresentando especial relevo para o presente trabalho. É de se notar que a apresentação do custodiado à autoridade ou ao tribunal está na própria origem do instituto, como uma forma de frear eventuais arbítrios cometidos na atuação da persecução criminal.

Destarte, de acordo com Grinover, Gomes e Fernandes³⁰⁹ é uma tarefa difícil delimitar, com precisão, a genealogia do instituto. Segundo os autores supra, ele já era encontrado desde o *interdictum de homine libero exhibendo* do Direito Romano, bem como no procedimento de *manifestación de persona* aragonês, ou na *carta de seguro* de Portugal.

Percebe-se ser da origem do instituto a obrigatoriedade de apresentação do preso à autoridade. Assim, a Carta Magna de 1215, imposta pelos barões ingleses ao monarca, trazia consigo a garantia de que nenhum homem poderia ser preso senão em virtude de um julgamento realizado por seus pares, de acordo com a lei da terra.³¹⁰ A Carta Magna, ao apresentar a noção de devido processo, isto é, “(...) direitos ao processo e *no processo*” reclamava meios para a sua concreta atuação, adquirindo importância o *writ of habeas corpus ad subjiciendum*.³¹¹

³⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES, Antônio Magalhães Filho. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 266.

³⁰⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 632.

³⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES, Antônio Magalhães Filho. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 266.

³¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES, Antônio Magalhães Filho. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 266.

³¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES, Antônio Magalhães Filho. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 266.

Desse modo, ganhou especial relevo o instituto supra, uma vez que, dada a necessidade de assegurar a legalidade das restrições de cunho ambulatorial³¹², “(...) incorporou-se à ideia de apresentação pessoal a ordem de se trazerem também à corte os motivos do encarceramento, para que sua regularidade fosse imediatamente submetida à apresentação judicial.”³¹³

Assim, tal prática, realizada através dos séculos, levou à aprovação pelo Parlamento inglês do *Habeas Corpus Act*, de 1679.³¹⁴

Percebe-se, conforme aponta Lopes Júnior³¹⁵, que a aprovação do *Habeas Corpus Act* se deu em decorrência de lutas pela liberdade dos indivíduos em face do arbítrio do soberano.

Segundo Lopes Júnior³¹⁶, há uma tendência em se privilegiar o *Habeas Corpus Act* de 1679 em detrimento da *Manifestación de Persona*, já existente na Coroa de Aragão entre 1428 até 1592. Assim, de acordo com o citado autor, tratava-se de um instrumento célere, manejado em uma jurisdição muito próxima à atual constitucional, qual seja, a Justiça de Aragão.³¹⁷

Havia, na dita ação, uma primeira etapa, um procedimento cautelar, cujo escopo era assegurar a dignidade da pessoa detida em face de possíveis maus tratos e torturas levadas a cabo pelas autoridades. Na segunda fase, havia a conversão em um procedimento de cognição plenária, em que o caso penal era inteiramente discutido.”³¹⁸

³¹² Percebe-se, desde já, a semelhança entre o *habeas corpus* e as audiências de custódia, não só no que toca à necessidade de apresentação do preso, bem como em relação aos motivos que ensejaram a constrição.

³¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES, Antônio Magalhães Filho. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 266.

³¹⁴ Nos termos do *Habeas Corpus Act*: I - A reclamação ou o requerimento escrito de algum indivíduo ou a favor de algum indivíduo detido ou acusado da prática de um crime (exceto tratando-se de traição ou felonía, assim declarada no mandato respectivo, ou de cumplicidade ou de suspeita de cumplicidade, no passado, em qualquer traição ou felonía, também declarada no mandato, e salvo o caso de formação de culpa ou incriminação em processo legal), o lorde-chanceler ou, em tempo de férias, algum juiz dos tribunais superiores, depois de terem visto cópia do mandato ou o certificado de que a cópia foi recusada, concederão providência de *habeas corpus* (exceto se o próprio indivíduo tiver negligenciado, por dois períodos, em pedir a sua libertação) em benefício do preso, a qual será imediatamente executória perante o mesmo lorde-chanceler ou o juiz; e, se, afiançável, o indivíduo será solto, durante a execução da providência (upon the return), comprometendo-se a comparecer e a responder à acusação no tribunal competente. II - A providência será decretada em referência à presente lei e será assinada por quem a tiver concedido. II - A providência será executada e o preso apresentado no tribunal, em curto prazo, conforme a distância, e que não deve exceder em caso algum vinte dias. (BRASIL. Universidade de São Paulo. 2018. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0_cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/a-lei-de-qhabeas-corpusq-1679.html>. Acesso em: 28 jan. 019.

³¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 2, p. 630.

³¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 2, p. 630.

³¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 2, p. 629.

³¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 2, p. 629.

Nota-se que tal registro histórico não se mostra ocioso quando relacionado com uma das funções declaradas como objeto de estudo em epígrafe, função esta que se aproxima de um modelo democrático de processo penal, que dialoga com o marco teórico adotado.³¹⁹

Afinal, as audiências de custódia, de acordo com o quanto disposto na Resolução n. 213/2015, apresentam a importante função, nem sempre observada na prática, de conter a prática da tortura no meio policial.

De mais a mais, o referencial teórico que embasa este trabalho parte do pressuposto de que o Estado, ao monopolizar a persecução criminal, exerce um poder que precisa ser contido.³²⁰ Percebe-se que os breves registros históricos sobre o instituto denotam a necessidade de se criar instrumentos de salvaguarda, não só do direito de ir vir, mas, principalmente, da própria integridade física do indivíduo.

Nessa conformidade, as audiências de custódia representam, tal e qual os institutos que remontam às origens do *habeas corpus*, uma postura “agnóstica”, de desconfiança, em face do atuar do Estado e de suas autoridades. Assim, sob o prisma político, pode-se sugerir que tanto o *habeas corpus* quanto as audiências de custódia possuem semelhanças que vão muito além da mera “apresentação” do indivíduo à autoridade. Tratam-se, assim, de instrumentos políticos, cujo escopo é salvaguardar o cidadão do Estado, esse ente que, de acordo com a Teoria Geral do Direito, seria uma expressão de uma racionalidade voltada ao bem comum.³²¹

Aponta Lopes Júnior³²² que o *habeas corpus* foi introduzido no Brasil em 1832, como um meio para cessar a constrição ilegal da liberdade. Atualmente, o *habeas corpus* está previsto no art. 5º, LXVIII da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe: “(...) conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.”

De igual modo, o instituto encontra previsão no Código de Processo Penal, previsto no “Livro III”, destinado às nulidades e aos recursos em geral.

³¹⁹ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

³²⁰ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

³²¹ De acordo com Abbagnano, o termo “política” apresenta diversos significados, porém, “(...) mais precisamente, a doutrina do direito e da moral; segundo a teoria do Estado (...)”, dentre outras acepções (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 773). Assim, para o presente trabalho, importa destacar que os instrumentos de salvaguarda da integridade física e psíquica dos indivíduos em face do atuar do próprio Estado destoam da concepção idealista de Estado, propagada pela sua Teoria Geral, esta em regra legitimadora do próprio atuar estatal. Deste modo, o referencial teórico adotado, quando cotejado com o histórico do *habeas corpus*, confirma a hipótese de que do Estado emana uma força que merece ser contida.

³²² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 2, p. 632.

Segundo Lopes Júnior³²³, a localização tópica do *habeas corpus* configura um erro do legislador, uma vez que se trata de uma “(...) ação autônoma de impugnação, de natureza mandamental e com *status* constitucional”. Mais adiante, será realizado o cotejo entre a natureza jurídica das audiências de custódia e o *habeas corpus*.

Trata-se o *habeas corpus* de uma ação, dotada de procedimento sumário, haja vista a limitação da cognição, existindo a possibilidade de uma medida liminar, com natureza cautelar e que permite a intervenção imediata do juiz, em face da verossimilhança da ilegalidade do ato e do perigo de dano inerente à demora da prestação jurisdicional.³²⁴

Na dicção do Código de Processo Penal, “(...) art. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.”

A lei processual prevê a possibilidade de o Juiz ordenar a apresentação pessoal do preso, mas não de forma obrigatória, como inserta no *Habeas Corpus Act* de 1679. Tampouco, apresenta o escopo de coibir a prática da tortura, eventualmente realizada, por agentes públicos.

De acordo com Grinover, Gomes e Fernandes³²⁵, a apresentação do preso é uma prática em desuso, sendo substituída pelo pedido de informações por escrito à autoridade apontada como coatora. Assim, entendem os autores citados que as informações prestadas pela autoridade coatora configuram uma verdadeira “contestação” em face das alegações veiculadas no *writ*.³²⁶

Percebe-se, na informação acima, o perigo que representa uma doutrina processual penal calcada em categorias jurídicas herdadas do processo civil, perigo este que aponta para um horizonte autoritário.

Afinal, de acordo com Gloeckner³²⁷, muito além de ter sido espelhado no Código *Rocco* da Itália fascista, o Código de Processo Penal brasileiro traz em si a ideologia da defesa social, e não uma perspectiva de salvaguarda dos direitos e garantias afetos aos imputados.

³²³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 2, p. 633.

³²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 2, p. 633.

³²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES, Antônio Magalhães Filho. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 295.

³²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES, Antônio Magalhães Filho. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 295.

³²⁷ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1.

Tal ideologia, aliada ao princípio da instrumentalidade³²⁸, justifica o fato de os maiores expoentes da concepção unitária de processo, a Escola de São Paulo, manifestarem-se no sentido de que a apresentação do preso pode ser substituída pelo pedido de informações à autoridade coatora, e mais, que a resposta a tal pedido seria algo próximo a uma “contestação.”³²⁹

Vê-se, desta forma, como o “tecnicismo” apontado por Gloeckner³³⁰ é uma ferramenta afeta a uma concepção autoritária de processo, uma vez que, através de soluções juridicamente fundamentadas, do ponto de vista cível, pode-se justificar a mitigação de garantias processuais penais, bem como o verdadeiro esvaziamento de institutos basilares, como a apresentação do preso à autoridade judicial.

No que diz respeito à regulamentação do remédio heroico, estipula a lei processual que “(...) art. 656. Recebida a petição de *habeas corpus*, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.”

Depreende-se que, na prática, há um esvaziamento do instituto, retomado, no Brasil, pelas audiências de custódia.

Por outro lado, as audiências de custódia apresentam de igual sorte, uma cognição limitada às circunstâncias em que ocorreram a prisão e o interrogatório do custodiado, sendo possível a intervenção imediata do Estado-Juiz, em caso de ilegalidade do flagrante.

Assim, não se pode ignorar, conforme afirmado linhas acima, que os Tribunais Superiores não consideram obrigatória a realização das audiências de custódia, o que, *per se*, representa uma mitigação de uma garantia fundamental.³³¹ O que se nota, portanto, é a necessidade de se delimitar uma teoria das formas dos atos processuais penais apartada de qualquer pretensão universalista ou instrumental.

³²⁸ “(...) o significante “instrumentalidade” condiciona uma série de reformulações sobre o “tecnicismo jurídico-penal” em sua faceta processual (GLOECKNER, 2018, p.45). No que diz respeito à “reformulações”, estas são, em regra, no sentido de mitigar garantias, tendo em vista uma perspectiva eficientista do processo.

³²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES, Antônio Magalhães Filho. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 295.

³³⁰ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1.

³³¹ Vide os seguintes julgados citados alhures: HC 379.894/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 24/02/2017). (STJ - HC: 450512 MG 2018/0116811-8, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 19/06/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2018). Habeas Corpus Nº 70074092792, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Redator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 28/06/2017). (TJ-RS - HC: 70074092792 RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Data de Julgamento: 28/06/2017, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/07/2017).

Por fim, indaga-se se estariam as audiências de custódia retomando o sentido originário do *habeas corpus*, atualmente em desuso no Direito brasileiro. Na tentativa de aproximar os dois institutos, buscou-se traçar algumas considerações, a princípio, sobre a natureza jurídica do remédio heroico.

4.1.1 Da Categoria Jurídica do *Habeas Corpus*

Antes de abordar aspectos processuais acerca do *remedy* em apreço, deve-se atentar para o caráter de garantia fundamental do mesmo, já que previsto no Título II da Constituição Federal, o qual versa sobre os direitos e as garantias fundamentais.

Há que se destacar que o Poder Constituinte Originário buscou traçar os princípios basilares de um processo penal garantidor de direitos fundamentais. Dentre essas garantias, encontra-se expressamente prevista, no inciso LXVIII, o direito fundamental ao *habeas corpus*, este um consectário lógico do direito de petição.³³²

Sobre o tema, Ferrajoli³³³ alega que as garantias fundamentais previstas nas constituições configuram verdadeiras garantias em face do que o autor chama de “a ditadura da maioria”. Tal entendimento encontra ressonância no referencial teórico adotado, na medida em que o processo penal encarta uma verdadeira contenção em face do poder de punir.³³⁴

A doutrina destaca ser o *habeas corpus* uma ação de conhecimento, já que tende à cognição exauriente acerca da legalidade da constrição do direito de ir e vir.³³⁵ Apresenta, de igual modo, um caráter mandamental, pois, uma vez verificada pelo juiz a ilegalidade do constrangimento, deverá o mesmo “(...) expedir ordem para que o provimento seja imediatamente cumprido pelo responsável pela coação ou ameaça”.³³⁶

³³²Art. 5º. (...) XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...) LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; (...).

³³³FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantias: la ley do más débil**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

³³⁴RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

³³⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES, Antônio Magalhães Filho. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 270.

³³⁶GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES, Antônio Magalhães Filho. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 271.

Para Lopes Júnior³³⁷, trata-se de uma ação de procedimento sumário, haja vista a limitação da cognição³³⁸, existindo a possibilidade de deferimento de medida liminar, construída pela jurisprudência, dotada de natureza cautelar. Sugere-se, na presente seção, a existência de semelhanças entre a ação de *habeas corpus* e as audiências de custódia, para além de, naquela, haver a possibilidade de apresentação do preso ao Estado-Juiz, enquanto nesta, tal apresentação é obrigatória.

Ocorre que, se o texto da Resolução n. 213/2015 fala sobre a obrigatoriedade da apresentação, certo é que a jurisprudência vem relativizando tal garantia, ao entender que a ausência de apresentação do custodiado não acarreta nulidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva.

Outro ponto digno de nota é a preferência pela forma escrita de atuação das partes no processo, sendo esta uma das características do sistema inquisitório. Afinal, conforme afirmado na seção anterior, o sistema acusatório é marcado pela oralidade.³³⁹

A quebra da oralidade presente na apresentação do preso, quando tratada pela doutrina que entende ser a Teoria Geral do Processo aplicável ao fenômeno processual penal, ganha contornos preocupantes quando, por exemplo, Grinover, Gomes e Fernandes³⁴⁰ entendem que as informações por escrito, prestadas pela autoridade apontada como coatora, substituem a apresentação pessoal do paciente, figurando tais informações como uma contestação em face do alegado constrangimento ou ameaça.

³³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 2, p. 633.

³³⁸ Percebe-se que, por tratar de casos que envolvem a ilegalidade das prisões, as audiências de custódia se assemelham ao *habeas corpus* na medida em que, neste, pode-se discutir sobre a real necessidade da constrição cautelar, tal e qual naquele procedimento. Sobre a limitação da cognição em sede de *habeas corpus*: (...). O trancamento da ação penal na via do *habeas corpus* só se mostra cabível em casos excepcionalíssimos de manifestas (i) atipicidade da conduta, (ii) presença de causa extintiva de punibilidade ou (iii) ausência de suporte probatório mínimo de autoria e materialidade delitivas, o que não ocorre no presente caso. 4. A tese defensiva demandaria o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. 5. Agravo regimental conhecido e não provido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. HC 146956 AgR. Agravo regimental no Habeas Corpus. Substitutivo de recurso ordinário. Inadequação da via eleita. Crimes de fraude à licitação e de peculato. Falta de justa causa. Trancamento da ação penal. Excepcionalidade. Inocorrência. Órgão Julgador: Primeira Turma. Ministro Relator: Rosa Weber. Data de Julgamento: 24/11/2017. Data de Publicação: DJe 07/12/2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+146956%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y59cblye>>. Acesso em: 20 nov. 2018). É de se destacar que as audiências de custódia não podem ser utilizadas como um meio de produção de provas, seja para o inquérito policial, seja para o futuro processo penal. Assim, de acordo com a Resolução n. 213/2015, só é possível discutir, nas ditas audiências, acerca da ilegalidade (ou não) da prisão em flagrante, bem como sobre a possibilidade de concessão da liberdade provisória do custodiado, cumulada com imposição de alguma medida cautelar diversa da prisão.

³³⁹ SCHINDLER FILHO, Renato Sigisfried Sigismund. **A Necessária Revitalização da Fase Intermediária do Processo**: pela implementação de uma audiência de controle da acusação. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 69.

³⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES, Antônio Magalhães Filho. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 294.

A crítica que pode ser feita a tal posicionamento é a presunção de veracidade das informações prestadas pela autoridade coatora, presunção esta calcada numa perspectiva idealista de atuação do Estado, a qual desconsidera a operacionalidade real do sistema penal.

Nota-se, conforme já dito, o risco de se construir categorias processuais penais à luz de contribuições do processo civil unitário, utilizando-se aqui uma terminologia abordada por Didier Júnior.³⁴¹

Sobre a problemática de se abordar o fenômeno processual penal a partir das categorias e das premissas afetas ao Direito Privado, Boschi³⁴² chama atenção para os riscos de se pensar particularidades a partir de noções gerais.

No caso do *habeas corpus*, imaginar que as informações prestadas pela autoridade apontada como coatora apresentam a feição de uma contestação implica esvaziar a possibilidade de o Estado-Juiz requisitar a apresentação do preso, em se tratando de *habeas corpus* repressivo; dotar de “presunção de veracidade”³⁴³ o atuar do poder punitivo, o qual reclama contenção.

Registre-se que o art. 660 do Código de Processo Penal prevê a hipótese de interrogatório do paciente após efetuadas diligências. Trata-se, portanto, de uma ação de conhecimento, ainda que submetida a um rito abreviado de cognição.³⁴⁴

É a partir do art. 655 do Código de Processo Penal que está delineada a possibilidade de condução e apresentação do paciente, nos termos do *caput* do citado dispositivo:

Art. 655. O carcereiro ou o diretor da prisão, o escrivão, o oficial de justiça ou a autoridade judiciária ou policial que embarçar ou procrastinar a expedição de ordem de *habeas corpus*, as informações sobre a causa da prisão, a condução e apresentação do paciente, ou a sua soltura, será multado na quantia de duzentos mil-réis a um conto de réis, sem prejuízo das penas em que incorrer. As multas serão impostas pelo juiz do tribunal que julgar o *habeas corpus*, salvo quando se tratar de autoridade judiciária, caso em que caberá ao Supremo Tribunal Federal ou ao Tribunal de Apelação impor as multas.

³⁴¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 189.

³⁴² BOSCHI, Marcus Vinicius. **Ação, Pretensão e Processo Penal**: teoria da acusação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 13.

³⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES, Antônio Magalhães Filho. FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 294.

³⁴⁴ De acordo com Boschi, a ação é um direito de acesso ao Estado-Juiz que, quando exercitado, confere existência ao direito de deduzir uma pretensão que, sob a perspectiva do imputado, fundamenta o exercício do direito de resistência, dentre os quais a pretensão veiculada através do *habeas corpus*. (BOSCHI, Marcus Vinicius. **Ação, Pretensão e Processo Penal**: teoria da acusação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 14).

A despeito da redação acima dizer respeito a um momento histórico que não o atual, essa espelha a positividade da necessidade de se apresentar o paciente, tal e qual previsto, originariamente, no *Habeas Corpus Act de 1679*.

Já os artigos 656 e seguintes tratam sobre a apresentação do paciente preso, ou seja, como no caso das audiências de custódia, haveria a necessidade de o Juiz ter um contato visual com o paciente, em consonância com a própria etimologia da palavra *habeas corpus* (haver, ter o corpo).³⁴⁵

O Código de Processo Penal, um Decreto-Lei outorgado na vigência de um Estado de Exceção, não prevê, expressamente, a concessão de *habeas corpus* em caso de tortura, a despeito do *caput* do art. 647 prescrever: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer **violência** ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.” (Grifou-se).

Já a Resolução n. 213/2015, criada sob a égide da Constituição Federal de 1988, reconhece a necessidade de apresentação do preso como uma forma de se coibir a utilização da tortura no meio policial.³⁴⁶

Tratam-se de duas normas editadas em momentos históricos distintos, frisando-se que a Resolução melhor se adéqua a um horizonte democrático e, portanto, às diretrizes traçadas pelo marco teórico adotado.

4.2 DA CATEGORIA JURÍDICA DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: PROXIMIDADE COM O *HABEAS CORPUS*?

Se o processo do *habeas corpus* é uma ação de conhecimento, em regra, lastreada em prova pré-constituída, porém, admitindo a produção de prova oral, mediante a condução do paciente, indaga-se: seria a audiência de custódia, no já atuar da jurisdição, um processo de conhecimento, cuja cognição é limitada ao quanto disposto na Resolução n. 213/2015? De outro modo, teriam as audiências de custódia a natureza jurídica de uma ação de *habeas corpus*, partindo-se de um juízo de aproximação ou verossimilhança?

Deste modo, se, de acordo com Boschi³⁴⁷, o direito de ação seria a garantia de poder acessar o juiz, não seria a audiência de custódia um desdobramento de tal direito, na medida

³⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

³⁴⁶ De acordo com os Considerandos da Resolução n. 123/2015, “(...) **CONSIDERANDO** o relatório produzido pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU (CAT/OP/BRA/R.1, 2011), pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU (A/HRC/27/48/Add.3, 2014) e o relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos; (...).

em que o custodiado, ao ser apresentado, poderá resistir ao ato de sua prisão, sendo assessorado, inclusive, pela defesa técnica?

Ao buscar redefinir uma Teoria do Processo Penal separada do fenômeno processual civil, Ramalho Júnior³⁴⁸ leva em consideração a natureza da pretensão do autor, de sorte que um processo será penal se a pretensão do mesmo for punitiva ou de liberdade.

No processo de *habeas corpus*, fica patente que existe uma pretensão liberatória. De igual sorte, levando-se em conta que a ampla defesa é a união da defesa técnica com a autodefesa, não restam dúvidas de que, ao menos formalmente, na audiência de custódia existe a incidência da ampla defesa, no que diz respeito às matérias cognoscíveis no dito ato processual.

Seja no bojo do *habeas corpus*, seja em uma audiência de custódia, o Estado-Juiz é chamado a se manifestar sobre a possibilidade do paciente, no primeiro caso, e do custodiado, no segundo, serem colocados em liberdade, num juízo perfunctório, que, em regra, não demanda maiores dilações probatórias.

Levando-se em conta que, de acordo com Ramalho Júnior³⁴⁹, o conteúdo normativo do devido processo legal não deve ser encarado como uma “marcha para frente”, mas, ao revés, como uma garantia, ou seja, como um obstáculo a ser transposto. “(...) pelo *caminhar para frente do poder de persecução penal*”³⁵⁰, tanto as audiências de custódia quanto o *writ of habeas corpus* configuram verdadeiros obstáculos a serem superados pela atuação concreta do Estado, isto é, da sua faceta punitiva.

Trata-se de duas garantias dos indivíduos, capazes de pôr em xeque uma atuação estatal pautada por uma “presunção de legitimidade”, mas que, na prática, reclama contenção, numa perspectiva agnóstica, uma vez que, seja a audiência de custódia, seja o *habeas corpus*, há a expressa previsão de apresentação do custodiado ou impetrante, respectivamente, ao Estado-Juiz.

Ambas trazem em si, inclusive, o caráter da oralidade, assente na apresentação do indivíduo.

Não há maiores dúvidas, na doutrina e na jurisprudência, acerca da natureza cautelar da liminar concedida no bojo da ação de *habeas corpus*.

³⁴⁷ BOSCHI, Marcus Vinicius. **Ação, Pretensão e Processo Penal: teoria da acusação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 14.

³⁴⁸ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 105.

³⁴⁹ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 120.

³⁵⁰ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 120.

Por outro lado, demonstrou-se, num juízo de verossimilhança, as similitudes entre as audiências de custódia e a ação constitucional citada acima.

A partir de agora, indaga-se acerca da natureza jurídica das audiências reguladas pela Resolução n. 213/2015. Teriam as audiências de custódia a natureza jurídica de uma ação cautelar?

4.2.1 Natureza de ação cautelar?

A princípio, deve-se pontuar que, ao contrário do processo civil, não há no processo penal, e na legislação correlata, um processo penal cautelar autônomo em relação ao processo de conhecimento, ainda que incidental ou preparatório ao último.³⁵¹

Existiriam, no bojo do fenômeno processual penal, medidas cautelares preparatórias ou incidentais à ação penal, ou incidentais ao processo de execução.³⁵²

No mesmo sentido dos autores acima citados, Ebling³⁵³ utiliza a terminologia “medidas cautelares”, ao invés de uma ação propriamente cautelar. Destarte, no intuito de separar o fenômeno processual penal do processo civil, Ebling³⁵⁴ diferencia os fundamentos que legitimariam a concessão de um provimento acautelatório em âmbito cível (*fumus boni juris e periculum in mora*) daqueles incidentes numa perspectiva processual penal (*fumus comissi delicti e periculum libertatis*).³⁵⁵

Ao se referir às medidas cautelares assentes no art. 282, § 3º do Código de Processo Penal³⁵⁶, Santos³⁵⁷ as denomina “medidas cautelares aflitivas incidentais ao processo.” O adjetivo “aflitivas” denota um caráter imanente ao fenômeno processual penal: a dor.³⁵⁸

³⁵¹ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **O Novo Processo Penal Cautelar**. Editora JusPodivm, Salvador, 2011, p. 13.

³⁵² SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **O Novo Processo Penal Cautelar**. Editora JusPodivm, Salvador, 2011, p. 13.

³⁵³ EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. **Teoria Geral do Processo: uma crítica à teoria unitária do processo através da abordagem da questão da sumarização e do tempo no/do processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 81.

³⁵⁴ EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. **Teoria Geral do Processo: uma crítica à teoria unitária do processo através da abordagem da questão da sumarização e do tempo no/do processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 80-81.

³⁵⁵ A despeito da perspectiva crítica esboçada pela autora, a mesma sustenta que as medidas cautelares pessoais “(...) exteriorizam, com mais clareza, a proteção da sociedade e o restabelecimento da paz social afetada pelo delito” (EBLING, 2004, p. 80). O referencial teórico adotado “desconfia” da capacidade de reestabelecer a paz social propagada pelas medidas cautelares “aflitivas” (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **O Novo Processo Penal Cautelar**. Editora JusPodivm, Salvador, 2011).

³⁵⁶ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Assim, não se pode perder de vista que as audiências de custódia, em certa medida, representam uma possibilidade de se estancar a dor ocasionada pela segregação do custodiado, nas hipóteses em que o mesmo poderia responder em liberdade, com ou sem a decretação de uma medida cautelar diversa da prisão.

Por outro lado, se no âmbito cível, o *fumus boni juris* representa, no processo cautelar, a hipótese de um provimento futuro favorável ao autor³⁵⁹, tal formulação não se coaduna com o princípio da presunção de inocência, nos casos em que for veiculada uma pretensão condenatória.

No caso do manejo do *habeas corpus*, o *fumus boni juris* estaria representado pela prova pré-constituída trazida pelo impetrante. Porém, em sendo o *remedy* uma ação autônoma, não apresenta natureza instrumental em relação a uma ação principal, como no âmbito cível, no qual a atividade cautelar se dá preventivamente³⁶⁰, ao lado das atividades de conhecimento e execução.

No que pertine às audiências de custódia, estas não guardam uma natureza instrumental, preparatória, em relação à ação principal, uma vez que, logo após a prisão em flagrante, sequer é sabido se o Ministério Público irá oferecer uma denúncia. Afinal, vigora o princípio da presunção de inocência, havendo, tão somente, indícios de autoria.

De mais a mais, a Resolução n. 213/2015 é clara ao dispor que a cognição da audiência de custódia se restringe às circunstâncias da prisão em flagrante, não sendo pertinente a produção de provas visando uma ação penal futura.

Resta saber, considerando a natureza cautelar da ação de *habeas corpus*, se o objeto de estudo se insere na acepção de uma Teoria Geral do Processo sobre a categoria “processo cautelar”.

Viu-se anteriormente que o *habeas corpus*, enquanto remédio constitucional, tem a natureza jurídica de uma ação, inclusive, mandamental, uma vez que dela pode emanar uma ordem de soltura.

³⁵⁷ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **O Novo Processo Penal Cautelar**. Editora JusPodivm, Salvador, 2011, p. 16.

³⁵⁸ Sobre o papel da dor no âmbito da política criminal: CHRISTIE, Nils. **Limites à Dor: o papel da punição na política criminal**. Tradução: Gustavo Ávila, Bruno Rígon e Isabela Alves. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016).

³⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 353.

³⁶⁰ “Mas a maioria vislumbra na prevenção um terceiro escopo do processo, ao lado do conhecimento e da execução.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 353.

O direito de postular em juízo, no caso do *habeas corpus*, é alargado de tal forma que qualquer do povo pode figurar na qualidade de impetrante, haja vista o bem jurídico em jogo: a liberdade.³⁶¹

No caso das audiências de custódia, o Estado-Juiz se manifesta sobre a possibilidade, ou não, de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, ou a própria constrição da liberdade do indivíduo.

Por outro lado, considerando que o direito de petição implica a faculdade de levar a juízo uma pretensão, sem dúvida, existem pretensões na audiência de custódia. O custodiado poderá, oralmente, declinar os motivos que infirmam a lavratura do auto de prisão em flagrante, ao passo que a defesa formulará um requerimento liberatório, ao qual pode aderir o Ministério Público, isso quando o *Parquet*, de ofício, não requer a liberação do preso, exercendo o *munus* de fiscal da lei.

Pode-se intuir, no presente trabalho, que as audiências de custódia integram o direito de ação, e mais, numa perspectiva minimamente oral, característica típica dos sistemas acusatórios, conforme aduzido na segunda seção do presente trabalho.

Deste modo, uma vez integrando o direito de ação, ainda que não seja considerado pelos tribunais superiores um direito fundamental, seriam as audiências de custódia uma verdadeira ação cautelar de natureza penal?

Para responder a tal pergunta, deve-se partir do referencial teórico adotado, atentando-se para a necessária separação entre os fenômenos processual penal e civil.³⁶² Nessa linha, sustenta Lopes Júnior³⁶³ que as medidas cautelares de natureza processual penal visam garantir o regular desenvolvimento do processo, bem como a eficaz aplicação do poder de punir. Isto, numa perspectiva da pretensão punitiva desenvolvida no bojo do processo penal.³⁶⁴

Sem dúvida que, no momento de realização das audiências de custódia, as partes ali envolvidas irão discutir, sob o prisma do contraditório, acerca do cabimento ou não de medidas cautelares, dentre elas, a prisão.

³⁶¹ Não sem razão, a Lei n. 8906/94, ao disciplinar as atividades privativas de advogado, exclui dessas a impetração do *habeas corpus*: Art. 1º São atividades privativas de advocacia: (...) § 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal.

³⁶² RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

³⁶³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 2, p. 57.

³⁶⁴ BOSCHI, Marcus Vinícius. **Ação, Pretensão e Processo Penal: teoria da acusação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Importa responder se tais audiências teriam a natureza jurídica de um processo cautelar, ou, se é possível haver um processo cautelar no âmbito penal.

Em relação às medidas cautelares instituídas pela Lei n. 12.403/2011, sustenta Lopes Júnior³⁶⁵ que as mesmas dizem respeito, como a própria terminologia indica, a “medidas”, uma vez que a sistemática do Código de Processo Penal não contempla a existência de um processo cautelar.

Ocorre que, em sendo o objeto da presente pesquisa as audiências de custódia, certo é que essas não estão previstas no diploma processual pátrio, e sim numa resolução emanada do Conselho Nacional de Justiça.

Quando da apresentação do custodiado, serão analisadas as circunstâncias que autorizam, ou não, a decretação de medidas cautelares, medidas estas cujo escopo é, de alguma maneira, contribuir para a elucidação do caso penal na futura ação a ser, em tese, proposta pela acusação.

Assim, considerando que, para o oferecimento da denúncia, bastam apenas indícios de autoria e materialidade, há uma probabilidade do custodiado, apresentado na audiência de custódia, se tornar formalmente acusado no âmbito de uma ação penal.

Não se pode perder de vista que as medidas cautelares, sejam as prisões ou outras medidas diversas, possuem um caráter instrumental, uma vez que visam garantir o regular desenvolvimento do processo³⁶⁶. Nesse sentido, dispõe a Resolução n. 213/2015:

Art. 8º (...):

§ 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer:

I - o relaxamento da prisão em flagrante;

II - a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

III - a decretação de prisão preventiva;

IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

Percebe-se, de acordo com o excerto acima, que a cognição incidente nas audiências de custódia diz respeito, dentre outras matérias, à aplicação de medidas cautelares. E tais

³⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 2, p. 59-60.

³⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 2, p. 57.

medidas buscariam acautelar o quê? O futuro processo que, em tese, seguirá perante uma das varas criminais. Deste modo, ainda que não seja previsto um processo cautelar no Código de Processo Penal, teriam as audiências de custódia a natureza de uma verdadeira ação cautelar?

Nesse sentido, volta-se ao quanto discutido na primeira seção do presente trabalho, acerca da possibilidade de uma Teoria Geral do Processo abarcar o fenômeno processual penal.

Em sua acepção tradicional, a Teoria Geral do Processo³⁶⁷ parte do pressuposto de que os fenômenos processuais civis e penais têm como base uma teoria geral do processo. Nesse sentido, haveria, em ambos os âmbitos, a existência de um processo cautelar.

De acordo com Cintra, Dinamarco e Grinover³⁶⁸, existem processos cautelares no *habeas corpus* do art. 648, V do Código de Processo Penal, bem como na perícia complementar do art. 168 do citado diploma, além dos casos de prisão cautelar dos arts. 301 e 311 do mesmo diploma, e no tocante às prisões temporárias.

Ocorre que, de acordo com Lopes Júnior³⁶⁹, o estado jurídico de inocência seria o ponto de maior tensão entre os elementos democráticos e autoritários de uma Constituição.

Em assim sendo, o conceito cível sobre a cautelar, cunhado pela Escola Paulista³⁷⁰, isto é, uma modalidade de processo que visa assegurar o êxito das atividades de conhecimento e de execução, não se aplica ao fenômeno processual penal, uma vez que, considerando o princípio da presunção de inocência, não se pode imaginar que um feito de natureza criminal busque êxito na execução de uma pena.

Afinal, de acordo com o referencial teórico adotado, o poder de penar necessita de contenção³⁷¹. Pensar em um processo penal como um instrumento que visa êxito seria contrariar toda a construção iluminista a respeito do tema, sinalizada por Ferrajoli.³⁷²

Resta saber se, de acordo com o quanto sustentado por Didier Júnior³⁷³, seria possível utilizar a categoria jurídica “processo cautelar” de forma indistinta, seja no âmbito cível, seja no âmbito penal.

³⁶⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

³⁶⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 354.

³⁶⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 2, p. 56.

³⁷⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 353.

³⁷¹ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

³⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Demonstrou-se, ao longo do presente trabalho, que a própria noção de processo penal encerra, em si, uma garantia, ou, conforme sustentado pelo referencial teórico adotado, uma série de obstáculos que devem ser transpostos, até que se chegue em uma sentença condenatória. Assim, não há que se falar em uma “marcha para frente.”³⁷⁴

Destarte, o “estado jurídico de inocência”³⁷⁵ deve nortear toda a persecução penal, de sorte que os requisitos necessários à concessão da tutela cautelar cível (a probabilidade do direito invocado e o risco ao resultado útil do processo) não podem ser aplicados ao processo penal de forma abstrata.

Assim, não se pode perder de vista que as audiências de custódia visam acautelar não só o futuro processo penal, mas a integridade física do próprio custodiado, uma vez que o inciso IV do art. 8º da Resolução n. 213/2015 prescreve que serão adotadas pelo juiz “(...) medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.”

Em outras palavras, as medidas cautelares que visam resguardar o resultado útil do processo penal vindouro, em observância à conveniência da instrução criminal e da aplicação da lei penal, não são as únicas providências cautelares à disposição do juiz nas audiências de custódia.

Dito isto, ainda que se admita a possibilidade sustentada por Didier Júnior³⁷⁶, no sentido de que a Teoria Geral do Processo traçaria conceitos lógico-jurídicos aplicáveis a qualquer espécie de processo, tal abordagem seria insuficiente para, em sede de audiências de custódia, eventualmente, classificá-las como um tipo de processo cautelar (de natureza penal).

Se as audiências de custódia apresentam uma feição cautelar, deverão ser assim classificadas à luz de conceitos como ação, jurisdição e processo, cunhados no âmbito de uma Teoria do Processo Penal, conforme sustentado pelo referencial teórico adotado.

Isto porque, seja a palavra “processo”, seja a palavra “cautelar”, ambas apresentam, para o processo penal, acepções diferentes que as incidentes no processo civil.

Afinal, viu-se que, na persecução penal, processo não pode ser uma marcha para frente e, a cautela assente nos feitos criminais visa acautelar, muitas vezes, a liberdade do indivíduo, e não o resultado útil do processo.

³⁷³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

³⁷⁴ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

³⁷⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 141.

³⁷⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

Segundo Grinover, Cintra e Dinamarco³⁷⁷:

(...) a garantia cautelar surge, como posta a serviço da ulterior atividade jurisdicional, que deverá restabelecer, definitivamente, a observância do direito: é destinada não tanto a fazer justiça, como a dar tempo a que a justiça seja feita.

O excerto acima deve ser analisado à luz do referencial teórico adotado no presente trabalho. Imagine-se, sob o prisma de uma Teoria Agnóstica do Processo Penal³⁷⁸, uma atividade jurisdicional que visa reestabelecer, “definitivamente”, a obediência/vigência do Direito. Seria do Direito Penal? Da norma penal incriminadora?

Ocorre que, uma vez violada a norma com a conduta típica e antijurídica, surge para o Estado o poder, e não o direito, de punir, e a própria ideia de fazer “justiça” através da persecução penal é extremamente perigosa, à luz da instrumentalidade garantista.³⁷⁹

Afinal, a existência do processo penal, *de per se*, já consubstancia uma garantia do acusado em face do próprio Estado. Não se pode perder de vista, a teor do art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988, que “(...) aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes”.

Assim, a despeito do comando supra se referir aos “recursos” inerentes à ampla defesa, tal vocábulo está empregado, em sentido *lato*, devendo ser interpretado, no âmbito processual penal, como a garantia do acusado valer-se de todos os institutos disponíveis, capazes de evitar a deletéria experiência do cárcere.

De igual modo, levando em conta que a Constituição Federal é o *locus* de onde devem emanar os princípios reitores do processo penal³⁸⁰, resta consignada, no texto constitucional, a presunção ou o *estado jurídico de inocência*.³⁸¹

Dito isto, se, para uma Teoria Geral do Processo com pretensões totalizantes, os provimentos cautelares fundamentavam-se, no Código de Processo Civil de 1973³⁸², na

³⁷⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 353.

³⁷⁸ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

³⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

³⁸⁰ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 25.

³⁸¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 141.

hipótese de um provável provimento definitivo favorável ao autor, consubstanciando o *fumus boni juris*, no âmbito processual penal, tal noção se mostra incompatível com a basilar garantia da presunção, ou do estado jurídico de inocência.

De acordo com Ebling³⁸³, “(...) a mistura de conceitos é especialmente perigosa ao processo penal, pois, como já apontado, a necessidade de uma resposta imediata atropela os ritos (...)”

Deste modo, percebe-se a nítida diferença no que pertine à noção de cautelaridade, quando cotejada com as manifestações da jurisdição civil ou penal.

Assim, consoante as linhas acima, só se poderia afirmar que as audiências de custódia configuram um processo de natureza cautelar se essa cautelaridade visasse a garantia da incolumidade física do indivíduo, e não a de um futuro processo penal. Afinal, dado o momento em que tal ato é realizado (logo após a lavratura do auto de prisão em flagrante), não se pode conceber, em caráter definitivo, que uma ação penal será necessariamente deflagrada, haja vista a incidência do princípio da presunção de inocência.

Em outras palavras, as construções sobre processo cautelar, oriundas do processo civil, não podem ser transportadas, automaticamente, para o fenômeno processual penal. Necessário, portanto, que a doutrina processual penal crie um conceito de cautelaridade penal que leve em consideração, principalmente, o basilar princípio da presunção de inocência.

De mais a mais, as medidas cautelares inseridas no Código de Processo Penal pela Lei n. 12.403/2011, uma vez que diversas da prisão, acabam figurando como uma garantia dos acusados em face da violência institucionalizada do cárcere. Não se pode olvidar, de igual modo, que as audiências de custódia foram regulamentadas com o intuito de conferir uma maior aplicabilidade de tais garantias, atendendo, nesse passo aos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.³⁸⁴

³⁸² Faz-se menção ao Código de Processo Civil de 1973, levando-se em conta que os estudos sobre Teoria Geral do Processo, desenvolvidos pela Escola Paulista de Direito Processual Penal, baseou-se, nas últimas décadas, no revogado Código, ao menos sob um prisma dogmático.

³⁸³ EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. **Teoria Geral do Processo: uma crítica à teoria unitária do processo através da abordagem da questão da sumarização e do tempo no/do processo penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 15.

³⁸⁴ Nesse sentido, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966: 3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, **mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.** (Grifou-se). Na mesma linha o Pacto de San José da Costa Rica, a normativa que embasa a Resolução n. 213/2015, prescreve: Art. 6 (...) 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo

Nessa sistemática, e levando em conta que esses tratados sobre direitos humanos estão previstos no texto constitucional, a teor do § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, indagou-se, nas próximas linhas, se as audiências de custódia representam uma garantia fundamental dos indivíduos em face do Estado.

4.3 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS A RESPEITO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

O legislador constituinte, seguindo a tendência iluminista e visando superar a era de arbítrios vivida na ditadura civil-militar, buscou traçar limites à atuação do Estado e, em sede de processo judicial (sentido *lato*), tal diretriz política está prevista no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, ao enunciar que “ninguém será privado de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal.”

Assim, os direitos enunciados no art. 5º referido acima representam um verdadeiro freio à atuação estatal. Trata-se, portanto, a Carta Magna de uma constituição-garantia³⁸⁵, visto que um dos seus fundamentos políticos é impor a citada limitação. E, em se tratando de processo penal, o caráter protetivo desse nasce da mesma fonte, a Constituição Federal, como bem aponta o referencial teórico adotado³⁸⁶. Demonstrou-se, na primeira seção, que, na concepção clássica da Teoria Geral do Direito, o Estado seria um ente dotado de razão, cujo atuar visaria o bem comum, o que não se verifica na atuação real do sistema penal, principalmente, na América Latina, como salienta Zaffaroni.³⁸⁷

De igual modo, o pós-guerra legou à humanidade uma tortuosa lição, a de que os indivíduos devem ser protegidos dos seus próprios Estados, uma conclusão que não encontra ressonância em uma Teoria Geral do Direito de matriz idealista.

Não se pode desconsiderar que o momento anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 foi marcado pela suspensão de garantias fundamentais, a exemplo do *habeas*

razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. **Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.** (Grifou-se).

³⁸⁵ “Assim, a finalidade maior desta Constituição é garantir as liberdades públicas contra a arbitrariedade estatal (...)”. (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodvium, 2007, p. 114).

³⁸⁶ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016, p. 80.

³⁸⁷ Em contraponto à violência estrutural do sistema penal latino americano, Zaffaroni propõe a urgência de uma resposta “realista e marginal” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 161). Para o autor, o termo “realismo”, “(...) no plano específico do discurso jurídico-penal” implica a “renúncia às ‘ficções’ e ‘metáforas’ que não dão conta de explicar e conter a letalidade do poder de penar (ZAFFARONI, 2017, p. 163). O termo “marginal”, por sua vez, refere-se à grande maioria da população latino-americana, “(...) marginalizada do poder, mas objeto da violência do sistema penal”. (ZAFFARONI, 2017, p. 165).

corpus. Nesse aspecto, é de se notar que o livro “Teoria Geral do Processo”³⁸⁸, no tópico “A Constituição de 1988 e o Direito Anterior”, não faz nenhuma menção ao período ditatorial vigente no “direito anterior”, privilegiando uma discussão técnica acerca do “justo processo, tanto civil quanto penal”³⁸⁹, ainda que reconhecendo, no curso da obra, a incidência do Pacto de São José da Costa Rica na jurisdição pátria.

Destarte, os tratados internacionais ratificados pelo Brasil inserem-se na sistemática de proteção dos indivíduos, de modo que, é a partir de tal abertura constitucional que as audiências de custódia passaram a ser reguladas no país, embora já existissem, de forma casuística, alguns procedimentos de apresentação do custodiado à autoridade judicial.

Pode-se dizer, portanto, que as disposições constitucionais conferem aos indivíduos, em sede processual penal, um verdadeiro *status*³⁹⁰ em face do Estado.

De acordo com Alexy³⁹¹, os bens albergados por direitos fundamentais “(liberdades/situações/posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais” acarretam obrigações positivas e negativas para o Estado.

As primeiras diriam respeito a prestações, inclusive, no que toca à criação de leis que garantam, ou maximizem, a observância dos direitos fundamentais.

Quanto às obrigações negativas, trata-se da exigência afeta a não restrição dos direitos fundamentais. É o que Alexy³⁹² denomina como “(...) proibição de destruição e de afetação negativa”, ou seja, a exigência de que o Estado se abstenha de destruir, indevidamente, a esfera de proteção de uma garantia fundamental.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana e a vedação ao tratamento desumano e cruel legitimam a criminalização da tortura, bem como a sua equiparação a crime hediondo.

Haveria, assim, um dever negativo do Estado brasileiro, qual seja, a proibição de destruir, via tortura, a esfera de dignidade de todo e qualquer indivíduo, ainda que, ou, principalmente, daqueles que se encontram privados da liberdade.

Deste modo, existe uma esfera de direitos individuais que o Estado não pode malferir, esfera essa representada pelo postulado racional da dignidade da pessoa humana. A partir

³⁸⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada. Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

³⁸⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada. Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

³⁹⁰ A teoria do *status* foi cunhada por Jellinek e abordada por Alexy na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

³⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 810.

³⁹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 462.

desse *status*, o Estado brasileiro assume obrigações negativas – não torturar nem prender preventivamente, quando a lei prevê outras formas de responder ao processo.

Outro ponto relevante, para a presente exposição, diz respeito à posição das audiências de custódia no ordenamento jurídico, uma vez que as audiências de custódia, da forma disciplinada pela Resolução n. 213/2015 do CNJ, não estão expressamente previstas no ordenamento brasileiro, seja na Constituição Federal, seja na legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, é de grande utilidade, para o presente trabalho, as construções doutrinárias que se referem a direitos e garantias individuais decorrentes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Para chegar a tal conclusão, deve-se atentar para o quanto disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe: “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.”

A adoção do dispositivo supra está de acordo com o apontado por Ferrajoli³⁹³ como um dos sinais da crise dos Estados nacionais. Neste aspecto, o autor chama a atenção para a crise da soberania dos Estados em face dos sistemas internacionais de justicialização, em especial, de Direito Humanos³⁹⁴:

Hay, además, un tercer aspecto de la crisis del derecho, que está ligado a *crisis del Estado nacional* y que se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo. El proceso de integración mundial, y específicamente europea, ha desplazado fuera de los confines de los Estados nacionales los centros de decisión tradicionalmente reservados a su soberanía, en materia militar, de política monetaria y políticas sociales.

Chama-se a atenção, em relação à temática da soberania, para a tese do Controle de Convencionalidade, cunhada por Mazzuoli³⁹⁵ a partir da abertura semântica presente no § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o qual enuncia os direitos e as garantias fundamentais decorrentes de tratados sobre direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário.

³⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantias: la ley do más débil**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 16.

³⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantias: la ley do más débil**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 16.

³⁹⁵ “A legislação infraconstitucional, ao ensejo da primeira compatibilidade vertical material (compatibilidade da norma com a Constituição), deverá observar, além dos direitos expressos na Constituição, também os direitos implícitos. Tais direitos implícitos, não obstante de difícil visualização apriorística, também limitam a produção do direito nesse desdobramento da primeira etapa da compatibilização vertical material. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 125).

Deste modo, segundo Mazzuoli³⁹⁶, a Constituição não é mais o único paradigma de controle do ordenamento pátrio, inserindo-se, neste pormenor, “os tratados internacionais de direitos humanos (controle difuso e concentrado de convencionalidade)”³⁹⁷.

Nessa conformidade, para o presente estudo, apresenta especial relevância o Pacto de San José da Costa Rica, tratado internacional sobre direitos humanos assente no Brasil desde o Decreto n. 678/92, quando passou a integrar o ordenamento pátrio.

Sobre o tema, esclarece Piovesan³⁹⁸:

Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais.

Hesse³⁹⁹ atenta para o papel central da interpretação no tocante à preservação da vontade da Constituição, havendo uma “quase ilimitada competência das cortes constitucionais para proferir a última palavra sobre conflitos constitucionais.”

Deste modo, vigora, atualmente, a tese da supralegalidade dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, consignada no HC 87585 TO:

A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.⁴⁰⁰

De acordo com Ávila⁴⁰¹, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, haja vista a existência de significados incorporados ao uso corrente da linguagem e “(...) construídos na comunidade do discurso.” No caso dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, considerando que os mesmos

³⁹⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 13.

³⁹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 13.

³⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39.

³⁹⁹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Farbis Editor, 1991, p. 28.

⁴⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. HC 87585 TO. Depositário Infel. Prisão. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ministro Relator: Marco Aurélio. Data de Julgamento: 03/12/2008. Data de Publicação: 25/06/2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 13mai. 2018.

⁴⁰¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

estão formalmente elencados no capítulo referente às garantias individuais, como fontes de direitos, à primeira vista, não surgiriam maiores dúvidas sobre o caráter materialmente constitucional de tais direitos.

Ocorre que, dada a dificuldade dos Estados Nacionais reconhecerem o fato de que as disposições de Direito Interno coexistem com as previsões de Direito Internacional, o Supremo Tribunal Federal criou, a partir do seu papel de intérprete, a categoria da “supralegalidade”, até então inexistente no ordenamento pátrio. Frise-se que tal expressão se refere aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, ou seja, estão, hierarquicamente, abaixo da Constituição Federal e acima da legislação infraconstitucional.⁴⁰²

A respeito da *supralegalidade* da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Ministro Carlos Brito, ao julgar o HC 94013 / SP - SÃO PAULO⁴⁰³, aduziu que

(...) Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional – à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º –, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. 4. No caso, o paciente corre o risco de ver contra si expedido mandado prisional por se encontrar na situação de infiel depositário judicial. 5. Ordem concedida.

Registre-se que a tese da supralegalidade foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 5240, nos termos do Voto do Relator:

(...) De plano, anoto que o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ao dispor que “*toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz*”, sustou os efeitos de toda a legislação ordinária conflitante com esse preceito convencional. Isso se deve ao caráter supralegal que os tratados sobre direitos humanos possuem no ordenamento jurídico brasileiro, como ficou assentado pelo

⁴⁰² Assim, pontua Gilmar Mendes, no bojo do HC 94013 (2009): (...) Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de ‘supralegalidade’ aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

⁴⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. HC 94013. *Habeas corpus*. Salvo-conduto. Prisão civil. Depositário judicial. Dívida de caráter não alimentar. Impossibilidade. Ordem concedida. Órgão Julgador: Primeira Turma. Ministro Relator: Carlos Britto. Data de Julgamento: 10/02/2009. Data de Publicação: 13/03/2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2601535>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 349.703, relator para acórdão o Min. GILMAR MENDES (...).⁴⁰⁴ (Grifos no original).

Em sentido diverso, posiciona-se Valério Mazuoli⁴⁰⁵, ao aduzir que “(...) segundo entendemos, qualquer tratado de direitos humanos ratificado pelo Brasil tem índole e nível de norma constitucional.”

Corroborando com o entendimento acima, Cunha Júnior⁴⁰⁶:

[...] na linha da moderna doutrina do direito constitucional e do direito internacional, e com fundamento no princípio da suprema dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), os tratados internacionais que consagram direitos fundamentais, distintamente dos tratados internacionais comuns, *gozam idêntica hierarquia e prestígio da Constituição*, com a observância, ademais, do princípio da prevalência da norma mais favorável à pessoa, **quando os direitos fundamentais previstos em tratados estiverem em contradição com os preceitos da Constituição.** (Grifou-se).

Feitas estas considerações, o presente trabalho filia-se às disposições que entendem ser os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos normas materialmente constitucionais, apresentando a mesma hierarquia de outros direitos e garantias formalmente previstos no texto constitucional.

Dito isto, entende-se pelo caráter constitucional das audiências de custódia, configurando, assim, uma verdadeira garantia fundamental dos custodiados em face do Estado, cuja inobservância poderia acarretar a impossibilidade de conversão automática, sem a necessária apresentação do preso ao juiz, da prisão em flagrante em prisão preventiva.

É de se destacar, contudo, que não é essa a posição vigente no Superior Tribunal de Justiça, nos termos do acórdão abaixo:

(...) O entendimento firmado pelo Tribunal de origem está em conformidade com a jurisprudência da Sexta Turma desta Corte, segundo a qual "a não realização de audiência de custódia não é suficiente, por si só, para ensejar a nulidade da prisão preventiva, quando evidenciada a observância das garantias processuais e

⁴⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5240 Ação Direta de Inconstitucionalidade. Provimento Conjunto 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo. Audiência de Custódia. Ministro Relator: Luiz Fux. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 20/08/2015. Data de Publicação: DJe 01-02-2016, p. 25. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5240%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+5240%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lxjyskt>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

⁴⁰⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 14.

⁴⁰⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JuspPodvium, 2007, p. 621.

constitucionais'. (AgRg no HC 353.887/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 07/06/2016).⁴⁰⁷

Nos termos da Ementa da ADI 5240/2016⁴⁰⁸, o Relator consignou que “(...) 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”.

Destarte, tal entendimento se alinha com o quanto disposto na presente seção a respeito da similitude das audiências de custódia com o *habeas corpus*.

Nesse sentido, o Ministro Relator da ADI supra afirma que a Resolução n. 213/2015 regulamenta procedimentos atinentes ao *habeas corpus*, mais especificamente, a apresentação do preso ao juiz de primeira instância.⁴⁰⁹

Nesta conformidade, e, a partir de todas as contribuições trazidas à colação no presente trabalho, a próxima seção abordará as conclusões oriundas dos principais aspectos discutidos, submetendo as hipóteses a tais conclusões, no intuito de responder ao problema de pesquisa formulado no anteprojeto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho ora desenvolvido é resultado, conforme afirmado na introdução, de discussões geradas no seio do Grupo de Pesquisa “Processo Penal e Democracia”, sediado na Universidade Federal da Bahia, integrando o Programa de Pós-Graduação em Direito, na linha de pesquisa “Direito Penal e Liberdades Públicas”.

⁴⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal e Processual Penal. RHC 101.035/MG. Habeas Corpus. Tráfico de Drogas. Não Realização da Audiência de Custódia. Mera Irregularidade. Órgão Julgador: Sexta Turma. Ministro Relator: Antonio Saldanha Palheiro. Data de Julgamento: 04/09/2018. Data de Publicação: DJe 17/09/2018. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoess/toc.jsp?livre=RHC+101.035&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>
Acesso em: 21 jan. 2019.

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. ADI 5240 Ação Direta de Inconstitucionalidade. Provimento Conjunto 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo. Audiência de Custódia. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ministro Relator: Luiz Fux. Data de Julgamento: 20/08/15. Data de Publicação: DJe 01/02/2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5240%2E+NUME%2E%29+OU+%28ADI%2E+ACMS%2E+ADJ2+5240%2E+ACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lxjyskt>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. ADI 5240 Ação Direta de Inconstitucionalidade. Provimento Conjunto 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo. Audiência de Custódia. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ministro Relator: Luiz Fux. Data de Julgamento: 20/08/15. Data de Publicação: DJe 01/02/2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5240%2E+NUME%2E%29+OU+%28ADI%2E+ACMS%2E+ADJ2+5240%2E+ACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lxjyskt>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

Assim, embora a presente pesquisa se utilize de fontes secundárias, buscando responder a uma pergunta a partir de aportes teóricos, certo é que o objeto deste trabalho são as audiências de custódia, que acontecem no mundo da vida. Está-se a abordar um dos fenômenos processuais penais que ocorrem no sistema jurídico brasileiro.

As conclusões e as respostas que seguem apresentam, como norte, a pergunta de pesquisa formulada no anteprojeto. *Qual a categoria jurídica das audiências de custódia e qual a possível contribuição do instituto para a formulação de uma teoria do processo penal?*

Diante do quanto exposto neste trabalho, concluiu-se que as audiências de custódia são garantias fundamentais, materialmente constitucionais, apresentando a natureza jurídica de *habeas corpus* repressivo, ao menos no tocante à análise dos requisitos da prisão em flagrante.

Sendo a oportunidade do custodiado, oralmente, relatar as circunstâncias de sua prisão ao Estado-Juiz, entende a presente exposição tratar-se as audiências de custódia de uma ação, cuja pretensão liberatória guarda semelhanças com a pretensão veiculada no *writ of habeas corpus*.

Similitude esta presente, inclusive, no tocante à apresentação física do custodiado, o que remonta ao sentido originário do *remedy*. Tal sentido vinha perdendo uso no Brasil, ao passo que a apresentação de informações escritas pela autoridade apontada como coatora é entendida, pelos defensores da Teoria Geral do Processo, como uma espécie de contestação⁴¹⁰. Esta passagem sintetiza o risco inerente a uma abordagem universalizante, que visa unificar, sob o manto da Teoria Geral do Processo, os fenômenos processuais civis e penais.

Concluiu-se que as audiências de custódia integram o direito de ação dos flagranteados, uma vez que, apesar de incidir no início do inquérito policial, trata-se de ato jurisdicional que visa conter o poder de punir, e não “o direito de punir⁴¹¹”, poder este que, muitas vezes, é realizado à margem da legalidade, a exemplo dos casos em que ocorrem torturas. Deste modo, a não realização dessas audiências ensejaria, de acordo com a presente exposição, causa de nulidade do eventual decreto prisional que valide a prisão em flagrante.

Interpreta-se a “desconfiança” do Estado em face do atuar do próprio Estado, expressa nos considerandos da Resolução n. 213/2015, à luz de um paradigma “agnóstico” de processo

⁴¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

⁴¹¹ RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

penal⁴¹², apartado de qualquer pretensão idealizante de uma Teoria Geral do Processo, originada da Teoria Geral do Direito.

Afinal, sejam as categorias lógico-jurídicas (acepção de uma Teoria Geral do Processo cunhada por Didier Júnior⁴¹³), seja a ideologia da pacificação social, ambos os paradigmas convergem para a negação das raízes autoritárias do processo penal brasileiro.⁴¹⁴ Nesse sentido, negar tal realidade implica não problematizá-la, perpetuando-a a partir de construções tecnicistas, a exemplo do princípio da instrumentalidade das formas⁴¹⁵. É este princípio que pode justificar, inclusive, a não realização das audiências de custódia, ou, até mesmo, a sumarização de todos os atos afetos ao processo penal já no primeiro contato do flagranteado com o Estado-Juiz, conforme defendido pelo Fórum Nacional de Juízes Criminais.

Assim, as audiências de custódia, quando analisadas sob o prisma de uma Teoria Geral do Processo, aproximam-se de um modelo autoritário de processo penal, pois a não particularização do fenômeno processual penal, à luz, por exemplo, do princípio da instrumentalidade, poderá justificar a não realização do ato. As abstrações características das Teorias Gerais do Processo analisadas, ao desconsiderar dados da operacionalidade real do sistema penal, como a tortura e o racismo institucional, via seletividade⁴¹⁶, aproximam-se de um modelo autoritário, na medida em que, conforme afirmado, perpetuam tais instituições.

Ao revés, uma agenda de longo prazo deverá almejar um modelo de processo penal democrático, com base em estratégias concretas de contenção do poder de penar.⁴¹⁷ Nesta conformidade, ao trazer dados do mundo do ser, como a tortura, as audiências de custódia contribuem para a formulação de uma teoria do Processo Penal calcada numa perspectiva garantista, em contraponto à ideologia da defesa social vigente.

Não se pode perder de vista, de igual modo, que a ideologia da defesa social, esta informadora do processo penal brasileiro, atribui ao juiz criminal a incumbência de integrar a política de segurança pública.⁴¹⁸ Destarte, um dos aspectos da instituição das audiências de custódia – a redução do abuso na decretação de prisões processuais – poderia restar

⁴¹² RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

⁴¹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

⁴¹⁴ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1.

⁴¹⁵ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 42.

⁴¹⁶ BORGES, Juliana. **O Que É Encarceramento em Massa?** Belo Horizonte: Letramento Justificando, 2018.

⁴¹⁷ POSTIGO, Leonel González. **Pensar na Reforma Judicial no Brasil**: conhecimento teórico e práticas transformadoras. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2018, p. 34.

⁴¹⁸ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1.

ameaçado, já que existe um clamor popular pelo uso indiscriminado de prisões provisórias. Assim, a defesa social, expressa na ideologia que norteia o Código de Processo Penal, e o escopo “pacificador” da jurisdição, defendido pela Teoria Geral do Processo, apontam para um horizonte autoritário. Registre-se que o inquérito policial vigente no Brasil é um claro resquício não só do sistema inquisitivo, como da própria ideologia fundante do Código de Processo Penal vigente.

Deste modo, ao permitir um controle judicial sobre o início da investigação preliminar, nos casos de prisão em flagrante, as audiências de custódia representam um ganho ao próprio Estado Democrático de Direito.

Nesta conformidade, a concepção constitucional do Processo Penal, como um meio de proteger os cidadãos em face do Estado, é mais consentânea com o quanto proposto pelo Pacto de São José da Costa Rica, documento internacional que norteia a regulamentação das audiências de custódia no Brasil. De igual modo, se o marco teórico adotado entende que o processo penal deve(ria) ser um dique de contenção em face ao poder de punir, o objeto de estudo atende a tal função. Sinalizam, portanto, para a formulação de uma teoria processual penal condizente com um horizonte mais democrático.

Tal horizonte antecipa, em certa medida, as disposições constantes no Projeto de Lei n. 156, o qual prevê o instituto do Juiz de Garantias. Dito isto, conclui-se existir uma semelhança entre as audiências de custódia e a figura do Juiz de Garantias, ambos atos de Poder (jurisdicional) que não se confundem com a atuação do Juiz competente para o conhecimento da ação penal principal. Existe, em tais institutos, um ganho ao sistema acusatório.

No que pertine aos sistemas acusatório e inquisitório, não se pode olvidar que as audiências em estudo ocorrem no início do inquérito policial, o que representa algum controle jurisdicional em uma fase na qual o investigado, muitas vezes, não pode contar com a assistência de defensor, público ou constituído.

Assim, as audiências de custódia se assemelham às audiências de *control de detencion* realizadas no Chile, com a diferença de que, alhures, há um predomínio da oralidade. Na realidade brasileira, mais especificamente, em Salvador, as decisões sobre prisão e liberdade (condicionada a alguma medida cautelar ou não) ainda são escritas, havendo, inclusive, o uso de decisões-padrão, na amostra pesquisada, bem como a subnotificação de casos envolvendo

tortura.⁴¹⁹ Sem dúvida, tais circunstâncias sinalizam para um uso não democrático do instituto.

Nessa perspectiva, Schindler Filho⁴²⁰ aponta para o fato de a oralidade ser uma característica do sistema acusatório; a escrita, do inquisitório. Assim, a adoção de procedimentos exclusivamente orais, nas audiências de custódia, representaria um ganho para o sistema acusatório e, em certa medida, a aproximação de um modelo mais democrático de processo.

Em outras palavras, a despeito dos avanços apontados, o objeto de estudo pode ser utilizado dentro de uma perspectiva autoritária, representando, inclusive, a chancela de ilegalidades cometidas na fase inquisitorial (nos casos em que não se busca aferir a prática de tortura), ou quando não se analisa a regularidade dos requisitos para a prisão em flagrante.

De igual modo, perspectivas que defendem a possibilidade de realização dos atos instrutórios, durante a audiência de custódia, representam um possível uso autoritário do instituto, afinal, abreviar o rito processual, em nome da “eficiência da Justiça”, não se mostra de acordo com a Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, tais audiências podem representar um ganho para a fase “pós-acusatória⁴²¹”, inaugurada pela Constituição Federal de 1988, ao reconhecer que o “poder geral de persecução⁴²²” do Estado precisa ser contido pelo próprio Estado.

⁴¹⁹ HERNANDES, Camila Ribeiro; ASSUMPÇÃO, Vinicius. **Audiência de Custódia e Audiencia de Control de Detención**: análise comparada entre as realidades do Brasil e Chile em matéria de controle da legalidade da prisão. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2, p. 59-60.

⁴²⁰ SCHINDLER FILHO, Renato Sigisfried Sigismund. **A Necessária Revitalização da Fase Intermediária do Processo**: pela implementação de uma audiência de controle da acusação. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2.

⁴²¹ GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1, p. 51.

⁴²² RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ADORNO, Luis; COSTA, Flávio. **‘Prisão é "máquina de fazer PCC", diz Assassino, membro do comando da facção’**. UOL Notícias, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/08/01/criminoso-que-atuou-nos-ataques-de-2006-diz-que-prisao-e-maquina-de-fazer-pcc.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

AFLEN, Pablo Rodrigo; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

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

ARGENTINA. **Código Procesal Penal. Ley n. 23.984**. Buenos Aires, 4 de setiembre de 1991. Disponível em: <[https://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/\(\\$IDWeb\)/9A3E18F9FF5ACB83032569B3005915C6](https://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/($IDWeb)/9A3E18F9FF5ACB83032569B3005915C6)>. Acesso em: 12 abr. 2019.

ARNS, Dom Paulo Evaristo. **Brasil Nunca Mais**. Petrópolis: Editora Vozes, 1985.

Associação do Ministério Público Pedu a Suspensão das Audiências de Custódia. **Justificando: mentes inquietas pensam Direito**, São Paulo, 26 fev. 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/02/26/associacao-ministerio-publico-pede-suspensao-das-audiencias-de-custodia>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAHIA. Tribunal de Justiça. Direito Penal. Processo n. 0502196-93.2018.8.05.0112. Decisão Interlocutória. Drogas e condutas afins. Órgão Julgador: Juiz de Direito Matheus Martins Moitinho. 1ª Vara Criminal da Comarca de Itaberaba. Data de Julgamento: 06/02/19. Data de Publicação. 12/02/2019. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?dadosConsulta.localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=050219693.2018&foroNumeroUnificado=0112&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=050219693.2018.8.05.0112&dadosConsulta.valorConsulta=&v1Captcha=ihrze&processo.codigo=340000LPZ0000>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017.

BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

BORGES, Juliana. **O Que É Encarceramento em Massa?** Belo Horizonte: Letramento Justificando, 2018.

BOSCHI, Marcus Vinicius. **Ação, Pretensão e Processo Penal: teoria da acusação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BOURDIEU, Pierre; CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. **A Profissão de Sociólogo: preliminares epistemológicas**. Tradução de Guilherme Teixeira. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

BRASIL. **II Encontro do Fórum Nacional de Juizes Criminais**. Brasília, 15 a 17 de março de 2018. Disponível em <<https://fonajuc.com.br/2018/>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. Ato Institucional n. 5. Brasília, DF, 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 13 jun. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 06 de janeiro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_3/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16/03/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 13 jun. 2018.

BRASIL. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 13 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 21 fev. 2017.

BRASIL. Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-678.htm>. Acesso em: 13 jun. 2018.

BRASIL. Lei de Anistia. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 de agosto de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683compilada.htm>. Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11/12/1990. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8112-11-dezembro-1990-322161-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

BRASIL. Lei 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos Causados ao Meio Ambiente, ao Consumidor, a Bens e Direitos

de Valor Artístico, Estético, Histórico, Turístico e Paisagístico e Dá Outras Providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 01 dez. 2018.

BRASIL. Lei 12.830/2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 20 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>. Acesso em: 18 jun. 2018.

BRASIL. Lei 9.296/96. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 24/07/1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

BRASIL. Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 4 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

BRASIL. Lei 8.906 de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 13 jun. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Conheça as Medidas**. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>. Acesso em: 09 dez. 2017.

BRASIL. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 13 jul. 2018.

BRASIL. Projeto de Lei n. 156 do Senado. Brasília, 2009, p. 25. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

BRASIL. **Relatório Final de Atividades. Grupo de Pesquisa Sobre Audiências de Custódia**. Convênio de Cooperação Técnico-Científica TJBA/IBADPP. Salvador, Bahia, 2017, p. 16. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/2139/o-ibadpp-divulga-o-resultado-da-pesquisa-sobre-as-audiencias-de-custodia-realizadas-no-estado>>. Acesso em: 26 mai. 2018.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Habeas Corpus n. 70074092792. Habeas Corpus n. 429.534 - RS (2017/0326931-1). Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal. Ministra Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgado: 28/06/2017. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/07/2017. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/532779354/habeas-corpus-hc-429534-rs-2017-0326931-1/decisao-monocratica-532779374?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal e Processual Penal. RHC 101.035/MG. Habeas Corpus. Tráfico de Drogas. Não Realização da Audiência de Custódia. Mera Irregularidade. Órgão Julgador: Sexta Turma. Ministro Relator: Antonio Saldanha Palheiro. Data de Julgamento: 04/09/2018. Data de Publicação: DJe 17/09/2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=RHC+101.035&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. ADI 5240 Ação Direta de Inconstitucionalidade. Provimento Conjunto 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo. Audiência de Custódia. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ministro Relator: Luiz Fux. Data de Julgamento: 20/08/15. Data de Publicação: DJe 01/02/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5240%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+5240%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lxjyskt>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. HC 146956 AgR. Agravo regimental no habeas corpus. Substitutivo de recurso ordinário. Inadequação da via eleita. Crimes de fraude à licitação e de peculato. Falta de justa causa. Trancamento da ação penal. Excepcionalidade. Inocorrência. Órgão Julgador: Primeira Turma. Ministro Relator: Rosa Weber. Data de Julgamento: 24/11/2017. Data de Publicação: DJe 07/12/2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+146956%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y59cblye>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. HC 87585 TO. Depositário Infiel. Prisão. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ministro Relator: Marco Aurélio. Data de Julgamento: 03/12/2008. Data de Publicação: 25/06/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. HC 94013. *Habeas corpus*. Salvo-conduto. Prisão civil. Depositário judicial. Dívida de caráter não alimentar. Impossibilidade. Ordem concedida. Órgão Julgador: Primeira Turma. Ministro Relator: Carlos Britto. Data de Julgamento: 10/02/2009. Data de Publicação: 13/03/2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2601535>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

BRASIL. Universidade de São Paulo. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3oUniversal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.htm>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

CAMARGO, Margarida Lacombe; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Sistemas Processuais Penais à Luz da Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 97, p. 07, set./out. 2016. Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.97.05_1.PDF>. Acesso em: 28 jul. 2018.

CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Decreto-Lei n. 1.608 de 18 de setembro de 1939**. Diário Oficial da União - Seção 1, Brasília/DF, 13/10/1939. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

CHILE. **Código Processal Penal; Ley nº 19.696**. Santiago, 29 de septiembre de 2000. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>. Acesso em 22 set. 2018.

CHRISTIE, Nils. **Limites à Dor: o papel da punição na política criminal**. Tradução: Gustavo Ávila, Bruno Rigon e Isabela Alves. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

COSTA RICA. Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Sentença de 24 de Novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodvium, 2007.

Dicionário Online de Português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/teoria/>>. Acesso em: 09 jun. 18.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo: essa desconhecida**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Ditadura de Pinochet no Chile deixou mais de 40 mil mortes, diz relatório. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/08/novo-relatorio-sobe-para-mais-de-40000-as-vitimas-da-ditadura-de-pinochet.html>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na Idade da Globalização e da Exclusão**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da Libertação na América Latina**. São Paulo: Edições Loyola, 1977.

EBLING, Cláudia Marlise da Silva Alberton. **Teoria Geral do Processo: uma crítica à teoria unitária do processo através da abordagem da questão da sumarização e do tempo no/do processo penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira; JOBIM, Marco Félix. As Escolas de Direito Processual e o Ensino Do Direito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, 2014, p. 06. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/download/11939/9422>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías: la ley do más débil.** 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal.** 3. ed., rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação.** São Paulo: Atlas, 2013.

FINCH III, Charles S.; NASCIMENTO, Elisa Larkin. **Afrocentricidade: uma abordagem epistemológica inovadora.** São Paulo: Selo Negro, 2009.

FON FILHO, Aton. **A Repressão Militar-Policial no Brasil: o livro chamado João.** 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2016.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de setembro de 1970.** Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 24. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as Formas Jurídicas.** Rio de Janeiro: Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Moraes. Editora Nau, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** Tradução de Raquel Ramallete. 35. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

GLOECKNER, Ricardo. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro.** Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018, v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no Processo Penal.** 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

HERNANDES, Camila Ribeiro; ASSUMPÇÃO, Vinicius. **Audiência de Custódia e Audiencia de Control de Detención: análise comparada entre as realidades do Brasil e Chile em matéria de controle da legalidade da prisão.** In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil.** Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Farbis Editor, 1991.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. 1. ed. Rio de Janeiro: Luam Editora Ltda, 1993.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no Espelho da Ciência**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LAROUSSE, Librairie. **Dicionário da Língua Portuguesa Larousse Cultural**. São Paulo: Editora Universo, 1992.

LEAL, Jackson da Silva. **Criminologia da Libertação: a construção da criminologia crítica latino-americana como teoria crítica do controle social e a contribuição desde o Brasil – pesquisa nas revistas capítulo criminológico (1973-1990) e doutrina penal (1977-1990)**. 2016. 412 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2016, p. 13. Orientadora: Prof.^a Vera Regina Pereira de Andrade.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, v. 2.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2011, v. 2.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOYOLA. Enrique Letelier. Estatuto de las Libertades en el Proceso Penal Chileno a Trece Años de Vigencia del Sistema Acusatorio. **Opini3n Jur3dica**, v. 12, n. 24, pp. 151-168, jul./dic. 2013, 200 p., Medellín, Colombia, 2013.

MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. **A Imagin3ria Oralidade dos Juizados Especiais Criminais**. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisi33o: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil**. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Am3ricas (CEJA), 2018, v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZUOLI, Val3rio de Oliveira. **O Controle Jurisdiccional da Convencionalidade das Leis**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OEA. Organiza33o dos Estados Americanos. **Relat3rio Sobre o uso das pris3es preventivas nas Am3ricas**. Introdu33o e recomenda33es. Comiss3o de Direitos Humanos, Whashington Dc, 2013, p. 02. Dispon3vel em < <https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

OLIVEIRA, Eug3nio Pacelli de. **Processo e Hermen3utica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

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

PAUGAM, Serge. **A Pesquisa Sociológica**. Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

POPPER, K. R. **A Lógica da Pesquisa Científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Ocatny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 1972.

PORTELLA, Oswaldo. **Vocabulário Etimológico Básico do Acadêmico de Letras**. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/letras/article/download/19320/12605>>. Acesso em: 07 jan. 2018.

POSTIGO, Leonel González. **Pensar na Reforma Judicial no Brasil: conhecimento teórico e práticas transformadoras**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2018.

PRADO, Daniel Nicory do. **A Prática da Audiência de Custódia**. Salvador: Editora JusPodiVm, 2017.

PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do Poder e Classificação Social**. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MESESES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina S.A, 2009.

RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc; FRENANDES, Daniel. **A Audiência de Custódia na Perspectiva de uma Teoria do Processo Penal Agnóstica**. In: SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo (Orgs.). **Audiência de Custódia**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

RAMALHO JÚNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2015.

SAMPAIO, André Rocha; SILVA, Joane Marcelle de Oliveira e. **Superando a Contaminação da Sentença pelo Inquérito Policial: a oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitório**. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil**. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **O Novo Processo Penal Cautelar**. Editora JusPodivm, Salvador, 2011.

SCHINDLER FILHO, Renato Sigisfried Sigismund. **A Necessária Revitalização da Fase Intermediária do Processo:** pela implementação de uma audiência de controle da acusação. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição:** ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018, v. 2.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A Expansão do Direito Penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Isabela Miranda da. **Racismo Institucional e Colonialidade do Poder Punitivo nos Discursos e nas Práticas:** os casos dos mortos de Pedrinhas. 2018. 288f. Dissertação (Mestrado Direito). Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2018, Orientador: Prof. Dr. Evandro Piza Duarte.

TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. **Instrução e Julgamento Concentrados na Audiência de Custódia.** Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/instrucao-e-julgamento-concentrados-na-audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

WARAT, Luís Alberto. **Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas.** Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, v. 03, n. 05. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **El Enemigo en el Derecho Penal.** Buenos Aires: Ediar, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.