



**FACULDADE ESTÁCIO DE SÁ DE BELO HORIZONTE**  
**Curso de Pós-Graduação em Direito**

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA CAUTELAR: uma visão crítica a sua  
constitucionalidade.**

Thiago Soares Gonçalves

Belo Horizonte  
2016



**Thiago Soares Gonçalves**

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA CAUTELAR: uma visão crítica a sua constitucionalidade.**

Artigo científico apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal da Universidade Estácio de Sá, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista.

Orientadora Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Mariana de Freitas Rasga

Belo Horizonte

2016

Thiago Soares Gonçalves

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA CAUTELAR: uma visão crítica a sua constitucionalidade.**

Artigo científico apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal da Universidade Estácio de Sá, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista.

Orientadora Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Mariana de Freitas Rasga

Aprovado em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Mariana de Freitas Rasga (Orientadora)

Belo Horizonte, 23 de maio de 2016

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>2</b>
<b>2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA CAUTELAR SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL....</b>	<b>3</b>
<b>3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA CAUTELAR E O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ).....</b>	<b>8</b>
<b>4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA CAUTELAR E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).....</b>	<b>16</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>22</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>24</b>

# **AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA CAUTELAR: uma visão crítica a sua constitucionalidade.**

Thiago Soares Gonçalves<sup>1</sup>

## **RESUMO**

A presente pesquisa tem a finalidade de compreender e discutir a audiência de custódia cautelar sob o prisma constitucional, especialmente no tocante aos tratados internacionais sobre direitos humanos, no qual, o Brasil é signatário. A audiência de custódia foi criada através do Provimento Conjunto nº. 3/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com o Ministro da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo não respeitando as formalidades para a sua criação, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu, ou seja, somente a União poderia criar através de Projeto de Lei a audiência de custódia cautelar, na qual, seria inserida no Código de Processo Penal brasileiro tal mudança (inconstitucionalidade formal).

Além disso, demonstrar a incompetência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para a sua implementação e a ofensa aos princípios da separação dos poderes e da legalidade.

Assim, investigar também os limites do Supremo Tribunal Federal (STF) na sua atuação decidindo além da sua competência se transformando em legislador ordinário, através de interpretação constitucional exercido no controle de constitucionalidade, o que revela uma prática comum de decisões manipulativas, ativismo judicial e/ou judicialização.

**Palavras-chave:** A Audiência de Custódia Cautelar. Direito Constitucional. Tratados Internacionais Ratificados pelo Brasil. Direito Processual Penal. Inconstitucionalidade Formal. Princípio da Separação dos Poderes. Princípio da Legalidade. Provimento Conjunto nº. 3/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

---

<sup>1</sup> Militar do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais, Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Sá de Belo Horizonte, Pós-Graduando em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá.

## 1. INTRODUÇÃO

No ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) juntamente com o Ministro da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo deram origem ao projeto de implementação da audiência de custódia cautelar através do Provimento Conjunto nº. 3/2015. Acontece que o CNJ não tem competência para tal implementação que inegavelmente diz respeito ao direito processual penal que, por sua vez, é de competência exclusiva do poder legislativo qualquer modificação. Não observada esta previsão se caracteriza a inconstitucionalidade formal da audiência de custódia cautelar.

O CNJ embasou a implementação da audiência de custódia cautelar em tratados internacionais sobre direitos humanos, no qual, o Brasil é signatário, o que não justifica. Tal justificativa perde a sua força quando se demonstra o status, no qual, tais tratados foram recepcionados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), isto é, status de supralegalidade. O Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que o mais correto é colocar a supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos acima das demais leis mais abaixo da constituição.

Além disso, o CNJ ao implementá-la viola o princípio da separação dos poderes que estabelece que os poderes são independentes, isto é, um não pode interferir na atuação do outro para que se tenha um equilíbrio constitucional. Cabe ressaltar, que o CNJ é órgão do poder judiciário.

Ademais, o CNJ é um órgão de competência administrativa que produz atos administrativos. Como é sabido, ato administrativo não é lei, mas devem estar em sintonia com a lei, o que não aconteceu. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece que qualquer modificação no Código de Processo Penal deve ser exercida através do poder legislativo e de lei, e que somente a lei é capaz de obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo.

Diante do exposto, questiona-se a constitucionalidade da audiência de custódia cautelar confirmada pelo STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240 (ADI nº 5240) que a julgou constitucional, contrariando os preceitos constitucionais, doutrinários e jurisprudenciais. O STF estaria legislando, praticando decisões manipulativas, ativismo judicial e/ou judicialização? Esta pergunta será respondida no decorrer da pesquisa e nas considerações finais.

## 2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA CAUTELAR SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

A audiência de custódia cautelar tem por finalidade demandar que o delegado de polícia, em todas as prisões em flagrante, apresente o detido ao juiz para que se ratifique a prisão em flagrante convertendo-a em prisão preventiva ou, se tratando de prisão ilegal se aplique o relaxamento de prisão ou se conceda a liberdade provisória. Acontece que a audiência de custódia cautelar foi criada no ano de 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através do Provimento Conjunto nº. 3/2015, que se embasou em tratados internacionais sobre direitos humanos como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) no seu artigo 7º, item 5, que diz:

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

Também se embasou no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos no seu artigo 9º, item 3, que menciona:

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.

Como é sabido, os tratados internacionais sobre direitos humanos citados acima são regras e princípios a serem inseridos dentro do paradigma constitucional de cada país, isto é,

cada país irá recepcionar essas regras e princípios de acordo com o estabelecido na sua constituição. Isso, não que dizer que os tratados internacionais sobre direitos humanos<sup>2</sup> tem uma posição de inferioridade em relação aos direitos fundamentais<sup>3</sup> já inseridos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), pelo contrário o artigo 5º, § 2º, da CRFB/88, prevê que “os direitos e as garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes dos tratados de que seja parte a República Federativa do Brasil”, ou seja, não existe hierarquia entre os direitos humanos ou fundamentais, pois eles estão em planos diferentes.

Entretanto, existe uma regra estabelecida pela CRFB/88 em relação à recepção desses tratados, ou seja, os tratados internacionais sobre direitos humanos que confirmado nos moldes do artigo 5º, § 3º, da CRFB/88, acrescido pela EC nº 45/04, são idênticos às emendas constitucionais, assim diz:

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

Cabe ressaltar, que os tratados que ensejaram a criação e implementação da audiência de custódia cautelar não foram aprovados de acordo com o artigo 5º, § 3º, da CRFB/88, sendo assim, o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu de forma pacífica que os tratados e convenções nesses casos terão status de supralegalidade, assim menciona Gilmar Mendes (2016, p. 1207), dizendo:

Por fim, cabe ressaltar o encerramento do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343 / SP, Rel. Min. Cezar Peluso, em 3-12-2008. Nesse julgado, o STF definiu a tese da supralegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos que sejam internalizados pelo direito pátrio.

---

<sup>2</sup> São direitos previstos em tratados e convenções internacionais essenciais para dignidade da pessoa humana; saúde, lazer, segurança, moradia, liberdade, igualdade e outros.

<sup>3</sup> São os direitos humanos já positivados na CRFB/88.



Segue a ementa citada acima do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, que menciona:

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

(STF - RE: 466343 SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165)

Merece transcrição a ementa do julgamento do Habeas Corpus nº 94.013 / SP, que também reafirma o status supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. SALVO-CONDUTO. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. DÍVIDA DE CARÁTER NÃO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do "responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia" (inciso LXVII do art. 5º da CF/88). Precedentes: HCs 87.585 e 92.566, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 2. A norma que se extrai do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal é de eficácia restringível. Pelo que as duas exceções nela contidas podem ser apontadas por lei, quebrantando, assim, a força protetora da proibição, como regra geral, da prisão civil por dívida. 3. O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil - Decreto 678 de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do artigo 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o 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.

(HC 94013, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-02 PP-00267 RT v. 98, n. 885, 2009, p. 155-159 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 390-396).

Novamente Gilmar Mendes (2009, p. 749): “Por conseguinte, é mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos”.

O status de supralegalidade significa dizer que os tratados e convenções sobre direitos humanos terão uma posição privilegiada acima das demais normas jurídicas (leis), mas nunca acima da CRFB/88. Conforme menciona Gilmar Mendes (2009, p. 750): “Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico”.

Para melhor demonstrar o nosso escalonamento jurídico merece transcrição o artigo 59, da CRFB/88:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Observa-se, que existe uma hierarquia entre as normas jurídicas e, que uma depende da outra e todas dependem da constituição. Sendo assim, a CRFB/88 (Carta Magna) é a lei suprema que dita e estabelece todas as regras a serem seguidas pelas demais normas jurídicas (leis).

Isso não é novidade, pois diversos autores já reconheceram a hierarquia entre as normas, sendo eles Bobbio (1999, p. 49), adotando a teoria escalonada do ordenamento jurídico dos ensinamentos de Kelsen, dizendo que:

Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental.

Norberto Bobbio nos ensina também que:

Num dado ordenamento jurídico as normas são dispostas de forma escalonada hierarquicamente, de modo que, considerando-se a disposição das normas em uma pirâmide, vamos encontrar em seu ápice a norma suprema, fundamental, da qual todas as outras normas dependem e tiram sua eficácia e validade. Assim, pode-se afirmar que o sistema normativo está colocado em uma certa ordem, onde as normas são classificadas segundo um determinado grau de superioridade, indo-se desde a norma mais inferior até alcançar a norma suprema, ou seja, a norma que dá legitimidade ao comando normativo e da qual todo o ordenamento jurídico depende (BOBBIO, 1999, p. 48).

Também, de forma semelhante, Ferraz Junior (2001, p. 172), menciona:

Quando dizemos que as normas estão dispostas hierarquicamente, umas são superiores, outras inferiores, estamos pensando em estrutura. Hierarquia é um conjunto de relações, estabelecidas conforme regras de subordinação e de coordenação. Essas regras não são normas jurídicas nem são elementos não normativos, isto é, não fazem parte do repertório, mas da estrutura do ordenamento. Exemplo de regra estrutural é o princípio da *lex superior* (regra segundo a qual a norma que dispõe, formal e materialmente, sobre a edição de outras normas prevalece sobre estas em caso de contradição: as normas constitucionais prevalecem sobre as leis ordinárias), ou o da *lex posterior* (havendo normas do mesmo escalão em contradição, prevalece a que, no tempo, apareceu por último), ou a da *lex specialis* (a norma especial revoga a geral no que esta dispõe especificamente).

Sendo assim, o entendimento de Coelho (2009, p. 17), reafirma que “Como a Constituição é hierarquicamente superior, pela sua posição, natureza e função no âmbito do ordenamento jurídico, não existe outra alternativa: afasta-se a lei e aplica-se a Constituição”. Cabe ressaltar, que não se pode inovar a ordem constitucional, modificando o status dos tratados e convenções sobre direitos humanos e da Carta Magna, pois toda interpretação se deve embasar na CRFB/88.

### 3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA CAUTELAR E O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

Através do Provimento Conjunto nº. 3/2015, o CNJ no ano de 2015 deu origem à audiência de custódia cautelar, com participação do Ministro da Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo, que tem como objetivo exigir que a autoridade policial providencie a apresentação do flagranteado a audiência de custódia cautelar que será composta pelo juiz, promotor de justiça e o defensor público ou particular. Após, a oitiva do detido o promotor de justiça poderá pedir a conversão da prisão em flagrante em preventiva ou manifestar pelo relaxamento da prisão, caso comprovado alguma ilegalidade na prisão em flagrante, ou pela concessão de liberdade provisória com ou sem fiança. O juiz também ouvira o advogado do detido e poderá converter a prisão preventiva pela domiciliar<sup>4</sup> caso comprovado alguma hipótese do artigo 318<sup>5</sup>, do Código de Processo Penal (CPP). Sendo assim, transcrevo o conteúdo do Provimento Conjunto nº. 3/2015, que diz:

Art. 1º Determinar, 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.

Art. 2º A implantação da audiência de custódia no Estado de São Paulo será gradativa e obedecerá ao cronograma de afetação dos distritos policiais aos juízos competentes.

Parágrafo único. A Corregedoria Geral da Justiça disciplinará por provimento a implantação da audiência de custódia no Estado de São Paulo e o cronograma de afetação dos distritos policiais aos juízos competentes.

---

<sup>4</sup> De acordo com o Art. 317, do CPP, “A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”.

<sup>5</sup> Art. 318 do CPP, “Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo”.

Art. 3º A autoridade policial providenciará a apresentação da pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente, para participar da audiência de custódia.

§ 1º O auto de prisão em flagrante será encaminhado na forma do artigo 306, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, juntamente com a pessoa detida.

§ 2º Fica dispensada a apresentação do preso, na forma do parágrafo 1º, quando circunstâncias pessoais, descritas pela autoridade policial no auto de prisão em flagrante, assim justificarem.

Art. 4º Incumbe à unidade vinculada ao juiz competente preparar o auto de prisão em flagrante para a audiência de custódia, realizando os atos de praxe previstos nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, e juntar a folha de antecedentes da pessoa presa.

Art. 5º O autuado, antes da audiência de custódia, terá contato prévio e por tempo razoável com seu advogado ou com Defensor Público.

Art. 6º Na audiência de custódia, o juiz competente informará o autuado da sua possibilidade de não responder perguntas que lhe forem feitas, e o entrevistará sobre sua qualificação, condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local da residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão.

§ 1º Não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento.

§ 2º Após a entrevista do autuado, o juiz ouvirá o Ministério Público que poderá se manifestar pelo relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, pela concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

§ 3º A seguir, o juiz dará a palavra ao advogado ou ao Defensor Público para manifestação, e decidirá, na audiência, fundamentadamente, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, podendo, quando comprovada uma das hipóteses do artigo 318 do mesmo Diploma, substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

§ 4º A audiência será gravada em mídia adequada, lavrando-se termo ou ata sucintos e que contere o inteiro teor da decisão proferida pelo juiz, salvo se ele determinar a integral redução por escrito de todos os atos praticados.

§ 5º A gravação original será depositada na unidade judicial e uma cópia instruirá o auto de prisão em flagrante.

§ 6º As partes, dentro de 48 ([...]) horas, contadas do término da audiência, poderão requerer a reprodução dos atos gravados, desde que instruem a petição com mídia capaz de suportá-la.

Art. 7º O juiz competente, diante das informações colhidas na audiência de custódia, requisitará o exame clínico e de corpo de delito do autuado, quando concluir que a perícia é necessária para a adoção de medidas, tais como:

I – apurar possível abuso cometido durante a prisão em flagrante, ou a lavratura do auto;

II – determinar o encaminhamento assistencial, que repute devido.

Art. 8º O mandado de prisão, se convertido o flagrante em preventiva, e o alvará de soltura, na hipótese de relaxamento da prisão em flagrante ou concessão da liberdade provisória, serão expedidos com observância das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, aplicando-se, ainda, e no que couber, o procedimento disciplinado no artigo 417 e seus parágrafos do mesmo Diploma.

Art. 9º Será elaborado pela unidade vinculada ao juízo competente relatório mensal, que deverá conter:

I – o número de audiências de custódia realizadas;

II – o tipo penal imputado, nos autos de prisão em flagrante, à pessoa detida e que participou de audiência de custódia;

III – o número e o tipo das decisões proferidas (relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, concessão de liberdade provisória com imposição, se for o caso, das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, conversão da prisão preventiva em domiciliar, nos termos do artigo 318 do mesmo Diploma) pelo juiz competente;

IV – o número e espécie de encaminhamentos assistenciais determinados pelo juiz competente.

Art. 10. Não será realizada a audiência de custódia durante o plantão judiciário ordinário (art. 1127, I, NSCGJ) e os finais de semana do plantão judiciário especial (art. 1127, II, NSCGJ).

Parágrafo único. A regra do caput aplica-se até a efetiva implantação de rotina para transferência, aos finais de semana e feriados, de presos das unidades da Secretaria de Estado da Segurança Pública para os estabelecimentos da Secretaria de Estado da Administração Penitenciária.

Art. 11. Este Provimento entra em vigor na data de sua publicação.

Cabe ressaltar, que o CNJ é um órgão do poder judiciário e não do poder legislativo, assim menciona o artigo 92, da CRFB/88:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

**I-A o Conselho Nacional de Justiça;**

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal.

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional (grifo nosso).

Além disso, o CNJ é um órgão do poder judiciário de competência meramente administrativa e financeira dos juízes, sendo assim, merece transcrição o artigo 103-B da CRFB/88, que demonstra de forma completa toda a estrutura e competência do Conselho Nacional de Justiça:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal;

II um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;

III um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;

IV um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

V um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

VI um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VIII um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

IX um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

X um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;

XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

XII dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

XIII dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§ 1º O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Os demais membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

**§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:**

**I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;**

**II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;**

**III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro**

que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

§ 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

I receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral;

III requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

§ 6º Junto ao Conselho funcionarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça (grifo nosso).

Como é sabido, o CNJ é um órgão do poder judiciário, mas a sua competência se restringe ao âmbito administrativo, não sendo o mesmo competente para legislar ou implementar a audiência de custódia cautelar, assim menciona Pedro Lenza (2015, p. 940):

Dessa forma, por estarem as atribuições do CNJ restritas ao controle da atuação administrativa, financeira e disciplinar dos órgãos do Poder



Judiciário a ele sujeitos, pode-se afirmar ser o CNJ um **órgão meramente administrativo (do Judiciário)** (grifo nosso).

Sendo o mesmo um órgão do poder judiciário, a audiência de custódia cautelar deveria ser criada pelo Congresso Nacional conforme estabelece o artigo 22, inciso I, da CRFB/88, que diz: “Compete privativamente à União legislar sobre: direito civil, comercial, **penal, processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;” (grifo nosso).

Ademais, ao contrário do que se estabelece o artigo 22, inciso I, da CRFB/88, qualquer forma de se implementar a audiência de custódia cautelar é inconstitucional, assim menciona Pedro Lenza (2015, p. 298): “**A inconstitucionalidade formal orgânica decorre da inobservância da competência legislativa para a elaboração do ato**”. (grifo nosso).

Assim, Gilmar Mendes cita os autores abaixo (2016, p. 1057) para demonstrar a incompetência do CNJ para legislar, dizendo:

Lenio, Ingo e Clemerson anotam que “no Estado Democrático de Direito, é inconcebível permitir-se a um órgão administrativo expedir atos (resoluções, decretos, portarias, etc.) com força de lei, cujos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais”, e que “parece, de pronto, inconcebível que o constituinte derivado, ao aprovar a Reforma do Judiciário, tenha transformado os Conselhos em órgãos com poder equiparado aos do legislador. Ou seja, a menção ao poder de expedir ‘atos regulamentares’ tem o objetivo específico de controle externo, a partir de situações concretas que surjam no exercício das atividades de judicatura e de Ministério Público. Aliás, não se pode esquecer que é exatamente o controle externo que se constituiu na ‘ratio essend’ da criação de ambos os Conselhos” (Lenio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet e Clemerson Merlin Clève, Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Revista de Doutrina [www.revistadoutrina.trf4.gov.br](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br), acesso em 6-10-2006).

Sendo assim, o CNJ praticando atos normativos além da sua competência e pertencendo ao poder judiciário, se verifica uma ofensa ao princípio da separação de poderes que está explícito no artigo 2º, da CRFB/88, que diz “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Como é sabido, o princípio da separação de poderes também é cláusula pétrea, no qual, não pode ser objeto de proposta de emendas constitucionais tendentes a restringi-lo ou aboli-lo, mas poderá ser ampliado. Assim menciona o artigo 60, da CRFB/88, que diz “A Constituição poderá ser emendada mediante

proposta:§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes;”. Para melhor conceituar o princípio da separação de poderes Pedro Lenza (2015, p. 1507), diz:

os “Poderes” (órgãos) são independentes entre si, cada qual atuando dentro de sua competência constitucionalmente estabelecida e assegurada quando da manifestação do poder constituinte originário, daí ser mais adequado falarmos em órgãos que exercem funções, típicas (inerentes à essência) e atípicas (do órgão, mas sem ser a sua essência).

Como é sabido, nenhum órgão ou poder pode transferir para outro órgão ou poder, a função que lhe é típica ou prevista como típica, caso isso aconteça o princípio da indelegabilidade de atribuições será desrespeitado.

Cabe ressaltar que o CNJ é um órgão de competência administrativa que pratica atos administrativos<sup>6</sup>, como por exemplo, o provimento conjunto em discussão. A característica e a competência dos atos normativos<sup>7</sup> praticados pelo Conselho Nacional de Justiça é conceituado por Gilmar Mendes (2016, p. 1057 e 1058), que diz:

A corte concluiu que o CNJ possui poder normativo voltado a uniformizar regras que alcancem todo o Judiciário, visto tratar-se de Poder de caráter nacional. Além disso, frisou que o poder normativo do CNJ possui como fonte primária a própria Constituição Federal, como a redação que lhe foi dada pela EC n. 45/2004, o qual deve ser levado a efeito, observando-se as normas constitucionais e as disposições contidas na LOMAN.

Ademais, todos os atos normativos praticados pelo CNJ são de fonte primária, isto é, devem observar as normas constitucionais da CRFB/88 e concorrente com as demais

---

<sup>6</sup> Di Pietro (2010, p. 196) é “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância de lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle do Poder Judiciário”.

<sup>7</sup> Segundo Hely Lopes Meirelles: “são aqueles que contém um comando geral do Executivo visando ao cumprimento de uma lei. Podem apresentar-se com a característica de generalidade e abstração (decreto geral que regulamenta uma lei), ou individualidade e concreção (decreto de nomeação de um servidor). Segundo Márcio Fernando Elias Rosa são exemplos: regulamento, decreto, regimento e resolução”. ATO ADMINISTRATIVO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2015. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Ato\\_administrativo&oldid=43613909](https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Ato_administrativo&oldid=43613909)>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

corregedorias e tribunais. Percebe-se que toda a competência do CNJ é voltada e limitada aos assuntos disciplinares e de correção dos atos da magistratura, o que não vem acontecendo.

Assim, o Supremo Tribunal Federal, ao assentar a competência constitucional primária do CNJ, afirmou que esse órgão é detentor de poder normativo no âmbito da magistratura, bem como que a ele compete exercer atividade disciplinar e correccional concorrente às dos tribunais em geral.

Porém, o CNJ poderá expedir atos normativos mais abrangentes com o intuito de uniformizar e aperfeiçoar o Poder Judiciário conforme menciona o artigo 8º do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça:

Art. 8º Compete ao Corregedor Nacional de Justiça, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:  
X - expedir Recomendações, **Provimentos**, Instruções, Orientações e **outros atos normativos destinados ao aperfeiçoamento das atividades dos órgãos do Poder Judiciário** e de seus serviços auxiliares e dos serviços notariais e de registro, bem como dos demais órgãos correccionais, sobre matéria relacionada com a competência da Corregedoria Nacional de Justiça; (grifo nosso).

Todavia, todos os atos normativos deverão ter como ponto de partida as regras e os princípios constitucionais respeitando o Princípio da Supremacia da Constituição<sup>8</sup>, além de observar também as disposições contidas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN).

Entretanto, se observa que houve uma clara ofensa aos preceitos constitucionais, e consequentemente, o princípio da legalidade também foi desrespeitado, pois se um ato administrativo vai de encontro a CRFB/88 ele é ilegal. Assim, estabelece o artigo 37, “caput”, da CRFB/88, dizendo:

---

<sup>8</sup> Conforme menciona Gonet Branco (2016, p. 106): “O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre nulidade absoluta”.

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Assim, estabelece também o artigo 5º, II, da CRFB/88, que diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Observa-se que todo ato normativo, que é uma espécie de ato administrativo, e toda atuação da administração pública deve-se pautar pela legalidade, o próprio artigo 103-B, § 4º, II, da CRFB/88, já citado acima, faz menção ao artigo 37, “caput”, da Carta Magna, para enfatizar e estabelecer uma regra a ser cumprida pelo CNJ, o que não aconteceu. Cabe ressaltar, que o particular, ou seja, o cidadão pode fazer tudo que a lei não proíbe, mas a administração pública só pode fazer aquilo que a lei permitir, o que não é o caso. Pois, nenhuma lei e muito menos a CRFB/88 permitiu que o CNJ criasse ou implementasse a audiência de custódia cautelar, uma vez que, ato administrativo não é lei.

#### **4. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA CAUTELAR E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)**

Nota-se, que era possível o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) enxergar que o Provimento Conjunto nº. 3/2015 era um ato normativo que apresentava um vício de legalidade, e conseqüentemente, anular esse ato. Assim, determina a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal (STF) mencionando que “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Ademais, o STF também poderia ter apreciado esse ato normativo conforme menciona Pedro Lenza (2015, p. 940), que “Observa-se, portanto, que o CNJ **não exerce função jurisdicional** e os seus atos poderão ser revistos pelo STF, orientação essa firmada no julgamento da **ADI 3.367:**” (grifo do autor).

Merece transcrição a ementa do julgamento da ADI 3.367, também citada por Pedro Lenza (2015, p. 940), que diz:

“**PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do STF. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional.** Inteligência dos art. 102, caput, inc. I, letra "r", e § 4º, da CF. **O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito**” (ADI 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 13.04.2005, DJ de 22.09.2006 – grifamos). (grifo do autor).

Como é sabido, o STF não pode se restringir ou se resumir numa instância revisora de atos normativos do Conselho Nacional de Justiça, mas quando tais atos normativos ultrapassam os limites da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e da razoabilidade, é seu dever rever esses atos.

Diante disso, ou seja, da omissão do STF em rever o provimento conjunto nº. 3/2015, que deu origem a audiência de custódia cautelar, a Associação dos Delegados do Brasil (ADEPOL-BRASIL) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240 (ADI nº 5240) tendo a repercussão geral reconhecida. Merece transcrição a ementa da ADI nº 5240, que diz:

Ementa: **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. 2. O direito convencional de**

apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O habeas corpus ad subjiciendum, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. In casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. 9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes. 10. 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.** (grifo nosso).

Percebe-se, que o STF julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240, e ainda, reafirmou que todos os tribunais do Brasil adotassem a audiência de custódia cautelar. Sendo assim, não resta dúvida que o STF vem passando por cima da jurisprudência firmada por ele mesmo, deixando de atuar como guardião da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e passando, às vezes, por legislador ordinário.

O STF se valendo de técnicas de interpretação constitucional, para suprir a falta de atuação ou a omissão do poder legislativo, ultrapassa os seus limites, uma vez que, toda interpretação constitucional não pode ir de encontro ao princípio da separação dos poderes e/ou princípio da legalidade, não pode ser contrária aos tratados internacionais sobre direitos humanos, não pode contrariar o princípio da interpretação conforme a constituição<sup>9</sup> e o princípio da unidade da constituição<sup>10</sup>, isto é, em toda interpretação se deve levar em consideração a Constituição com um todo, um conjunto. Sendo assim, não respeitados tais princípios, tratados e técnicas de interpretação, o STF se torna legislador ordinário através de decisões manipuladoras, do ativismo judicial e da judicialização.

Contudo, não resta dúvida da intenção do STF em legislar através de controle de constitucionalidade proferindo decisões manipuladoras conforme menciona Pedro Lenza (2015, p. 187), que diz:

Conforme observou Coelho, as decisões manipuladoras (ou manipulativas) (ou normativas) podem ser caracterizadas como “... sentenças de aceitação em que a Corte Constitucional não se limita a declarar a inconstitucionalidade das normas que lhe são submetidas, mas, agindo como legislador positivo, modifica (= manipula) diretamente o ordenamento jurídico, adicionando-lhe ou substituindo-lhe normas, a pretexto ou com o propósito de adequá-lo à Constituição.

As decisões manipuladoras se dividem em duas espécies, ou seja, as decisões (sentenças) aditivas<sup>11</sup> e as substitutivas<sup>12</sup>. As sentenças aditivas, por sua vez, têm como característica principal ampliar, estender a aplicação do direito aos que, por ora, não estavam amparados. As sentenças substitutivas têm como característica declarar a inconstitucionalidade em parte de determinada lei, ou seja, na parte que a mesma se refere a determinado instituto ao invés de outro, para que se amolde a CRFB/88.

---

<sup>9</sup> Diante de normas com mais de uma interpretação se deve escolher a que mais se aproxime com a constituição.

<sup>10</sup> Pedro Lenza (2015, p. 181): “As normas deverão ser vistas como preceitos integrados em um sistema unitário de regras e princípios”.

<sup>11</sup> Gilmar Mendes (2016, p. 1352 e 1353): “A primeira espécie, mais comum, verifica-se quando a corte constitucional declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto da lei ou seu âmbito de incidência”.

<sup>12</sup> Gilmar Mendes (2016, p. 1353): “As manipulativas com efeitos substitutivos, por sua vez, são aquelas em que o juízo constitucional declara a inconstitucionalidade da parte em que a lei estabelece determinada disciplina ao invés de outra, substituindo a disciplina advinda do poder legislativo por outra, consentânea com o parâmetro constitucional”.

Como é sabido, o motivo principal de existir a prática de decisões manipulativas é, sem dúvida, a omissão do poder legislativo e a sua ineficácia para corresponder aos anseios da evolução constitucional e da sociedade. Porém, essa prática coloca em risco o próprio Estado Democrático de Direito, pois essas decisões são como ações ou atos do poder legislativo, exercidos por pessoas, isto é, pelos ministros do STF, que não foram eleitos pelo povo para assumirem esse papel.

Tais decisões manipuladoras se enquadram na prática do Ativismo judicial e/ou da judicialização também praticados pelo STF, cabendo diferenciá-los, o que de forma muito sábia Luís Roberto Barroso (2009, p. 6), assim o fez; “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas”.

Sendo assim, Ativismo Judicial decorre de um caso concreto, no qual o STF, deve fazer uma interpretação mais ampla da Constituição através das diversas formas de interpretação constitucional, como por exemplo, o Relativismo ou a Ponderação dos princípios fundamentais ou constitucionais que a norteiam. Geralmente tais interpretações aparecem em forma de súmula vinculante, mas podem aparecer em forma de acórdão. Assim, Luís Roberto Barroso (2009, p. 6), diz:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Por sua vez, a Judicialização tem origem através de controle de constitucionalidade que são; a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), como por exemplo, os exemplos citados por Luís Roberto Barroso (2009, p. 4 e 5):



Supremo Tribunal Federal, no âmbito de ações diretas – que compreendem a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – questões como: a) o pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 5º da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIn 3.150); (ii) o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução nº 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12); (iii) o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988 (ADPF 130). No âmbito das ações individuais, a Corte se manifestou sobre temas como quebra de sigilo judicial por CPI, demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa/Serra do Sol e uso de algemas, dentre milhares de outros.

Observa-se, as várias faces da justificativa de existir as decisões manipulativas, o ativismo judicial e a judicialização, todas basicamente com o intuito de expandir preceitos constitucionais, como os direitos fundamentais, trazendo uma solução ao caso concreto até que o legislativo o faça. Porém, essa prática foi se tornando muito comum e deixando de ampliar apenas os direitos fundamentais, passando a criar direitos desrespeitando a CRFB/88. Assim menciona Oscar Valente Cardoso, que diz:

O ativismo judicial (ou judicialização da política) pode ser resumido na atitude dos juízes de interpretar as normas jurídicas sem se limitar às restrições formais e objetivas, e levando em conta que a aplicação das leis é variável, no tempo e em cada caso concreto. Isso pode causar a extensão de direitos não expressamente previstos em lei ou na Constituição, motivo pelo qual se afirma que essa postura judicial importa na “criação” de direitos, a partir de uma interpretação ampliativa de normas escritas, ou com fundamento em princípios jurídicos genéricos (igualdade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana, etc.) (CARDOSO, 2011).

Cabe ressaltar, que estender não é criar, pois quando se cria algo se inova o ordenamento jurídico e quando se estende não ocorre tal fenômeno. Segundo Luís Roberto Barroso (2009, p. 10); “As críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário”. Nota-se, claramente o risco que se corre, quando a CRFB/88 não é enxergada como limite dessa prática.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe ressaltar, que a audiência de custódia cautelar foi embasada em tratados internacionais sobre direitos humanos com status de supralegalidade, ou seja, que não foram aprovados com quórum de emenda constitucional, sendo assim, não estão acima e nem em igualdade com a CRFB/88, restando uma posição acima das demais leis, mas não acima da Carta Magna.

Confirmada a supremacia da constituição, se entende que todo tratado internacional sobre direitos humanos e atos administrativos devem se amoldar a mesma, mas não foi isso que se observou, pois o Provimento Conjunto nº. 3/2015 é um ato normativo que implementou a audiência de custódia cautelar em desrespeito a Carta Magna, sendo que, a mesma deveria ser criada através de projeto de lei de iniciativa do poder legislativo. Com isso, se demonstra inconstitucionalidade formal, uma vez que, não foi observada a regra estabelecida na Constituição.

Além disso, se confirma a ofensa ao princípio da separação de poderes, pois o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é um órgão do poder judiciário e a CRFB/88 estabelece que cabe ao poder legislativo inovar o ordenamento jurídico. Ademais, se confirma também a ofensa ao princípio da legalidade, uma vez que, a audiência de custódia cautelar deve ser criada através de lei e não de ato normativo. Cabe ressaltar, que a lei irá determinar o que as pessoas e a administração pública irão fazer ou não, mas se ato normativo não é lei, por que se deve acatar tal provimento.

Como é sabido, o próprio CNJ além do Supremo Tribunal Federal (STF) poderiam ter anulado o Provimento Conjunto nº. 3/2015, mas se observou o contrário, o CNJ e o STF se omitiram, e com isso, a Associação dos Delegados do Brasil (ADEPOL-BRASIL) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240 (ADI nº 5240) para levar ao STF a discussão antes ignorada por eles. Com esperança do STF declarar a sua inconstitucionalidade, o que se viu foi à suprema corte ignorar a Carta Magna e declará-la constitucional, se valendo de técnicas de interpretação constitucional que não se amoldam a CRFB/88, ou seja, técnicas que vão de encontro ao princípio da supremacia da constituição, ao princípio da unidade da constituição e ao princípio da interpretação conforme a constituição.

Diante disso, se demonstra uma prática do STF em legislar, isto é, o STF se passa por legislador ordinário, o que também viola o princípio da separação de poderes, através de

técnicas de interpretação constitucional que fundamentam as decisões manipulativas, como no caso da ADI nº 5240. As decisões manipulativas têm essa característica, isto é, deixar de declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo para modificá-los ou simplesmente fundamentá-los de forma que fique travestido de constitucionalidade, e assim, inovando o ordenamento jurídico.

Cabe ressaltar, que as decisões manipulativas tanto é uma espécie de ativismo judicial quanto uma espécie de judicialização, pois se observa decisões manipulativas em ambos. Como é sabido, o ativismo judicial e a judicialização são diferentes, porque vêm de instrumentos diferentes, mas refletem a mesma a imagem, ou seja, a imagem do STF como legislador, decidindo e inovando o ordenamento jurídico, além da sua competência constitucional. Acontece que essa prática vem se tornando muito comum, uma vez que, o poder legislativo é ineficaz, e diante disso, a prática de decisões manipulativas, ativismo judicial e/ou judicialização se tornam aceitáveis pelos juristas e pela sociedade, devido à carência de representatividade presenciada por eles.

Em suma, tais práticas devem ser enxergadas sob a ótica constitucional, isto é, o STF deve agir sempre com cautela comunicando o poder legislativo, para que, se elabore a devida lei, e quando for necessário ampliar direitos fundamentais que se faça, pois tais direitos são de aplicação imediata, mas não criando direitos como vem fazendo.

Sendo assim, da forma que a audiência de custódia cautelar foi implementada se conclui que a mesma é inconstitucional, além de colocar o Estado Democrático de Direito em risco, pois a Constituição como sua guardiã não foi observada. A audiência de custódia cautelar está prevista apenas em tratados internacionais sobre direitos humanos, mas não foi positivada no rol dos direitos fundamentais da CRFB/88. Sendo assim, não se trata de um direito fundamental, o que não impede que se torne, desde que, se observe os preceitos constitucionais. Existem duas formas para que a audiência de custódia cautelar se torne uma realidade dentro do paradigma constitucional, uma é através de emenda constitucional inserindo-a no rol dos direitos fundamentais e posteriormente a regulamentando através de lei e a outra é diretamente através de lei, pois em ambos os casos se faz necessário à lei para se incluir e integralizar tal modificação no Código de Processo Penal brasileiro.

Cabe ressaltar, que a audiência de custódia cautelar já é uma realidade na maioria dos Estados do Brasil, pois seguindo a orientação do STF no julgamento ADI nº 5240, todos os tribunais devem colocá-la em prática o mais rápido possível, e assim, colocando também a legitimidade da Constituição em perigo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATO ADMINISTRATIVO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2015. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Ato\\_administrativo&oldid=43613909](https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Ato_administrativo&oldid=43613909)>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Em: 02 de fevereiro de 2009. Acesso em: 10 de maio de 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 05 de maio de 2016.

BRASIL. **Presidência da República, legislação**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 06 de maio de 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

CARDOSO, Oscar Valente. **Ativismo judicial ou inativismo parlamentar?**. Jus Navigandi, teresina, ano 16, n. 2865, 6 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19047>>. Acesso em: 11 de maio de 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regimento Interno**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/publicacoes/regimento-interno-e-regulamentos>>. Acesso em: 06 de maio de 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang e CLÈVE, Clemerson Merlin. **Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/>>. Acesso em 10 de maio de 2016.

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ DE MINAS GERAIS. **Diretrizes para Elaboração de TCC: cursos 100% EAD**. Disponível em: <<http://pos.estacio.webaula.com.br/Biblioteca/Biblioteca.asp?CodCurso=1226&CodTurma=19462>>. Acesso em 17 de maio de 2016.

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ DE MINAS GERAIS. **Manual sobre elaboração de Trabalho de Conclusão de Curso da Pós-Graduação Lato Sensu**. Disponível em: <<http://pos.estacio.webaula.com.br/Biblioteca/Biblioteca.asp?CodCurso=1226&CodTurma=19462>>. Acesso em 17 de maio de 2016.