

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MANIFESTAÇÃO DE UM PODER JUDICIÁRIO PROTETOR DOS DIREITOS HUMANOS

*THE CUSTODY HEARING AS MANIFESTATION OF A JUDICIARY PROTECTIVE OF HUMAN
RIGHTS*

Rafael de Lazari¹

RESUMO: O TRABALHO EM LUME DISCORRE SOBRE O INSTITUTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, VISTA COMO INOVAÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO, MAS HÁ TEMPOS CONSAGRADA EM DOCUMENTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. NESTE CONTEXTO, APÓS EXPLICITAR O MOVIMENTO DE INTERNALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, SERÃO TECIDOS ALGUNS COMENTÁRIOS PRELIMINARES A ESTE MECANISMO ASSEGUADOR DAS GARANTIAS DOS DETIDOS PRÉ-CAUTELARMENTE, BEM COMO O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO CONTEMPORÂNEO NA EFETIVAÇÃO DO INSTITUTO.

PALAVRAS-CHAVE: *DEVIDO PROCESSO LEGAL. DIREITO MATERIAL DOS DIREITOS HUMANOS. DIREITO PROCESSUAL DOS DIREITOS HUMANOS. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.*

ABSTRACT: THIS STUDY DISCUSSES THE CUSTODY HEARING, SEEN AS AN INNOVATION IN THE LEGAL SYSTEM BRAZILIAN, BUT HAVE LONG GUARANTEED IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS DOCUMENTS. IN THIS CONTEXT, AFTER EXPLAINING THE MOVEMENT OF INTERNALIZATION OF HUMAN RIGHTS, WILL BE MADE ARE SOME PRELIMINARY COMMENTS TO THIS MECHANISM OF GUARANTEES OF ARRESTED PRE-CAUTIOUSLY, AND THE FUNCTION OF THE CONTEMPORARY JUDICIARY IN THE EFETIVATION OF THE INSTITUTE.

KEYWORDS: *DUE PROCESS. SUBSTANTIVE LAW OF HUMAN RIGHTS. PROCEDURAL LAW OF HUMAN RIGHTS. CUSTODY HEARING.*

Sumário: 1 Considerações iniciais; 2 Noções preliminares sobre a audiência de custódia; 2.1 Três desdobramentos iniciais em torno da audiência de custódia; 2.2 Dois problemas iniciais que podem se revelar na audiência de custódia; 2.3 “Estado de entusiasmo” com a audiência de custódia. 3 Audiência de custódia como representação processual dos direitos humanos e a importância do Poder Judiciário para seu êxito no ordenamento pátrio; 4 Considerações finais; Referências bibliográficas.

¹ Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Teoria do Estado pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP - UNIVEM. Professor convidado de Pós-Graduação, da Escola Superior de Advocacia e de Cursos preparatórios para concursos públicos e exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro da Comissão Estadual de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas. Palestrante no Brasil e no exterior. Advogado e consultor jurídico. *E-mail:* prof.rafaeldelazari@hotmail.com

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tradicionalmente, sempre foram os direitos humanos estudados pela ótica do *direito material*, isto é, da consagração de *garantias* em documentos internacionais captadas para os âmbitos internos dos ordenamentos que se prezem democráticos. Não à toa, além da Declaração das Nações Unidas de 1948 (um tanto genérica, como deveria ser), os Pactos Internacionais de 1966 ajudam a formar, ao lado daquela, o tripé *jusfundamental* em direitos humanos, tratando dos direitos *civis e políticos* (num caso), bem como dos direitos *sociais, econômicos e culturais* (noutro caso). Nestas hipóteses, o enfoque materializador de garantias dos direitos humanos foi a tônica constante (embora não exclusiva), resguardando-se ao aspecto processual destas garantias uma *vertente tradicionalista* de apenas assegurar a implementação dos direitos materiais.

Muito embora seja este o objetivo maior dos direitos processuais, convém também situar a disciplina de direitos humanos com a ideia de complementaridade entre os direitos substantivo e adjetivo, algo que já vem ocorrendo há algum no âmbito do processo brasileiro. Basta ver, neste sentido, o Novo Código de Processo Civil - Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 -, que caminhou no sentido de assegurar o direito material pelo processo, bem como o processo pelo direito material.

No mais, após o findar da Segunda Guerra Mundial, percebeu-se a insuficiência do Estado de Direito, meramente legalista, em coadunar vetores como *justiça e segurança jurídica*. Para todos os efeitos, as atrocidades cometidas durante os regimes totalitários estavam autorizadas “no papel” - e, portanto, vestidas com o manto da legalidade -, fazendo-se necessário, pois, que os ordenamentos também passassem a observar vetores consagrados em um *plano maior*. A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, havia colocado um fim definitivo à barbárie cometida pelo governo nazista, e, mais do que isso, marcou a superação do Estado de Direito pelo que se convencionou chamar Estado *Democrático* de Direito, em que preceitos de legalidade foram reacoplados aos de justiça em prol de evitar que desrespeitos contumazes aos direitos humanos amparados na lei (fato ocorrido principalmente na Alemanha, sendo exemplo marcante a “*Lei de Estranhos à Comunidade*”² de Mezger, que, felizmente, não chegou

² “*Gemeinschaftsfremde*”, conforme Francisco Muñoz Conde (As origens ideológicas do direito penal do inimigo. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 83. São Paulo: RT, mar-abril/2010, p. 97).

a entrar em vigência - o III Reich “caiu” antes -, muito embora tenha sido bastante discutida) continuassem ocorrendo³.

É óbvio que este “*plano maior*” pode representar muita coisa: uma simbiose entre o positivismo e o naturalismo, o desenvolvimento de uma teoria de princípios, a força normativa da Constituição, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo etc. Mas aqui, o significado que se busca dar para a expressão “plano maior” é o de *legislação supranacional em prol da tentativa de formação de um consenso em direitos humanos*, exigindo-se das nações para esse engajamento - “apenas” - a democracia e a dignidade da pessoa humana como denominadores comuns. O Brasil tem, *ao menos sob a ótica positivada*, estes dois denominadores, consagrados, respectivamente, no art. 1º, parágrafo único e art. 1º, III, ambos da Constituição Federal.

Graças a este processo metamorfoseador, os direitos humanos perderam sua qualidade inferior de “meros protocolos de intenções”, sem qualquer capacidade vinculativa, para se forjarem verdadeiros instrumentos de fixação das balizas do ordenamento de cada país. A cada nação competiria, portanto, trazer mecanismos de captação destes direitos, de modo que, por critério de afinamento do tema, ater-se-á ao caso brasileiro.

Por aqui, a Constituição Federal trouxe vários destes “*plugs*”, podendo ser elencados a *supramencionada* dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a prevalência dos direitos humanos e a defesa da paz (art. 4º, II e VI, respectivamente); a eficácia objetiva/material dos direitos fundamentais (art. 5º, §2º); bem como a possibilidade de fixação de tratados internacionais sobre direitos humanos com “*status*” de emenda constitucional ou *supralegal* (art. 5º, §3º)⁴. Observa-se que tais dispositivos não apenas

³ Além da Constituição alemã, que marcou situação absolutamente paradigmática, mais exemplos europeus podem ser elencados, como a Constituição italiana de 1947, a Constituição portuguesa de 1976, e a Constituição espanhola de 1978.

⁴ Nada obstante a fixação, pelo Supremo Tribunal Federal, da tese da tripla hierarquia dos tratados internacionais (RE nº 466.343-1), já foi dito em outro momento: “Logo, todos os tratados que ingressaram no ordenamento jurídico após a Constituição Federal de 1988 são mais que leis ordinárias - materialmente falando -, isto é, são efetivas fontes de direitos implícitos. A exemplo, pode-se mencionar os Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, que entraram em vigor no ordenamento em 1992; e a Convenção sobre a tortura de 1984, que entrou em vigor no Brasil em 1991. A questão é que tais tratados não passaram pelo procedimento similar ao de emenda constitucional para aprovação, uma vez que a alteração constitucional que passou a assim estabelecer data de 2004” (LAZARI, Rafael de; GARCIA, Bruna Pinotti. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 76).

consagram o reconhecimento das normas *supranacionais* de direitos humanos, como, relativizando seus conceitos mais tradicionais de soberania, têm permitido a influência destas perante um ordenamento historicamente visto como internalizado.

É preciso lembrar, contudo, que o sucesso de tal prática para o combate às - ainda existentes - violações de direitos humanos tem permitido o desenvolvimento de *instrumentos tipicamente processuais de proteção dos direitos humanos*, seja com *irradiação externa* (isto é, do âmbito brasileiro para o internacional, como as provocações aos organismos internacionais de proteção, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos), seja com *irradiação interna* (isto é, do âmbito internacional para o brasileiro, como a vedação da prisão civil do depositário infiel no plano humanitário, qualquer que seja a modalidade de depósito, nada obstante o autorizativo constitucional do art. 5º, LXVII).

Neste estudo, almeja-se discorrer sobre mais um instrumento processual de irradiação interna (isto é, com influência no âmbito pátrio) dos direitos humanos, a saber, a - recentemente propalada e em rápida fase de instalação - figura da *audiência de custódia*. Nos tópicos que seguem, resoluções, problemáticas, um estado de entusiasmo em torno do instituto, bem como sua consolidação como instrumento processual, serão debatidos. Como filtro para a análise do instituto, a atuação do Poder Judiciário e sua importância contemporânea na defesa dos direitos humanos.

2 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Preliminarmente, há uma série de dispositivos - nacionais e *supranacionais* - envolvidos em torno do instituto da *audiência de custódia*.

Nos termos do art. 7º (que trata da liberdade pessoal) da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (o “*Pacto de San José da Costa Rica*”), mais especificamente em seu quinto item, 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 (a liberdade do indivíduo pode ser condicionada a garantias que assegurem seu comparecimento em juízo). Em

mesmo sentido o art. 9º, item III, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como o art. 5º, III, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Por sua vez, o art. 306, do Código de Processo Penal, ao deliberar sobre o procedimento de prisão em flagrante, dispõe que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão imediatamente comunicados ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou pessoa por ele indicada (insere-se neste rol, doutrinariamente, a figura do defensor público). Tal dispositivo é reprodução maximizada do art. 5º, LXII, da Lei Fundamental pátria, dispositivo segundo o qual a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão imediatamente comunicados ao juiz competente e à família do preso ou pessoa por ele indicada.

A audiência de custódia, ante a conjugação dos dispositivos em lume, nada mais representa que a possibilidade de se levar o preso pré-cautelar, no prazo mais urgente possível (e o prazo a que se tem feito menção é o de vinte e quatro horas) à presença da autoridade judicial, a fim de que esta delibere sobre a necessidade de manutenção da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, a soltura condicionada ou incondicionada do indivíduo, a presença ou ausência do estado de flagrância, bem como a integridade física e moral daquele que teve sua liberdade de ir e vir restringida.

Mostra-se forçoso, neste diapasão, analisar nuances iniciais em torno do instituto que se está a introduzir no ordenamento brasileiro.

2.1 Três desdobramentos iniciais em torno da audiência de custódia

Muito embora não seja exatamente algo “*novo*” no âmbito do direito internacional dos direitos humanos (previsões já existem em documentos asseguradores da dignidade humana), a audiência de custódia começa a ser aqui introduzida causando uma série de reflexões embrionárias. Aqui, sem quaisquer pretensões exaurientes à análise do instituto, se elencou três desdobramentos iniciais:

i) No *primeiro* deles, tem-se que se trata de instituto absolutamente inovador no âmbito processual penal *pátrio*.

É certo, num primeiro exemplo, que a legislação eleitoral (art. 236, §2º, do Código Eleitoral) prevê uma audiência assemelhada, ao tratar da possibilidade excepcional de prisão desde cinco dias antes até quarenta e oito horas depois do encerramento das eleições - ou a partir de quinze dias antes das eleições para os candidatos -, caso em que o preso será conduzido à presença do juiz competente que relaxará a prisão e promoverá a responsabilidade do coator se verificar a ilegalidade da detenção. Nesta hipótese, contudo, se está falando estritamente da necessidade de manutenção do livre gozo dos direitos políticos do indivíduo, que não pode deles ser privado por condutas teratológicas da autoridade pública.

É certo, noutro caso, que os atuais parágrafos primeiro e segundo do *supramencionado* art. 306, CPP preveem sobre o prazo de até vinte e quatro horas (após realizada a prisão) para que se encaminhe ao juiz competente o auto de prisão em flagrante, bem como para que se entregue ao acusado, mediante recibo, nota de culpa assinada pela autoridade relatando o motivo da prisão, o nome do condutor bem como o das testemunhas.

Entretanto, o ato de levar *fisicamente* o preso à presença de autoridade judicial (não se está falando dos autos do processo, mas do próprio ser humano) a fim de que seu amplíssimo *estado preferencial de liberdade* seja mantido, é uma inovação no ordenamento pátrio, apesar de prevista há tempos em documentos internacionais a que o Brasil se comprometeu a cumprir;

ii) No *segundo* desdobramento, somente se consagra a *ausência da natureza cautelar ou provisória da prisão em flagrante*, tal como o são tradicionalmente a prisão preventiva e a prisão temporária. Com o aludido instituto, confirma-se a ideia da essência pré-processual da prisão em flagrante, já que o objetivo é que ela não subsista, e, ainda que mantido o encarceramento do indivíduo, que assim o seja a partir de então com outra denominação e outros requisitos⁵;

⁵ Complementares a este entendimento as palavras de Aury Lopes Jr.: “A prisão em flagrante está justificada nos casos excepcionais, de necessidade e urgência, indicados taxativamente no art. 302 do CPP e constitui uma forma de medida pré-cautelar pessoal que se distingue da verdadeira medida cautelar pela sua absoluta precariedade [...]. A instrumentalidade manifesta-se no fato de o flagrante ser um *strumenti dello strumento* - a prisão preventiva; ao passo que a autonomia explica as situações em que o flagrante não gera a prisão preventiva ou nos demais casos, em que a prisão preventiva existe sem prévio flagrante. Por isso, qualquer pessoa ou a autoridade policial podem prender em flagrante sem ordem judicial” (**Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 823-824).

iii) No *terceiro* desdobramento, parece completar-se um ciclo iniciado com a redemocratização - e com grande passo dado em 2011, por força da Lei nº 12.403⁶. Até então, vigia a mera ideia de aprisionamento/liberdade do indivíduo (ou haveria motivos para manter-se solto, ou, do contrário, o cárcere seria a única alternativa). Em 2011, contudo, foram previstas as chamadas medidas cautelares diversas da prisão, no art. 319 da Lei Adjetiva Penal (comparecimento periódico em juízo, no prazo e condições fixadas pelo juiz para informar e justificar atividades - inciso I; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares - inciso II; proibição de manter contato com pessoa determinada - inciso III; proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação/instrução - inciso IV; recolhimento domiciliar no período noturno e dias de folga quando o investigado/acusado tiver residência e trabalho fixos - inciso V; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica/financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais - inciso VI; internação provisória em caso de semi-imputabilidade ou inimputabilidade - inciso VII; fiança - inciso VIII; bem como monitoração eletrônica - inciso IX), criando verdadeiras *gradações* entre o aprisionamento e a liberdade do indivíduo.

Deste modo, a partir de 2011, é possível cumular medidas alternativas, substituí-la por uma mais branda ou mais severa se isso se fizer necessário, ficando o aprisionamento restrito apenas a mais absoluta ineficácia das medidas de privação total ou parcial da liberdade. Com a instituição da audiência de custódia, mais um tipo de prisão, que muitas vezes se prolongava indevidamente no tempo, passa a ser condicionado à aferição pela autoridade judicial de modo incontornável.

2.2 Dois problemas iniciais que podem se revelar na audiência de custódia

⁶ Lembra-se, contudo, a ressalva de Aury Lopes Jr. e Caio Paiva: “O (con)texto da prisão, no Brasil, é tão preocupante que sequer se registrou uma mudança efetiva na prática judicial após o advento da Lei 12.403/2011, (dita) responsável por colocar, no plano legislativo, a prisão como *ultima ratio* das medidas cautelares” (Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. In: **Revista Liberdades**, nº 17. São Paulo: IBCCrim, set-dez/2014, p. 12).

Por outro lado, há problemas de ordem prática que podem se revelar no instituto que ora se estuda. Dentre tantas variações, optou-se por a seguir condensá-los em duas singelas hipóteses:

i) No *primeiro deles, de ordem social*, a audiência de custódia revela a mais absoluta desconfiança do sistema *em relação ao próprio sistema*. É dizer: não basta que a prisão em flagrante se dê em consonância a todos os formalismos legais, tão menos por uma pessoa/instituição constitucionalmente legitimada, fazendo-se necessário que a autoridade judicial chancele a legalidade do procedimento. Isso se dá em razão de confusões históricas em torno da autoridade policial, que envolve desde as prisões por averiguação, passando pelos porões da ditadura, chegando a práticas que cada vez com mais frequência chegam ao Poder Judiciário ou às Cortes Internacionais de proteção aos direitos humanos⁷.

Pode-se dizer, portanto, que a audiência de custódia é mecanismo que visa reparar imperfeição no sistema jurídico de processo penal. Olhando por este aspecto, o novíssimo mecanismo é algo a se lamentar, pois representa uma tentativa de sanar falhas procedimentais, e, principalmente, humanas;

ii) *Noutra questão*, entende-se que, a julgar pela previsão nas diretivas de direitos humanos, à autoridade judicial (e apenas a ela) competirá receber o preso⁸. Surge, de pronto, a discussão sobre a sobrecarga do Poder Judiciário aliada à capacidade do magistrado de aferir, de plano, a manutenção ou não da prisão em flagrante. Pensa-se numa situação prática: a autoridade judicial opera na normalidade cotidiana com sua pauta - comumente “apertada” de audiências -, quando chega até ela um indivíduo preso em flagrante. Terá o juiz, então, em questão de minutos, de decidir se há ou não a situação do constrangimento indevido. Como a autoridade judicial não teve contato mais aprofundado com o caso, poderá, no máximo, sobre ele fazer exame de legalidade sumaríssimo. Um risco nesse processo é o de que, temendo livrar alguém de sabida índole perigosa, e sem ter maiores condições de analisar a retidão do procedimento de

⁷ Também: LAZARI, Rafael de; GARGIA, Bruna Pinotti. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 485-486.

⁸ Em mesmo sentido, Caio Paiva, para quem, se a apresentação do preso ao juiz cumpre a finalidade precípua de promover um controle *judicial* imediato da prisão, a autoridade que deve presidir audiências de custódia no Brasil somente pode ser o magistrado, sob pena de se esvaziar ou reduzir em demasia a potencialidade normativa da garantia prevista no art. 7.5 da CADH (**Especial audiência de custódia**: a quem o preso deve ser apresentado? Disponível em: <http://justificando.com/2015/04/10/na-serie-audiencia-de-custodia-a-quem-o-presos-deve-ser-apresentado>. Acesso em 06 de outubro de 2015.

flagrante, opte pela manutenção do indivíduo, e então boa parte do objetivo da audiência de custódia restará prejudicado (isso seria um efeito colateral indesejado do instituto).

2.3 “Estado de entusiasmo” com a audiência de custódia

No mais, questão interessante a ser observada é que há um positivo estado de aceitação em torno do instituto de direitos humanos que se está a inserir no contexto brasileiro.

A título ilustrativo, o Conselho Nacional de Justiça, órgão constitucional/administrativo vinculado ao Poder Judiciário e encarregado de melhorar a eficiência das condutas da função republicana a que pertence (dentre elas a historicamente calamitosa questão do sistema penitenciário), tem se mostrado entusiasta de tal prática, havendo acordo fixado com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para que a audiência de custódia seja analisada em caráter experimental.

Tal projeto, aliás, denominado *Projeto Audiência de Custódia* (iniciativa do CNJ, do TJ/SP e do Ministério da Justiça) visa à criação de estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça para receber presos em flagrante e analisar sobre a necessidade de manutenção do indivíduo preso bem como sua integridade física e moral. Além do Estado de São Paulo, pioneiro na implantação da medida, outros Estados da federação estão implementando gradativamente o instituto, independentemente do advento de lei regulamentadora⁹.

⁹ Ajudam a amparar o projeto *três acordo de cooperação técnica*, conforme consta do endereço eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, firmados entre o órgão constitucional/administrativo do Poder Judiciário, o Ministério da Justiça, bem como o Instituto de Defesa do Direito de Defesa: “O primeiro acordo de cooperação técnica estabelece a ‘conjugação de esforços’ para a implantação da audiência de custódia nos estados. O projeto busca garantir a rápida apresentação do preso em flagrante a um juiz para que seja feita uma primeira análise sobre a necessidade e o cabimento da prisão ou a adoção de medidas alternativas. O acordo prevê apoio técnico e financeiro aos estados para a implantação de Centrais de Monitoração Eletrônica, Centrais Integradas de Alternativas Penais e câmaras de mediação penal. Os recursos devem ser repassados pelo Ministério da Justiça aos estados que implementarem o projeto audiência de custódia e também serão usados para a aquisição de tornozeleiras eletrônicas. O segundo acordo firmado pretende ampliar o uso de medidas alternativas à prisão, como a aplicação de penas restritivas de direitos, o uso de medidas protetivas de urgência, o uso de medidas cautelares diversas da prisão, a conciliação e mediação. As medidas alternativas à prisão podem ser aplicadas pelos juízes tanto em substituição à prisão preventiva, quando são chamadas de medidas cautelares, quanto no momento de execução da pena. O uso de tornozeleiras eletrônicas, o recolhimento domiciliar

3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DOS DIREITOS HUMANOS E A IMPORTÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA SEU ÊXITO NO ORDENAMENTO PÁTRIO

Não se lamenta totalmente o fato de que apenas mais recentemente os direitos humanos também venham sendo observados pelo prisma processual no âmbito pátrio.

Como já dito em outra oportunidade, como a tutela dos direitos de liberdade foi o *ponto de partida* para a declaração de direitos humanos, tanto no âmbito interno quanto no internacional, e como o direito penal cuida notadamente desta espécie de tutela no sentido de não privar tal direito fora das hipóteses legais, há um extenso rol de direitos humanos-penais nos documentos internacionais declaratórios de direitos humanos, o que abrange tanto *direitos materiais inerentes à liberdade* (vedação de prisão arbitrária, irretroatividade da lei, presunção de inocência, vedação da pena de morte e tratamento especial do menor infrator), como *direitos processuais associados à liberdade* (impedimento de tribunal de exceção, garantia de audiência justa e imparcial, ampla defesa, e, ao que agora se estuda, a audiência de custódia)¹⁰.

Lembra-se, ademais, no que pertine à amoldagem da questão ao fenômeno constitucionalista, que muito tempo se passou entre a experiência alemã, do final da década de 1940 (no caso, a Constituição alemã de 1949, que desde logo buscou se perfilhar à Declaração das Nações Unidas de 1948), e a brasileira, do final da década de 1980 (no caso, a Constituição pátria, de 1988, que demorou quatro décadas para realizar

no período noturno, a proibição de viajar, de frequentar alguns lugares ou de manter contato com pessoas determinadas são alguns exemplos de medidas alternativas que podem ser aplicadas. O terceiro acordo tem por objetivo elaborar diretrizes e promover a política de monitoração eletrônica. Segundo informações do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça, o monitoramento eletrônico é usado hoje em 18 estados da federação, principalmente na fase de execução da pena ou como medida protetiva de urgência. O acordo busca incentivar o uso das tornozeleiras em duas situações específicas: no monitoramento de medidas cautelares aplicadas a acusados de qualquer crime, exceto os acusados por crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos ou que já tiverem sido condenadas por outro crime doloso, e no monitoramento de medidas protetivas de urgência aplicadas a acusados de crime que envolva violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de custódia**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em 06 de outubro de 2015).

¹⁰ LAZARI, Rafael de; GARCIA, Bruna Pinotti. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 284-285.

esse perfilamento). Os quase quarenta anos de “atraso” fizeram que o constitucionalismo brasileiro tivesse de correr contra o tempo a fim de perfilhar-se à tendência da ciência dos direitos humanos¹¹. Não que o ato de “*correr contra o tempo*” tenha resultado em atropelos conceituais e metodológicos (isso também é questionável, reconhece-se), mas grandes transformações foram - *e continuam sendo* - realizadas num curto espaço de tempo¹².

Assim, se o fenômeno da “*processualização*” dos direitos humanos é recente, não tão antigo também é o da sua “*materialização*”, ao menos pensando internamente. Um grande exemplo dessa preocupação processual tardia se dá com o incidente de deslocamento de competência, consagrado no art. 109, §5º, da Constituição Federal por poder constituinte reformador (vide Emenda Constitucional nº 45/2004), e não por norma fundamental originária. Com efeito, o incidente representa o reconhecimento pelos agentes políticos nacionais de que o Brasil ainda contempla guetos de obscurantismo social, nos quais sequer as autoridades investigativas, acusadoras ou processadoras são capazes de transpor as barreiras do coronelismo e da corrupção. Na maioria das vezes por incapacidade técnica ou logística, o cenário fica ainda mais preocupante em considerando a possibilidade de que tais autoridades possam, eventual e temerariamente, integrar estes mencionados guetos de obscurantismo. Por tal motivo, consagra-se a possibilidade de que, tanto na fase inquisitória como na fase processual, sejam os procedimentos levados para o âmbito federal (policial e/ou federal), a fim de tornar mais aparelhadas e impessoais as averiguações em torno de uma grave denúncia de violação de direitos humanos que o Brasil se comprometeu a combater por meio de documentos internacionais. Para tanto, mister se faz que haja iniciativa do Procurador-

¹¹ Também: LAZARI, Rafael de. **Reserva do possível e mínimo existencial**: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade. Curitiba: Juruá, 2012, p. 29.

¹² “No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente da reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito. [...] Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no país é algo que merece ser celebrado” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 246).

Geral da República, chefe do Ministério Público da União (art. 128, §1º, CF), mediante provocação ao Superior Tribunal de Justiça.

Observa-se, pois, que a adoção de mecanismos processuais de proteção aos direitos humanos tende a seguir em escala crescente, à medida que o ordenamento democrático brasileiro for se consolidando (o que deve demorar considerável parcela de tempo, convém reconhecer sem, contudo, desanimar). Muito há de ser discutido em torno da audiência de custódia, neste diapasão, a fim de que ela se revele um mecanismo assegurador de uma das condições mais inerentes ao ser humano, que é sua liberdade.

Um ponto fundamental para esta compreensão diz respeito à importância do Poder Judiciário no processo de implementação dos direitos humanos. Não se pode desconsiderar a fundamentalidade do Poder Judiciário para um país que se preza democrático, na condição de *termômetro social*. Assim o é ao menos em tempos contemporâneos, em que o protagonismo da autoridade julgadora pode até ser inovação analisando-a *internamente* e por *visão unilateral*, mas certamente não o é caso se observe *conglobadamente*, considerando a mesma espécie de fenômeno que ocorreu, em outros tempos, com a autoridade executiva/administrativa e legislativa, consecutivamente. Ora, se o Poder Executivo ditou as “*regras do jogo*” no Primeiro Estado francês, e se depois é possível observar o inchaço legislativo como necessidade inerente de textualização das normas de conduta - uma clara decorrência do positivismo jurídico em seu apogeu e do intervencionismo exacerbado típico do Estado social -, o afloramento do Poder Judiciário após o findar de um segundo conflito de caráter mundial, no segundo lustro da década de 1940, apenas representa o movimento de consolidação desta espécie republicana, *algo decorrente do processo cíclico entre as funções que vem ocorrendo há séculos*.

Ademais, é óbvio que a todas as instituições republicanas compete a observância da Constituição Federal e dos documentos consagradores de direitos humanos. O Legislativo deve fazê-lo por meio de comandos normativos regulamentadores de normas constitucionais (muitas das quais ditas programáticas, segundo uma concepção tradicional); o Executivo deve fazê-lo cumprindo e/ou mandando dar cumprimento àquilo que foi decidido pela função legiferante; as demais instituições, como Ministério Público, Defensoria Pública, Polícias etc. devem fazê-lo cada qual a sua maneira,

igualmente de modo democrático, tal como foi previamente pensado pelo constituinte. Mas o Poder Judiciário, em sua típica atribuição de exercer jurisdição, de resguardar direitos fundamentais à dignidade humana, e de resolver contendas de ordem concreta, tem uma factualidade que as demais instituições não possuem: a possibilidade de dar um *rostro*, um *nome*, e uma *personalidade* a cada um dos destinatários de direitos. Sob enfoque judiciário, ainda que se esteja no âmbito dos interesses difusos (tradicionalmente de difícil identificação dos prejudicados pela lesão ao bem jurídico), se consegue aferir a parcela de garantias a que cada um tem direito e, sobretudo, o montante que não vem sendo devidamente implementado. Exatamente por isso se pode pensar no Poder Judiciário como um protetor dos direitos humanos, e não como a “*longa manus*” de um Estado inquisidor/absolutista como já o fora em sua história de submissão ao poder do soberano.

Com a audiência de custódia a lógica não pode ser diferente. Documentos internacionais de direitos humanos atribuem ao Poder Judiciário a função de analisar eventuais violações à integridade física e psicológica, bem como o natural estado de liberdade do indivíduo detido pré-cautelamente, o que denota *confiança* e *legitimidade* à função judicante para que assim proceda. Este movimento transnacional de implementação de direitos mantém a mesma sintonia ao que tem ocorrido no Brasil, desde o pós-redemocratização em 1988: a atribuição da *função protagonista* ao Poder Judiciário no cumprimento dos preceitos constitucionais.

Some-se a isso o fato de que, mesmo sem a existência de comando legislativo específico disciplinando o instituto, age a função judicante de forma pioneira institucionalizando-o e implementando-o em seu âmbito de atuação, mediante sua extração direta dos documentos internacionais que o consagram, o que serve como subsídio à compreensão dos direitos humanos por uma ótica substancial de consolidação.

Enxerga-se de maneira geral, pois, *positivamente* o atual movimento predominante de aceitação do instituto, temendo-se, apenas, que essa boa vontade dos agentes reguladores (oriundos de todas as funções e instituições republicanas, notadamente do Poder Judiciário) seja mera euforia passageira de quem deseja aproveitar a oportunidade de modificação do sistema processual penal sem que sejam feitas maiores digressões a um conjunto de normas e instituições que merece urgente e

racional atenção. Estas digressões devem servir, justamente, à finalidade de que sejam sopesados os aspectos positivos e negativos em torno da audiência de custódia (aspectos negativos existem, como restou explicitado), a fim de bem aperfeiçoá-la sem que haja qualquer supressão de garantias. A busca é, pois, pela *harmonização* destas garantias.

Ademais, de nada adiantará a regulamentação do instituto se não houver um *aparato estrutural* preparado para receber o contingente de pessoas envolvidas na audiência de custódia (o preso, obviamente, mas também a autoridade judicial, bem como o agente acusador e o agente defensor); se não houver *margem temporal* para que sejam elas realizadas sem “travar” as sempre críticas pautas judiciárias Brasil afora; dentre outros. No caso do incidente de deslocamento de competência, dado como exemplo parágrafos acima, lembra-se que demandou tempo até que *critérios* fossem criados para a racional aplicação da federalização de crimes envolvendo graves violações de direitos humanos. É preciso ter paciência, portanto, no processo de implementação da audiência de custódia.

As *medidas imediatas*, em síntese derradeira, não afastam a necessidade de outras *mediatas*, sob pena das primeiras acabarem sendo esquecidas pelo tempo e pela inerente/natural burocratização do sistema. Que as iniciativas do CNJ e daqueles que já têm aplicado o instituto no Brasil contribuam para que os tempos de direitos humanos sejam efetivos e duradouros.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, convém manifestar a expectativa de que a audiência de custódia logre êxito no Brasil, tomando todos os cuidados para que os problemas de ordem prática oportunamente mencionados sejam apenas exceções pontuais. Que a burocracia paralisante - da qual tenta se livrar o Poder Judiciário, convém reconhecer - não transforme o instituto em mais um mero requisito formal a ser desconsiderado pelas autoridades judiciais ante um estado geral de abarrotamento do sistema penitenciário brasileiro e os processos de seus componentes.

Ao Poder Judiciário compete imperioso papel no processo de fixação das pilastras da audiência de custódia, por conta da legitimidade que lhe foi conferida não

só pelo constituinte em 1988, mas também pelos documentos internacionais consagradores dos direitos humanos. Atuando de modo a efetivar a dignidade humana, estará atendendo ao protagonismo que desta função republicana se espera.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009

CONDE, Francisco Muñoz. As origens ideológicas do direito penal do inimigo. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 83**. São Paulo: RT, mar-abril/2010. p. 93-119.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de custódia**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em 06 de outubro de 2015.

LAZARI, Rafael de; GARCIA, Bruna Pinotti. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. Salvador: JusPODIM, 2015.

_____. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. In: **Revista Liberdades, nº 17**. São Paulo: IBCCrim, set-dez/2014. p. 11-23.

PAIVA, Caio. **Especial audiência de custódia: a quem o preso deve ser apresentado?** Disponível em: <http://justificando.com/2015/04/10/na-serie-audiencia-de-custodia-a-quem-o-presos-deve-ser-apresentado>. Acesso em 06 de outubro de 2015.