

1. INTRODUÇÃO

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foram internalizadas ao nosso ordenamento jurídico em 1992¹, trazendo uma série de previsões relacionadas à salvaguarda de direitos fundamentais.

Desde o julgamento do Recurso Extraordinário de nº 466.343², em 03/12/2008, o Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que os tratados internacionais que versam sobre a proteção dos direitos humanos, pactuados pelo Brasil antes do advento do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição³ possuem natureza supralegal.

Portanto, com esse posicionamento, a Convenção Americana sobre Direito Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos assumiriam definitivamente essa natureza supralegal, tendo ambos o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com eles conflitantes.

Mesmo antes dessa sedimentação de posicionamento, não havia dúvida por parte de nossos Tribunais e da doutrina em admitir que os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados sem reserva pelo Brasil, integrariam nosso ordenamento, havendo pontos de divergência apenas quanto à natureza desses instrumentos (se supralegal, ou constitucional), questão que restou pacificada a partir do citado julgado da Suprema Corte.

Dentre uma série de previsões relacionadas à garantia de direitos fundamentais, o artigo 9.3 do Pacto de Direitos Civis e Políticos⁴ e 7.5 da Convenção Americana de

¹ Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992 e Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992

² Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343. Relator: PELUSO, César. Publicado no DJ de 05/06/2009. Disponível em

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466343%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax2k326>. Acesso em 24/10/2016

³ Art.5, §3º - 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁴ 9.3 do Pacto de Direitos Civis e Políticos: 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.

Direitos Humanos⁵ estipulam que os países signatários devem assegurar a condução, sem demora, de toda pessoa presa à presença de um juiz, a fim de se possibilitar a análise judicial quanto à legalidade da prisão – incluindo a verificação do respeito à integridade física do (a) preso (a).

Não há na legislação interna brasileira nenhuma previsão nesse sentido, sendo que o Código de Processo Penal⁶ apenas determina que o auto de prisão em flagrante deve ser remetido à autoridade judicial no prazo de 24 horas, sem mencionar a necessidade de comparecimento pessoal do (a) preso (a) junto à figura do juiz.

De qualquer forma, desde 1992, com a ratificação sem reserva dos respectivos tratados, o Brasil obrigou-se a cumprir tal determinação. Entretanto, entre a previsão legal (ou supralegal) e a efetiva implantação das audiências de custódia nos tribunais brasileiros – as quais têm como objetivo justamente possibilitar o contato da pessoa presa com o juiz - transcorreram-se quase 23 anos, haja vista que tais audiência começaram a ser implementadas paulatinamente somente em 2015.

De fato, somente através de um projeto organizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2015, os tribunais brasileiros firmaram termos de convênio com esse órgão de controle para implantar as audiências de custódia nas comarcas e seções judiciárias espalhadas por nosso território.

Diante da leitura dos instrumentos internacionais ora trabalhados é possível perceber que a obrigatoriedade de contato pessoal entre preso (a) e a figura do juiz deve ser visto tanto como um dever quanto um direito. Assim, as autoridades judiciárias, a partir do recebimento da comunicação de uma prisão em flagrante, teriam o dever de requisitar a presença da pessoa presa, e essa, por sua vez, teria o direito de ser conduzida à presença da autoridade judiciária logo após sua prisão.

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

⁶ Art. 306: A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.
§1º: Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Entretanto, esse dever/direito passou longo tempo sem ser observado, ainda que tivesse expressamente previsto em tratados subscritos pelo Brasil. A partir desse descompasso entre expressa previsão legal e a realidade, que somente veio ajustar-se após um lapso de vinte e três anos, é de se questionar como um dispositivo pode passar tanto tempo sem nenhuma aplicabilidade – verdadeira peça decorativa – e por que em dado momento histórico é o mesmo resgatado e efetivado?

Assim, a resposta a essas questões perpassa inevitavelmente pelo que devemos entender por normas jurídicas. Seriam elas as previsões contidas em nossos diplomas legais? Seriam fruto de um processo interpretativo levado a efeito por um juiz, dentro de um processo racional de aplicação? Ou seriam construídas com base em dados concretos colhidos da realidade?

Para auxiliar na análise e compreensão desse fenômeno, e traçar reflexões sobre em que consiste uma norma jurídica, esse artigo pretende primeiramente abordar a perspectiva positivista do direito calcada no pensamento de Hans Kelsen. A virada hermenêutica levada a efeito por Ronald Dworkin no século XX também será tratada - diante da mudança de paradigma proporcionada pela mesma ao se propor a pensar a questão “o que é o direito? - assim como o desenvolvimento de tal teoria no campo dos direitos fundamentais por parte de Robert Alexy.

Apontamentos sobre a ideia de legislação simbólica também serão realizados, buscando-se perquirir “como” e “por que” um dispositivo legal pode ser tomado como simbólico e quem atribui esse significado, ou papel, ao mesmo.

Além disso, o trabalho pretende trabalhar com dados concretos, e elementos históricos, para verificar se, e até que ponto, a realidade pode influenciar na efetivação de um direito. E trabalhando com a teoria estruturante de Friedrich Muller, pretende verificar se o fenômeno de implantação das audiências de custódia pode ser tratado como aplicação ou construção do direito.

Buscar compreender esse acontecimento, com todas as singularidades que o permeiam, é de certa forma buscar compreender os mecanismos de aplicação/construção das nossas normas jurídicas, analisando o quanto, e como, a realidade que nos rodeia pode influenciar nesse processo de efetivação dos direitos.

2. O POSITIVISMO JURÍDICO E A VIRADA HERMENÊUTICA

O positivismo jurídico, enquanto teoria de concepção do direito, está assentado em uma base marcadamente legalista, na qual há a compreensão do sistema jurídico como “sistema normativo unitariamente consistente (sem contradições), pleno (sem lacunas) e fechado (autossuficiente)”.⁷

Tendo representado uma tentativa de superação do jusnaturalismo, o positivismo, portanto, “se relaciona causalmente com o processo histórico de derrota do direito natural”⁸, procurando construir um sistema dentro de balizas de racionalidade, cuja proposta é garantir um conhecimento restrito ao direito.

Assim, a ideia de pureza é tomada como princípio metodológico fundamental na obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, podendo o direito ser definido como aquilo que está nas leis, em que a aplicação da norma ao caso concreto se dá através de um processo lógico-substantivo, em que a interpretação é efetuada por dedução sobre o ordenamento legislativo.

Outro ponto característico do positivismo é a separação efetuada entre ser e dever ser, não se admitindo que a moral e a política, por exemplo, ou quaisquer outros elementos da realidade orientem o reconhecimento ou a interpretação do direito, a não ser que o próprio sistema jurídico adote expressamente critérios desta natureza, trazendo-os, dessa forma, para o domínio do próprio direito positivo.

Kelsen estabelece, ainda, uma diferenciação entre os conceitos de vigência e eficácia, pois a vigência deve ser compreendida no plano da existência e refere-se a uma perspectiva espaço-temporal na medida em que as normas jurídicas têm por conteúdo processos espaços-temporais. Já a eficácia, inserida no campo da validade, decorre da aplicação das normas jurídicas pelos órgãos jurídicos e do respeito a elas por parte dos indivíduos subordinados à ordem jurídica.

Dentro dessa concepção positivista, as previsões contidas no Pacto de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, no que concerne à condução imediata da pessoa presa à presença de um juiz, devem ser vistas como normas

⁷ NEVES, Castanheira. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra Editora p. 307.

⁸ DIMOULIS, Dimitri. Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo político-jurídico. Editora Método. p. 68.

jurídicas vigentes, uma vez que devidamente inseridas em nosso ordenamento por meio de mecanismos legais, mas que por longo tempo permaneceram desprovida de eficácia.

O problema é que não conseguimos encontrar uma resposta unicamente dentro do campo do positivismo para explicar o fato de uma previsão legal ter ficado por mais de vinte anos sem qualquer aplicabilidade, até que em dada circunstância a mesma previsão passou a operar no mundo dos fatos e sua observação tornou-se unânime por parte dos juízes de nosso Poder Judiciário.

Afinal, a previsão sempre existiu, mas a realidade nesses vinte três anos – entre 1992 e 2015 – mudou significativamente. Que mudanças operadas na sociedade nesse lapso de tempo permitiu que a norma deixasse a folha de papel e fosse realizar-se no mundo dos fatos? E mais, foram as mudanças operadas na sociedade que possibilitaram o surgimento desse fenômeno de efetiva implantação das audiências de custódia?

Ainda buscando uma resposta para essas questões, cabe tratarmos um pouco da virada hermenêutica que procurou superar a concepção do direito como estrutura hermética e autorregulada. Nesse sentido, a proposta de Ronald Dworkin, importante referencial teórico pós-positivista, redefine o objeto do direito, entendendo o direito como integridade.

Em sua clássica obra *Império do Direito*, Dworkin parte de questionamentos fundamentais, tais como “o que é direito?”, “quem deve obedecê-lo?”, “como?” e “quando?”, para construir uma teoria do direito pensada como atividade interpretativa racional, e, mais amplamente, como instrumento de um projeto de justiça social, que se comprometa com a edificação de uma ética da equidade.

Ao encerrar o livro com uma resposta ao questionamento sobre “o que é o direito?” Dworkin defende que “o direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito.”⁹ Assim, na visão desse pensador, firme na ideia de integridade, as teorias gerais do direito seriam interpretações gerais da própria prática judicial.

Portanto, os precedentes judiciais teriam forte influência no julgamento do caso concreto, sendo que o juiz encontraria resposta no direito pré-estabelecido, através da

⁹ DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Editora Martin. p. 488.

construção fundamentada em princípios, devendo ser atribuído ao juiz o papel de garantidor e não criador do direito.

O pensamento dworkiniano encontra-se calcado na ideia de normatividade e supremacia material dos princípios, admitindo a possibilidade de tanto os princípios quanto as regras positivas imporem uma obrigação legal. Assim, regras diferenciar-se-iam dos princípios, pois enquanto aquelas operariam sobre a lógica do tudo-ou-nada, os princípios possuiriam uma dimensão de peso e importância

Para desenvolver sua teoria, Dworkin formula, ainda, o modelo hipotético do Juiz-hércules, um juiz com capacidade sobre-humanas, assim como o ser mitológico, possuidor de virtudes extraordinárias, tais como paciência, sabedoria e habilidade, que partindo da premissa básica do direito como integridade

condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio de interpretação, e não por fiat, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la.¹⁰

Dworkin, trabalhando com essa figura hipotética do Juiz-hércules, rejeita uma concepção passivista do mesmo, pois não acredita que “os juízes devem subordinar-se às autoridades eleitas”¹¹, pois entende que enquanto o objetivo de algumas disposições é a proteção da democracia, de outras inclui a “proteção de indivíduos e minorias contra a vontade da maioria, e que, ao decidir sobre as exigências de tais disposições, (o Juiz-hércules) não irá ceder àquilo que os representantes da maioria consideram correto.”¹²

Da mesma forma, o autor vai recusar uma postura ativista, pois o Juiz-hércules

vai recusar-se a substituir seu julgamento por aquele do legislador quando acreditar que a questão em jogo é fundamentalmente política, e não de princípio, quando o argumento for sobre as melhores estratégias para satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas.¹³

¹⁰ Ibid, p. 452.

¹¹ Ibid, p. 474

¹² Ibid, p.474

¹³ Ibid, p.475

Prosseguindo na análise da superação dos paradigmas positivistas, importante passar à análise da teoria de Robert Alexy, uma vez que, partindo das proposições de Dworkin, o jurista alemão toma a diferenciação entre regras e princípios como ponto de partida para a construção de uma teoria voltada aos direitos fundamentais.

Em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, possível depreender que o principal material utilizado por Robert Alexy é a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, apresentando sua teoria um caráter empírico-analítico, e sua ideia guia é a questão acerca da decisão correta e da fundamentação racional no âmbito dos direitos fundamentais.

Alexy não admite a introdução de dados reais para ampliação do conceito de norma, contrapondo-se à teoria estrutural pós-positivista de Friedrich Muller, por entender que “de uma norma que é aberta em relação ao caso a ser decidido não resulta, com a simples adição de argumentos empíricos, a decisão do caso.”¹⁴

Percebe-se, pelo exposto até o presente momento, que mesmo partindo de diferentes premissas, o texto da lei possui fundamental importância para a teoria positivista do direito - constituindo a base dessa teoria - bem como para as teorias pós-positivistas, que enxergam no direito uma atividade construtiva fundada na interpretação daquilo que está escrito nas leis ou que delas decorram.

Diante da expressa previsão supralegal determinando a condução da pessoa presa à presença de um juiz, e diante do disposto no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição – estabelecendo que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros, inclusive decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte – é de se questionar por andava o Juiz-hércules durante todo esse período de inobservância da previsão legal por parte dos tribunais brasileiros.

Ora, não havia qualquer divergência quanto ao conteúdo do direito expresso em tais tratados, e nem mesmo quanto à vigência desses diplomas legislativos. Então por que se demorou vinte e três anos para que tal imposição (supra) legal passasse a ser observada e efetivamente implementada?

Necessário que esse fenômeno seja analisado sob o prisma da ideia de legislação simbólica, a fim de aferirmos se o direito previsto nos tratados foi apenas simbolicamente

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Editora Malheiros. 82.

internalizado ao nosso ordenamento ou se tal direito passou a ser visto como simbólico por parte de nosso Judiciário, que lhe negou aplicabilidade durante um grande lapso de tempo. E mais, a partir de que momento essa percepção quanto ao simbolismo mudou e por que motivo.

3. O CARÁTER SIMBÓLICO DA PREVISÃO (SUPRA) LEGAL

Como visto, de acordo com a visão presente na doutrina do positivismo, as leis seriam confeccionadas com o objetivo de incidirem sobre a realidade regulando o comportamento humano, com a promoção dos fins almejados pelo legislador, que em última análise seriam os fins perseguidos pelos eleitores face ao nosso sistema democrático representativo.

Entretanto, os objetivos que se escondem por trás da criação de leis são extremamente mais complexos do que pode parecer em um primeiro momento. Isso porque, há diversos interesses não externáveis que muitas vezes guiam esse processo criativo legislativo.

Nesse sentido, Marcelo Neves, ao tratar da noção de legislação simbólica, diz que essa pode ser definida “como a produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídico, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico.”¹⁵

Assim, as finalidades políticas, poderiam ser de confirmação de valores sociais; criação de um “álibi” – para “fortificar a confiança dos cidadãos no respectivo governo, ou, de um modo geral, no Estado”¹⁶ – ou como fórmula de assunção de compromisso dilatatório.

Portanto, o autor deixa claro que “o conceito de legislação simbólica deve referir-se abrangentemente ao significado específico do ato de produção e do texto produzido”, já que o objetivo que conduziu o processo de elaboração da lei é que permitirá dizer se estamos diante de uma legislação simbólica ou instrumental, entendendo-se como essa a lei opera efetivamente na realidade.

¹⁵ NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. Editora Martins Fontes. p. 30

¹⁶ Ibid, p. 36

No que tange à Convenção Americana de Direito Humanos importante lembrar que o governo brasileiro encaminhou uma comissão para discutir em âmbito internacional os termos desse instrumento em plena época de ditadura militar, e, portanto, a posterior adesão pelo Brasil aos compromissos firmados em tal pacto guarda uma força simbólica de pseudo compartilhamento de ideais humanitários por parte de países que se diziam, ou queriam parecer, democráticos e civilizados. Na sociedade globalizada em que vivemos é inegável o peso que a adesão a esses tratados de direitos humanos possui nos mais diversos tipos de relações desenvolvidas entre os países, inclusive comerciais.

De qualquer forma, ainda que se admita ter havido uma carga de simbolismo no ato de assinatura do Brasil à Convenção, fato é que a previsão contida em tal instrumento e no Pacto de Direitos Cíveis e Políticos – determinando a condução imediata da pessoa presa à presença de um juiz – foi internalizada em nosso ordenamento em 1992.

A legislação simbólica se caracteriza ainda por ser “normativamente ineficaz”, o que significa que a relação hipotética abstrata “se-então” da norma não se concretiza regularmente no mundo dos fatos, porém o simples não atendimento do programa finalístico da norma (não realização dos fins imaginados pelo legislador) não teria o condão de transformar uma legislação em simbólica, pois nem todas as leis conseguem atingir as finalidades que ensejaram seu ato de criação, sendo essa uma variante perfeitamente possível.

Assim, em relação aos dispositivos legais (ou supraleais) ora tratados observa-se que durante mais de vinte anos os mesmos foram normativamente ineficazes, já que a hipótese prevista abstratamente quando se concretizava na realidade não produzia a consequência prevista na lei – a pessoa quando era presa não era conduzida, sem demora, à presença de um juiz.

A mudança desse quadro de ineficácia somente sofreu mudanças quando a execução da previsão supraleal passou, de certa forma, a ser exigida – imposição –, pois a observância espontânea por parte dos juízes brasileiros não era efetuada. Ainda que tal exigência não tivesse vindo através de um preceito normativo secundário, isto é, com previsão de sanção em caso de descumprimento,

Percebe-se a diferença entre ambos os comportamentos, pois que

a observância significa que se agiu conforme a norma legal, sem que essa conduta esteja vinculada a uma atitude sancionatória impositiva; a

execução (ou imposição) surge exatamente como reação concreta a comportamentos que contrariam os preceitos legais, destinando-se à manutenção do direito ou ao restabelecimento da ordem violada.¹⁷

A grande questão que deve ser feita é se antes da cobrança pela efetiva implantação das audiências de custódia por parte do CNJ, os juízes teriam condições estruturais e logísticas de implementá-las? Além disso, as previsões contidas nos tratados seriam plenamente instrumentais – e, portanto “executáveis” – ou tratar-se-iam de previsões simbólica com entraves práticos de implementação que inviabilizariam a observância do direito ali estabelecido?

Independentemente de ter sido ratificada com fins exclusivamente políticos ou ter adquirido um caráter simbólico a partir do comportamento de nossos juízes, fato é que a previsão legal sobre a condução imediata da pessoa presa à presença do juiz passou longos anos sem que qualquer olhar lhe fosse dirigido. Em dado momento houve uma abrupta mudança de perspectiva e postura, pois uma previsão legal passou de normativamente ineficaz para plenamente eficaz, havendo a implementação das audiências de custódia em absolutamente todos os tribunais brasileiros. Até que ponto nossa realidade influenciou nesse processo?

4. A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO

Assim como faz Dworkin, Friedrich Muller parte de formulações sobre “o que é a lei” e o que devemos compreender por “norma jurídica”, para construir sua teoria estruturante do direito, chamando atenção para o fato de que “o paradigma positivista nem chegou a formular conscientemente essa pergunta fundamental”¹⁸, pois, para o positivismo, a ‘lei’ consiste tão somente nos caracteres impressos no papel.

Com o fracasso do positivismo, sobretudo diante da constatação de que a lei não impediu a barbárie que se perpetrou na Alemanha nazista, surgiram doutrinas combatendo

¹⁷ Ibid, p.43

¹⁸ MULLER, Friedrich. O Novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes. Editora Revista dos Tribunais. p. 10

as abstrações do positivismo extremado, sendo que Muller defende a adoção de uma teoria pós-positivista do direito e não anti-positivista.

Assim, o autor desenvolve um “concepção de tipo novo da efetivação do direito”¹⁹, concepção essa de concretização que “abrange simultaneamente os fatores da realidade e da norma.”²⁰

Portanto, a norma para Muller possui importância fundamental, servindo de ideia matriz, contudo, em sua visão, “as normas jurídicas não existem simplesmente prontas, não estão disponíveis para a aplicação técnica; justo porque a estrutura da matéria e do problema, também do caso individual, faz parte dos elementos da sentença jurídica.”²¹

Assim, o texto de norma não seria efetivamente norma, necessitando ser provocado pela realidade, pelo caso concreto, pois como explica Muller

o texto da norma no código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado ‘concretização’, ainda que um elemento de trabalho em posição de destaque. A norma jurídica criada no caso está estruturada segundo ‘programa de norma’ e ‘âmbito de norma’, isto é, segundo a interpretação linguística e o conjunto dos fatos individuais e gerais do caso/tipo de caso conformes à interpretação linguística.²²

Portanto, o texto normativo expressa o programa de norma, e com igual hierarquia faz parte da norma também o âmbito normativo, que consiste no setor da realidade social em conformidade com a o programa de norma. Então, “o jurista interliga o programa e o âmbito de norma na fórmula jurídica formulada genericamente. (...) Essa norma jurídica ele individualiza num último passo na direção da norma decisória.”

Haveria, dessa forma, uma diferença substancial entre vigência e normatividade, já que

cabe vigência a textos de normas promulgados pelo legislador e publicados nos códigos das leis, i. e., eles vinculam o trabalhador jurídico como *input* e parâmetro de atribuição. Em oposição à vigência, a normatividade é a regulamentação vinculante da vida social, não

¹⁹ Ibid, p. 35

²⁰ Ibid, p. 35

²¹ Ibid, p. 49

²² Ibid, p.114

cabendo assim caber aos textos de normas, mas somente às normas jurídicas criadas pelo operador jurídico como sujeito do processo de concretização.²³

E a normatividade, como propriedade dinâmica, poderia tanto influenciar a realidade que lhe deve ser correlacionada (normatividade concreta), como ser influenciada pela própria realidade (normatividade materialmente determinada).

Percebe-se, pelo exposto, que a teoria estruturante de Friedrich Muller rejeita a oposição que o positivismo faz entre norma/caso, direito/realidade, ser/dever ser, tomando esses dualismos como ilusórios, já que haveria uma interconectividade entre eles na construção da norma à luz do caso concreto.

Em relação à implantação das audiências de custódia nos tribunais brasileiros deve-se pensar como a realidade contribuiu para a efetivação desse direito, ao mesmo tempo em que serviu, por tanto tempo, de óbice a essa efetiva implementação.

Além disso, refletir sobre a interconectividade entre norma e realidade nos auxilia a perceber se a efetivação de direitos se dá através de processo de construção ou aplicação do direito.

5. A REALIDADE ENQUANTO FATOR CONDICIONANTE DE APLICAÇÃO/CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Trabalhando com dados da realidade para tentar compreender o fenômeno aqui tratado, chama atenção as informações divulgadas pelo Infopen²⁴ (levantamento nacional de informações penitenciárias produzido Ministério da Justiça) de junho de 2014, indicando que houve um aumento exponencial de 650% nos últimos 25 anos em relação à quantidade de pessoas encarceradas em nosso país. O Brasil saltou de 90.000 presos em

²³ Ibid, p. 206

²⁴ Disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 20/10/2016.

1990 e passou a ter aproximadamente 607.000 pessoas custodiadas, o que o torna o detentor da quarta maior população carcerária do mundo.

Desse total, cerca de 40% são presos provisórios, isto é, cujos processos não chegaram ao fim, sendo que nosso sistema penitenciário possui um déficit de 206.307 vagas, o que gera o fenômeno da superlotação nos presídios, já que a quantidade de pessoas encarceradas é substancialmente maior do que o número de vagas oferecidas. Além disso, o déficit do número de vagas aumentaria para 730 mil vagas, se fossem cumpridos todos os mandados de prisão expedidos pelos tribunais atualmente.

Diante de tais dados, possível depreender que a realidade do sistema penitenciário era bem diferente na ocasião da assinatura e ratificação dos tratados internacionais aqui trabalhados quando do início da implementação do projeto das audiências de custódia, visto o transcurso de 23 anos entre os dois marcos.

De fato, a implementação das audiências de custódia em todos os tribunais espalhados pelo território brasileiro somente veio a ocorrer efetiva e plenamente através de projeto liderado pelo Conselho Nacional de Justiça, que mediante termo de cooperação técnica celebrado com o Ministério da Justiça e Instituto de Defesa do Direito de Defesa, buscou operacionalizar a logística para implementação em massa desse ato.

Assim, a partir da celebração desse termo de cooperação²⁵ em abril de 2015, o Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ricardo Lewandowski, passou a percorrer os Tribunais de Justiça de todos os Estados da federação e Tribunais Regionais Federais para colher adesão a esse documento. Com isso, a partir dessas adesões, as audiências de custódia passaram a integrar-se à rotina forense.

Muito fatores podem ser atribuídos à não implementação das audiências de custódia por parte dos juízes de nossos tribunais, que mesmo diante de expressa previsão supralegal não aplicavam a norma à realidade. Da mesma forma, a mudança de postura, saindo-se de um estado de inobservância para outro de efetiva implementação do direito, pode ser explicado por diversos fatores, muitos dos quais transcenderiam inclusive uma abordagem jurídica ou sociológica, já que expectativas e projetos pessoais dos atores

²⁵ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/f4787a2be248561964bb3d10a7c3bc22.pdf>. Acesso em 20/10/2016.

envolvidos em projetos dessa magnitude podem de certa forma ter marcante influência sobre o acontecimento.

De qualquer forma, mesmo correndo-se o risco de tentar delimitar insuficientemente os aspectos da realidade que tenham influenciado nessa significativa mudança, fato é que a situação de superpopulação carcerária em nosso país deixou de ser vista como um problema unicamente criminal para passar a ser analisada sobre o prisma da administração pública, sob o viés orçamentário.

E, nesse sentido, em que pese as precárias e desumanas condições a que são submetidas as pessoas presas em nosso país, elas representam um custo ao estado brasileiro, já que esse se torna responsável pela alimentação, vestuário e saúde desse contingente, além da manutenção de todo um aparato de segurança que cerca a rotina de um presídio.

Interessante notar que as adesões de nossos Tribunais ao projeto de implementação das audiências de custódia foram marcadas por discursos que enalteciam a economia proporcionada ao Estado brasileiro com a adoção de tal medida. Dessa forma, a estimativa de uma economia projetada em 4,3 bilhões foi ressaltada²⁶, assim como a economia já assegurada em torno de 400 milhões a partir da implementação da medida²⁷.

Paralelamente ao projeto de audiência de custódia levada a efeito pelo Conselho Nacional de Justiça, foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal a Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, que visava o reconhecimento do estado de coisas inconstitucionais em relação à realidade do sistema penitenciário brasileiro, a fim de que diversas medidas, de cunho administrativo, pudessem ser implementadas.

Dentre tais medidas, foi requerida a efetiva implantação das audiências de custódia por parte dos tribunais, sendo que, quando do julgamento da ação em setembro de 2015²⁸, o Supremo Tribunal Federal reafirmou mais uma vez que o Pacto de São José da Costa Rica possui *status* supralegal, e suas normas teriam aplicação imediata. Assim,

²⁶ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79916-pais-pode-economizar-r-4-3-bi-com-audiencia-de-custodia-diz-lewandowski>. Acesso em 24/10/2016.

²⁷ Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80378-audiencias-de-custodia-ja-pouparam-r-400-milhoes-aos-cofres-publicos>. Acesso em 24/10/2016.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Rel. AURÉLIO, Marco. Publicado no DJ em 19/02/2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+347%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+347%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ojexjwz>. Acesso em 30/10/2016

a previsão contida em tal instrumento não poderia ter sua implementação diferida ao fim da assinatura dos respectivos convênios de cooperação técnica firmados entre o CNJ e os Tribunais.

Chama atenção o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao assinalar que inexistiriam motivos para prorrogar a aplicabilidade da norma convencionada internacionalmente, fossem por razões de ordem técnica ou financeira, ou ainda de necessidade de adequação. Isso porque, na visão da Corte Suprema, a cultura jurídica precisaria dar efetividade aos compromissos firmados pela República Federativa do Brasil e às normas positivadas democraticamente debatidas no âmbito do Poder Legislativo e sancionadas pelo Poder Executivo.

Possível observar, dessa forma, que o Supremo Tribunal Federal enxerga a previsão contida nos tratados internacionais – determinando a condução da pessoa presa à autoridade judiciária – como norma de caráter eminentemente instrumental, já que nenhuma razão de ordem técnica ou financeira poderia ser suscitada para obstaculizar seu cumprimento.

Entretanto, mesmo tratando-se de norma instrumental, sua aplicabilidade somente iniciou-se por meio de projeto lançado por órgão fiscalizador do Poder Judiciário, e, pelo que se viu dos motivos invocados quando dessa implementação, resta claro que razões financeiras/orçamentárias foram cruciais na iniciação desse processo.

Portanto, ainda que os tratados tivessem uma clara preocupação com questões de cunho humanitário, visando assegurar um controle de legalidade e dignidade em relação às prisões, foram questões da realidade que condicionaram a efetiva aplicação da previsão normativa.

A doutrina do direito positivo, mesmo trabalhando com as noções de vigência e eficácia, é insuficiente para compreender o fenômeno aqui descrito, uma vez que nega a influência que dados da realidade possam ter sobre a norma, acreditando que a aplicação se dá através de um processo lógico subsuntivo, operando do texto para a realidade.

Por sua vez, a doutrina interpretativista de Dorkwin, desenvolvida por Alexy, talvez não consiga, da mesma forma, alcançar a complexidade do acontecimento, uma vez que a interpretação a ser feita do texto normativo seria literal, sendo prescindível a figura do Juiz-hércules para a efetiva implementação da medida, já que todo e qualquer

juiz, diante da constatação de tratar-se de uma previsão instrumental, teria plena condição de observar espontaneamente a determinação expressa.

A partir do julgamento da ADPF 347 pelo Supremo Tribunal Federal, resta evidenciada que as previsões contidas nos tratados internacionais – prevendo a condução da pessoa presa à presença do juiz - adquiriram um caráter simbólico a partir de uma atribuição estabelecida pelos próprios magistrados de nossos tribunais, sendo que a efetiva implementação da previsão normativa contida no papel não foi fruto de um mero processo de aplicação do direito, mas sim de construção desse direito a partir de dados da realidade.

Assim, o olhar sobre esse interessante fenômeno deve ser focado para uma análise de baixo para cima e não de cima para baixo, já que ao mesmo tempo em que a norma nesse caso influenciou a realidade, também foi condicionada por ela, principalmente pelas mudanças que ocorreram na sociedade brasileira nos últimos anos.

Percebe-se, portanto, a impossibilidade de se analisar o direito a partir do dualismo estático de norma/realidade, uma vez que tais elementos estão em permanente interconectividade, influenciando-se mutuamente. Conclui-se que o dever-ser depende do ser muito mais do que imaginamos, colaborando a sociedade na construção dos direitos que a ela são dirigidos.

6. CONCLUSÃO

Após análise sobre o fenômeno da implantação das audiências de custódia pelos tribunais brasileiros, depois de longos anos de inobservância das previsões supra legais expressas nesse sentido, possível perceber que de fato “somente em última instância a concretização do direito é um acontecimento genuinamente linguístico.”²⁹

Isso porque, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos estavam desde 1992 vigendo em nosso ordenamento jurídico, entretanto

²⁹ Muller, Friedrich. O Novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes. p. 57

isso não foi o suficiente para que a norma determinando a condução sem demora da pessoa presa à autoridade judiciária operasse na realidade.

Mudanças significativas ocorridas na sociedade brasileira nos últimos vinte e três anos, entre a data da ratificação dos tratados e implementação da rotina de audiência de custódia nos tribunais brasileiros, contribuíram para uma nova percepção e tratamento da norma já então existente.

Possível notar, pelos motivos externados quando da implementação do projeto de audiência de custódia pelo CNJ, que os fins buscados pelos tratados internacionais talvez não tenham guiado os juízes nesse processo de efetivação do direito, uma vez que preocupações de cunho econômico nitidamente pautaram essa mudança de postura.

De fato, quando o fenômeno de superpopulação carcerária passou a ser tratado sob o prisma orçamentário, e o preso passou a ser visto como um custo, houve um resgate das normas já previstas há muito nos tratados internacionais, com o objetivo de tentar minorar os números do encarceramento e, conseqüentemente, dos gastos públicos.

A previsão contida nos tratados era expressa e literal, e o Supremo Tribunal Federal externou o entendimento de que se tratava de norma de caráter instrumental, mas mesmo assim isso não foi o suficiente para que o direito fosse assegurado, restando nítido que a efetiva implementação das audiências se deu através de um processo de concretização do direito do que de mera aplicação.

Diante da análise do fenômeno aqui tratado, impossível deixar de se questionar o que se deve entender por direito, e a quem ele é dirigido, voltando-se inevitavelmente à grande questão que marca as teorias jurídicas contemporâneas. Ao tentar responder essas questões, verifica-se que, em relação ao fenômeno ora analisado, a norma não foi o ponto de partida da concretização do direito, mas sim seu resultado, sendo possível perceber que a sociedade ao mesmo tempo em que recebeu o direito escrito no texto contribuiu para a concretização do mesmo.

Portanto, a efetivação dos direitos é um fato muito mais complexo do que se pode pensar à primeira vista, sendo que o texto da lei e processos interpretativos que partem desse mesmo texto talvez sejam insuficientes para explicar como se passa de um estado de total inobservância para outro de plena operacionalidade do direito. A ideia de que esse processo está condicionado pela realidade que nos rodeia parece ser uma conclusão inegável.

Então para a pergunta “afinal o que é o direito?”, pode-se responder, pela análise do fenômeno proposto, que o direito somos todos nós enquanto realidade, pois ao mesmo tempo em que a sociedade participa do processo de produção das leis, através de representantes eleitos, contribui para a efetivação dos direitos ali previstos através das dinâmicas sociais estabelecidas.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343. Relator: PELUSO, César. Publicado no DJ de 05/06/2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+466343%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax2k326>. Acesso em 24/10/2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Rel. AURÉLIO, Marco. Publicado no DJ em 19/02/2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+347%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+347%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ojexjwz>. Acesso em 30/10/2016

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Castanheira Neves, Antônio. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra Editora, 1995. vol. II.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. Império do Direito. São Paulo: Editora Martin, 2007.

MULLER, Friedrich. O Novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013

NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2011

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79916-pais-pode-economizar-r-4-3-bi-com-audiencia-de-custodia-diz-lewandowski>

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80378-audiencias-de-custodia-ja-poupam-r-400-milhoes-aos-cofres-publicos>

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/f4787a2be248561964bb3d10a7c3bc22.pdf>

<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>