

## DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: HISTÓRIA E CRÍTICA

## OF THE CUSTODY HEARINGS: HISTORY AND CRITICS

Marcelo Zerbini<sup>1</sup>

### RESUMO

Este artigo descreverá o histórico e as principais críticas à entrada das Audiências de Custódia na prática jurídica brasileira, após o voto liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347. Ele se inicia com a descrição da Inicial e do voto liminar da referida Arguição; no segundo tópico se explica o instituto das Audiências de Custódia em si com destaque para sua disposição em documentos internacionais. Os últimos dois tópicos abordam as principais críticas ao voto liminar que cobrou a implementação do instituto: que ele teria sido ativista. Para tanto, o penúltimo tópico compara a decisão com a metáfora do Juiz Hércules, de Ronald Dworkin, e o último com o ativismo judicial em si.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. ADPF 347. Dworkin. Juiz Hércules. Ativismo.

### ABSTRACT

This article will describe the history and the main criticism to the entry of the Custody Hearings in Brazilian legal practice after the preliminary vote in ADPF 347. It starts with the description of the Initial Petition and preliminary vote of that Arguition; the second topic will explain the Custody Hearings in itself, highlighting its existence in international documents. The last two topics address the main criticism on the preliminary vote that demanded the implementation of the institute: it would have been an activist act by the judiciary. The penultimate topic compares the decision with Dworkin's metaphor of Judge Hercules, and the last topic scrutinates judicial activism.

Keywords: Custody Hearings. ADPF 347. Dworkin. Judge Hercules. Activism.

---

<sup>1</sup> Advogado. Mestrando em Constituição e Sociedade – Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).  
E-mail: zerbini.marcelo@gmail.com

## INTRODUÇÃO

A presente reflexão apresenta o instituto das Audiências de Custódia. Ele tem início por meio do método monográfico com a descrição da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 e do voto liminar que cobrou a efetivação do sistema; em seguida se recordará que o instituto já se encontrava disposto no ordenamento há um tempo considerável (desde de 1992 pela análise mais conservadora).

Devidamente descrito o tema, será analisada, por meio do método comparativo e tipológico, a principal crítica a sua implementação por meio do voto liminar: de que este ato teria sido incomum ao Judiciário. Para tanto, o ato será comparado com a metáfora do Juiz Hércules, de Ronald Dworkin, e com o que se tem por conceito de “ativismo judicial”, ambos utilizados como tipos ideais de referência, balizas para a comparação.

### 1 A AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347

Em face da situação caótica do sistema prisional brasileiro, comparada mais de uma vez por autoridades diferentes com o Inferno descrito por Dante Alighieri em sua *Magnum opus* La Divina Commedia<sup>2</sup>, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou em 2015 a ADPF n. 347, por meio da qual pediu ao STF que reconhecesse o *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário brasileiro, e a partir daí fez diversos pedidos que cobram do Poder Público uma atualização sistêmica de enfrentamento ao problema. Para compreender a considerável complexidade do ato, é necessário preliminarmente definir a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)*.

---

<sup>2</sup> “Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional?” (*Habeas corpus* 126.292, Acórdão, Voto do Ministro Lewandowski p. 98); “As prisões (no Brasil) são como o inferno. Os políticos não se importam, pois (delas) não há retorno político: votos” (BARBOSA apud BARRUCHO, 2014); “O ministro Gilmar Mendes definiu o sistema carcerário nacional como “inferno” de 500 mil presos, sendo metade deles em caráter provisório e cerca de 70 mil presos ilegalmente em delegacias” (CARTA CAPITAL. Ministros do STF criticam Estado pelas condições do sistema prisional. *Carta Capital*, São Paulo, 14 nov. 2012); “A política sem partidos, o Estado sem efetividade, entre outros fatores, conduz a um Judiciário que não deveria ser aclamado como a ponte de salvação única entre o inferno e o céu, como se deflui do uso de trecho da ‘Divina Comédia’ na petição Inicial” (ADPF 347, Acórdão, Voto do Ministro Fachin, p. 49); “permito-me o registro de que a metáfora, lembrada da tribuna e também invocada pelo Ministro Fachin, Inferno de Dante me parece absolutamente adequada quando se trata do sistema prisional brasileiro” (ADPF 347, Acórdão, Voto da Ministra Rosa Weber, p. 105).

A ADPF é uma das ações que formam o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, tendo sido prevista no texto original da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ainda nos idos da constituinte, no então parágrafo único<sup>3</sup> do art. 102:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

Parágrafo único: A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.<sup>4</sup>

Apesar da existência da disposição constitucional que previa o instituto, esta possuía eficácia limitada, dependendo de uma lei que estabelecesse sua forma, que demorou mais de dez anos para ser legiferada:

Assim o disse o próprio STF quando apreciou o Agravo Regimental na Pet 1140/TO (REL. Min. Sydney Sanches), pelo Plenário. O Relator, na oportunidade, registrou: “[...] enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o STF não pode apreciá-la.”<sup>5</sup>

Adveio então a Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999<sup>6</sup>, para estabelecer especificamente o processo da ADPF. Essa lei prevê em seu primeiro artigo as hipóteses de cabimento do instituto: corrigir ou impedir dano a preceito fundamental decorrente de ato do Poder Público. Em seu art. 2º ela apresenta o rol dos legitimados a propor a ação – os mesmos legitimados a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme disposto no art. 103 da Constituição Federal. O art. 3º informa os tópicos que deverão constar na petição inicial. Do art. 4º em diante são tratadas questões procedimentais.

Vale destacar os termos do art. 3º da referida lei, uma vez que apresenta a estrutura geral que as petições desta modalidade processual deverão conter.

Art. 3º A petição inicial deverá conter:

I – a indicação do preceito fundamental que se considera violado;

II – a indicação do ato questionado;

III – a prova da violação do preceito fundamental;

IV – o pedido, com suas especificações;

---

<sup>3</sup> A Emenda Constitucional n. 3 acrescentou outros parágrafos a este artigo o que alterou a sua numeração de “único” para “primeiro”.

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Seção 1, 5 out. 1988b. (Publicação Original).

<sup>5</sup> LEAL, S. T. **Controle de constitucionalidade moderno**. Niterói: Impetus, 2010. p. 308.

<sup>6</sup> Mendes e Branco apresentam um relato do histórico de produção desta lei (MENDES. G. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2014).

V – se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

O inciso I faz menção àquilo que é o objeto da ADPF: o preceito fundamental. O texto legal, contudo, furtou-se a definir o instituto, de forma que, com o vácuo de posituação, restou à doutrina e à jurisprudência estabelecer sua devida compreensão. Bulos<sup>7</sup> recorreu ao próprio texto constitucional para tratar do tema:

Qualificam-se de fundamentais os grandes preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária.

Podem ser consideradas *preceitos fundamentais* as diretrizes insculpidas no pórtico do artigo 1º da Constituição de 1988, quais sejam, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, da livre iniciativa, do pluralismo político.<sup>8</sup>

Leal<sup>9</sup> entendeu que cabe ao Supremo Tribunal Federal (STF) a definição o que é “preceito fundamental”, limitando-se a exemplificar possíveis contornos da ainda neófito jurisprudência concernente ao tema:

Cabe ao STF definir caso a caso, pela construção da sua jurisprudência, o que é preceito fundamental. A própria Corte é quem o diz: “Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental”.<sup>10</sup>

Não só cabe ao Tribunal construir esta definição, como ele já tem lançado balizas para melhor definir o termo:

O Pleno do Supremo avançou na fixação de parâmetros acerca do que seria preceito fundamental. Disse o Tribunal: “Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental – como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade, e autonomia da manifestação da vontade, e da legalidade –, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 324.

<sup>9</sup> LEAL, S. T. *Op. cit.*

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 315.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 317.

Além dessas duas soluções, há o caminho da etimologia, de escrutinar – de forma gramatical e semântica – o significado de *preceito* e *fundamental*. Para tanto, faz-se necessário recorrer às definições brutas, mas não enviesadas, dos dicionários<sup>12</sup>:

*Preceito*. [do lat. *praeceptu*] S.m. 1. Regra de proceder; norma. 2. Ensino, doutrina. 3. Ordem, determinação, prescrição – *Preceito Pascal*. Rel. obrigação de comungar pela Páscoa. A *preceito* 1. Com todas as regras. 2. Por miúdo; minuciosamente, particularizadamente: “dava tudo para conseguir desmontar este meu mecanismo psicológico de poeta. Gostava de saber a *preceito* o que se passa cá por dentro.” (Miguel Torga, Diário, IX, p. 153.)<sup>13</sup>

Pela definição da primeira palavra, tem-se que ela é uma forma um tanto poetizada e etérea de *norma*, *regra*. Quanto ao segundo termo, por ser um adjetivo (*fundamental* é a qualidade do que tem fundamento), faz-se necessário analisar tanto *fundamental* quanto *fundamento*.

*Fundamental*. Adj. 2 eg. 1. Que serve de fundamento. 2. Básico, essencial, necessário: *princípios fundamentais*.<sup>14</sup>

*Fundamento*. [do lat. *Fundamentu*.] S.m. 1. Base, alicerce: “A estas doze portas respondiam outros tantos fundamentos, sobre os quais assentava toda a cidade” (P<sup>e</sup>. Antônio Vieira, Sermões, VI, p. 191). 2. Razões ou argumentos em que se funda uma tese, concepção, ponto de vista, etc.; base, apoio. 3. Razão justificativa; motivo: *qual o fundamento do seu pedido de demissão*. 4. *Filo*s aquilo sobre o que se apoia quer um dado domínio do ser (e então fundamenta a garantia ou razão de ser), quer uma ordem ou conjunto de conhecimentos (e então o fundamento é o conjunto de proposições e de ideias mais gerais ou mais simples de onde esses conhecimentos se deduzem).<sup>15</sup>

A definição de *fundamento* é mais rica, e cria diversas abstrações que ajudam a tatear o que seriam os preceitos fundamentais. De pronto, na primeira definição de forma concreta: *base*, *alicerce*, i.e. *aquilo que mantém a estrutura de algo*. Nos itens seguintes as ideias passam a ser mais subjetivas e disformes: *razão*, *concepção*, *ponto de vista*, *motivo*. ADPF, portanto, seria uma arguição da ocorrência de um desrespeito a um ponto de vista constitucional, aos motivos constitucionais etc.

---

<sup>12</sup> Surgiu uma considerável dúvida na escolha do dicionário que seria utilizado para fazer a citação dos termos. Ao final, empataram os dois grandes: “Aurélio” e “Houaiss”, tendo sido preferido o primeiro por força da conclusão do artigo “Análise de dois dicionários gerais do português brasileiro contemporâneo: o Aurélio e o Houaiss”, de Maria Tereza Camargo Biderman.

<sup>13</sup> FERREIRA, A. B. de H. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975. p. 1127.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 662.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 663.

O raciocínio etimológico, embora inicie da forma mais mundana – recorrendo ao dicionário –, converge para encontrar com a posição dos dois doutrinadores no que se refere a definição de preceito fundamental.

Os outros incisos do art. 3º da Lei n. 9.882/99 são autoexplicativos (indicação do ato questionado, prova etc.). A ADPF 347 os atendeu e os incluiu em sua estrutura própria, formada por nove tópicos.

O primeiro tópico da ADPF 347 faz uma introdução à realidade carcerária brasileira, comparando-a com a proposta constitucional, e ponderando sobre a responsabilidade do STF nesta situação. Apresenta diversos dados criminológicos, bem como as disposições constitucionais incompatíveis com a situação carcerária – dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), proibição de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), vedação às sanções cruéis (art. 5º, inciso XLVII, “e”), respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, inciso XLIX) – e afirma que dada a inexpressividade política dos presos (que não votam), não há interesse por parte dos poderes eleitos para investir no sistema prisional, por isso, recairia ao Poder Judiciário, em específico ao STF para enfrentar a situação.

Ao final deste tópico há um parágrafo que bem resume o intento da petição:

Nesta ADPF, postula-se, em síntese, que esta Corte reconheça e declare o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, e, diante disso, imponha a adoção de uma série de medidas voltadas à promoção da melhoria das condições carcerárias do país e à contenção e reversão do processo de hiperencarceramento que o Brasil vivencia.<sup>16</sup>

No segundo tópico, é exposta a doutrina colombiana do *estado de coisas inconstitucional* e também são abordadas práticas semelhantes a ela em outros países. Segundo narrado, a referida doutrina é utilizada em casos de violações graves e sistêmicas à ordem constitucional, sendo necessárias quatro condições para que se declare o *estado de coisas inconstitucional*:

(i) Vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de obrigações para garantia e promoção dos direitos; (iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas dentre outras medidas; e (iv) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário.

---

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 347**. Brasília, DF, 2015. Inicial, p. 7.

As técnicas jurisdicionais semelhantes apontadas pela Inicial foram: nos Estados Unidos da América, os *prison reform cases* e o caso *Brown vs. Plata*, onde, em ambos, houve a intervenção do Poder Judiciário na administração pública – no primeiro caso nomeando interventores, e no segundo determinando, inclusive, a soltura de presos; na África do Sul, no caso *Grootboom*, o Judiciário determinou a reformulação da política estatal referentes a moradias para pessoas miseráveis; da Argentina vem o “caso *Verbitsky*”, um *habeas corpus* coletivo de todas as pessoas que estavam irregularmente detidas em estabelecimentos policiais superlotados, que, ao ser decidido pela Suprema Corte, cobrou da Província de Buenos Aires um plano para mudar a política criminal e prisional; e por último, na Corte Europeia de Direitos Humanos, que vale de suas *arrét pilot* para apontar “problemas sistêmicos e indicar soluções genéricas”<sup>17</sup> podendo estas, inclusive, requerer a formulação de políticas públicas, esta técnica teria sido utilizada no caso *Torregiani e outros v. Italia*.

No terceiro tópico, a petição trata do cabimento da ADPF, nos termos do art. 3º da Lei n. 9.882/99. O tópico inicia apontando como violação ao preceito fundamental (inciso I do artigo mencionado) o desrespeito sistêmico e constante no sistema prisional ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos incisos do art. 5º da Constituição já mencionados. São elencados como “ato do poder público” (inciso II do referido artigo) diversas condutas comissivas e omissivas da União e dos Estados das quais destacamos: o contingenciamento de recursos do Fundo Penitenciário; a não estruturação das Audiências de Custódia – muito embora exista a previsão legal pelo Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, e no Pacto de San José da Costa Rica; assim como o crescimento e agravamento das leis penais, em claro populismo penal. Ao final deste tópico é arguido que não havia outro meio que não a ADPF para sanar o dano.

O quarto tópico apresenta as duas principais críticas que são feitas a esta forma de decisão. A primeira é a de que não é democrática por ser essencialmente uma interferência do Poder Judiciário nos outros Poderes; e a segunda, de que essa forma não seria eficiente por faltar aos magistrados a *expertise* executória necessária para realizar as mudanças.

A crítica quanto à democracia é respondida na petição com o argumento de que por haver violações a direitos (fundamentais), estas não podem deixar de ser apreciadas pelo Judiciário; quanto à questão de eficiência, é apontado que nesta atuação jurisdicional, o Judiciário não engendra as mudanças devidas, mas cobra este ato do Executivo e do Legislativo.

No quinto tópico, há um importante argumento, que deverá futuramente ser averiguado cientificamente, de que as alterações propostas pela Inicial da ADPF 347 no

---

<sup>17</sup> ADPF 347, Inicial.

sistema prisional podem, inclusive, gerar economia aos dinheiros públicos. A hipótese é: manter uma pessoa detida exige um gasto elevadíssimo, como o pleito da ADPF é essencialmente implementar *alternativas ao encarceramento*, essas alternativas seriam por definição mais baratas que o encarceramento<sup>18</sup>.

O sexto tópico se inicia tratando da *superlotação prisional* e de como ela seria a causa de todos os problemas no sistema carcerário. O tópico segue apresentando diversos exemplos de dispositivos legais que são simplesmente e casualmente ignorados pelo poder público, como normas de alimentação, de arquitetura prisional (número de especialidades – agentes penitenciários, médicos, enfermeiros, psicólogos etc. – por centena de presos etc.), e disposições constitucionais que recebem o mesmo tratamento (acesso à justiça, assistência religiosa etc.).

O sétimo tópico trata das efetivas mudanças que a petição vem à Corte cobrar, que totalizam quatro: a primeira é a elaboração de planos por parte dos Executivos da União e dos Estados para adequar os sistemas prisionais as disposições legais e constitucionais, planos que deverão ser monitorados pelo Poder Judiciário; o segundo é a efetivação das Audiências de Custódia – ato que sequer pressupõe o reconhecimento do *estado de coisas inconstitucional* – nos termos de sua previsão legal, pelo art. 9, item 3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e pelo art. 7, item 5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica; o terceiro é a diminuição na utilização das prisões cautelares, exigindo que as decisões que as decretam fundamentem o motivo pelo qual não foram utilizadas as medidas cautelares diversas da prisão; e por fim, o reconhecimento do *estado de coisas inconstitucional* no que se refere ao sistema prisional.

No oitavo e no nono tópico da Inicial da ADPF são elencados os pedidos cautelares e definitivos, respectivamente.

Em seu voto cautelar, publicado em 27 de agosto de 2015, após o relatório, o Ministro Relator cita diversos julgados<sup>19</sup> que assistemicamente trataram tanto do drama carcerário quanto de assuntos correlatos, entendendo pela relevância suficiente da matéria para ser pauta da Suprema Corte. No mérito, ele reconheceu: a “situação vexaminosa

---

<sup>18</sup> Cumpre averiguar como esta economia se relacionaria com o custo de implementação das alternativas.

<sup>19</sup> Recurso Extraordinário n. 580.252/MS; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.170/DF; Recurso Extraordinário n. 641.320/RS; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.356/MS; e Recurso Extraordinário n. 592.581/RS.

do sistema prisional brasileiro”; que estas violações colaboram para o aumento da criminalidade; que o Poder Público é responsável pela situação, tanto no sentido de ter sido ele seu causador, por intensa e repetida omissão; e pela possibilidade de o STF – devidamente provocado – iniciar esta alteração.

Ao final, foram deferidos parcialmente os pedidos da Inicial para que: as decisões de prisão provisória fossem motivadas e para que se fundamentasse o motivo da não utilização de medidas alternativas à prisão; as Audiências de Custódia fossem iniciadas; as decisões referentes às prisões considerassem o quadro caótico do sistema prisional; sejam utilizadas quando possível penas alternativas à prisão; a União disponibilizasse os valores constantes no Fundo Penitenciário Nacional para sua finalidade, sendo a União impedida de efetuar contingenciamentos do Fundo.

Dessas determinações, a que gerou maior e mais imediato efeito foi o item “b”, referente às Audiências de Custódia. Logo após a publicação do voto cautelar, os Tribunais de Justiça iniciaram seus éditos de estruturação do instituto. A título de exemplificação, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal publicou a Portaria Conjunta 101, em 7 de outubro de 2015, pouco mais de um mês após o voto cautelar, que tinha por único objetivo estabelecer seu Núcleo de Audiência de Custódia.

Em dezembro do mesmo ano, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução n. 213, dispondo sobre “a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas” *i.e.*: sobre as Audiências de Custódia.

## **2 DO PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS E DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA**

Cumprir registrar que, no que se refere às audiências de custódia, o referido voto apenas cobrou a efetivação do instituto que já existia formalmente no ordenamento pátrio, estando previsto tanto no item 3 do art. 9º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, quanto no item 5 do art. 7º do Pacto de San José da Costa Rica.

O primeiro documento foi adotado pela Resolução n. 2.200-A, seção XXI, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966,<sup>20</sup> tendo sido ratificado

---

<sup>20</sup> CASTILHO, R. **Direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, por meio do Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. No item 3 de seu art. 9º resta disposto:

ARTIGO 9

[...]

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.<sup>21</sup>

Semelhante é a disposição do Pacto de San José da Costa Rica, firmado em 22 de novembro de 1969 e ratificado apenas em 25 de setembro de 1992<sup>22</sup>, este documento dispõe sobre a audiência de custódia no item 5 de seu art. 7º:

Artigo 7º – Direito à liberdade pessoal

[...]

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo 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.<sup>23</sup>

Como se percebe nos dois exemplos, complexa é a questão do ingresso dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno do Brasil, tanto que ambos os documentos foram confeccionados na década de 60, mas só ingressaram no ordenamento na década de 90. Tal ingresso exige a execução de diversos atos, dentre os quais destacam-se<sup>24</sup> a assinatura e a ratificação.

---

<sup>21</sup> BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 jul. 1992a.

<sup>22</sup> Cf. *Ibidem*: a demora na ratificação deste Tratado se deu em razão do regime político de exceção que governava o Brasil.

<sup>23</sup> BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Anexo ao Decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 set. 1992.

<sup>24</sup> Além dos mencionados atos da assinatura e da ratificação, também existem a promulgação e a publicação do tratado, que, embora sejam fundamentais na efetivação do tratado, possuem caráter burocrático, razão pela qual serão apenas mencionados.

A assinatura de um tratado internacional é o ato de concordância que põe termo as negociações, fixando o conteúdo do documento.<sup>25</sup> Tal ato é privativo do Presidente da República, conforme disposição do inciso VIII, art. 84, da Constituição<sup>26</sup>, sendo operado pelo Ministério das Relações Exteriores, conforme consta em seu Regimento Interno:

Art. 3º No trato dos assuntos de sua competência, incumbe ao MRE:

[...]

VI – negociar e celebrar tratados, acordos e demais atos internacionais.<sup>27</sup>

Dita assinatura não internaliza a norma no sistema pátrio. Isso só ocorre no momento da ratificação do tratado internacional pelo Congresso Nacional nos termos da Constituição:

[...] a ratificação é considerada a fase mais importante do processo de conclusão dos tratados, pois confirma a assinatura e da validade a ele

[...]

No Brasil por exemplo, é realizada pelo Poder Executivo com o ad referendum do Congresso Nacional, conforme estabelece o art. 84, VIII, combinado com o art. 49, I, da Constituição Federal.<sup>28</sup>

Ainda sobre o ato de ratificação dos tratados internacionais, a Convenção de Viena assim o define:

Artigo 2

Expressões Empregadas

1. Para os fins da presente Convenção:

[...]

b) “ratificação”, “aceitação”, “aprovação” e “adesão” significam, conforme o caso, o ato internacional assim denominado pelo qual um Estado estabelece no plano internacional o seu consentimento em obrigar-se por um tratado;<sup>29</sup>

Como já visto, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi assinado em 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, por meio do Decreto Legislativo

---

<sup>25</sup> REZEK, F. **Direito internacional público**: curso elementar. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>26</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

<sup>27</sup> BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Portaria n. 212, de 30 de abril de 2008. Aprova o Regimento Interno da Secretaria de Estado das Relações Exteriores (Rise), que dispõe sobre a Organização Geral da Secretaria de Estado das Relações Exteriores. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 maio 2008.

<sup>28</sup> GUERRA, S. **Curso de direito internacional público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 101-102.

<sup>29</sup> BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 dez. 2009.

n. 226/91, e promulgado pelo Decreto n. 592/92. Já no caso do Pacto de San José da Costa Rica, a assinatura ocorreu em 1969 e a ratificação em 25 de setembro de 1992, tendo sido o ato promulgado em 6 de novembro de 1992 e publicado três dias depois. Portanto, formalmente, nos termos do Direito Constitucional combinado com o Direito Internacional, as Audiências de Custódia – previstas em ambos os documentos – datam no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que na análise mais conservadora possível, de 1992.

Apesar desta dupla e antiga previsão, o Estado brasileiro permaneceu inerte, não estruturando as referidas audiências e deixando a situação carcerária se agravar a tal ponto que foi apresentada a ADPF 347, tendo a voto liminar ordenado a instituição das Audiência de Custódia, como já exposto.

### 3 LEGITIMIDADE DO STF – ENTRE HERMES E HÉRCULES

Do ato realizado pelo Ministro Relator – por um membro do Poder Judiciário, portanto – advêm várias questões de legitimidade e protagonismo judicial. A mais clara delas é a disposição do art. 22 da Constituição, que define o direito processual penal – dentre outros – como matéria a ser *legislada* pela União, dependendo de manifestações por parte do Poder Legislativo, e não do Judiciário.

O próprio voto liminar reconheceu a sua estranha atuação, mas casualmente repeliu a polêmica no seguinte parágrafo:

Há dificuldades, no entanto, quanto à necessidade de o Supremo exercer função atípica, excepcional, que é a de interferir em políticas públicas e escolhas orçamentárias. Controvérsias teóricas não são aptas a afastar o convencimento no sentido de que o reconhecimento de estarem atendidos os pressupostos do estado de coisas inconstitucional resultam na possibilidade de o Tribunal tomar parte, na adequada medida, em decisões primariamente políticas sem que se possa cogitar de afronta ao princípio democrático e da separação de poderes.<sup>30</sup>

Apesar de tratado *en passant*, essas atuações heterodoxas do Poder Judiciário são muito questionadas na contemporaneidade, com destaque exatamente para a (im)possibilidade do Judiciário legislar. Essa temática foi filosoficamente organizada por Dworkin<sup>31</sup> na metáfora do Juiz Hércules.

---

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 347**. Brasília, DF, 2015. Voto Liminar, p. 13.

<sup>31</sup> DWORKIN, R. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard, 1977.

Nessa construção, imaginou-se um jurista sobre-humano, hábil, erudito, paciente, perspicaz e capaz de alcançar a idealizada e única solução correta para os litígios, encontrada dentro da teia formada por todas as fontes do Direito. Esse juiz poderia chegar até a adjudicar lapsos na legislação, mas não poderia legislar propriamente.

Tal experimento mental foi aprofundado em Dworkin<sup>32</sup>, que contradita Hércules com outro personagem, o Juiz Hermes. Este, por sua vez, assume, frente às questões jurídicas, uma postura originalista:

Eu agora idealizo um novo juiz, Hermes, quase tão inteligente e tão paciente quanto Hércules, que aceita o Direito como Integridade, mas também aceita a teoria da intenção do orador na legislação. Ele acredita que legislação é comunicação, que ele deve aplicar os estatutos por meio do descobrimento da vontade comunicada pelos legisladores – o que eles tentavam transmitir quando votaram pelo Ato da Espécies Ameaçadas, por exemplo. Como Hermes também é autoconsciente em tudo o que faz, ele vai parar para refletir sobre todas as escolhas que deve tomar para colocar em prática a *teoria da intenção do orador*.<sup>33</sup>

Além de propor seu nêmeses, a obra ainda questiona do Juiz Hércules: se ele seria uma fraude – vez que a hipótese da única resposta correta pode estar errada; arrogante – por considerar seus próprios posicionamentos mais válidos do que os de outras pessoas, inclusive de juízes; um mito – excessivamente desconectado da realidade a ponto de não servir sequer de modelo para juízes reais, que decidiriam os seus casos de forma instintiva.

A referida obra fez também outra e muito importante consideração sobre o Juiz Hércules: talvez ele seja um tirano. Embora o autor tenha considerado o tema suficientemente importante para incluí-lo na obra, no que se refere à possível tirania do Juiz Hércules, ele afirma que tal posição seria não só injusta, mas obscurantista.

Mas nós já vimos o suficiente para saber que uma das acusações que advogados tendem a fazer contra Hércules é injusta e, o que é pior, obscurantista. Hércules não é um tirano usurpador que tenta tomar do público seu poder democrático. Quando ele intervém no processo do governo para declarar que algum estatuto ou outro ato do governo é inconstitucional, ele o faz em serviço do seu mais consciente julgamento sobre o que a

---

<sup>32</sup> **Id. Law's empire.** Cambridge: Harvard, 1986.

<sup>33</sup> (Tradução nossa). Confrontar com o original: *"I now suppose a new judge, Hermes, who is almost as clever as Hercules and just as patient, who also accepts law as integrity but accepts the speaker's meaning theory of legislation as well. He thinks legislation is communication, that he must apply statutes by discovering the communicative will of the legislators, what they were trying to say when they voted for the Endangered Species Act, for example. Since Hermes is self-conscious in everything he does, he will pause to reflect over each of the choices he must make in order to put the speaker's meaning theory into practice"* (DWORKIN, R. **Law's empire...** op. cit., p. 317).

democracia realmente é e o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente significa. Vocês podem discordar dos poucos julgamentos que eu narrei em nome dele; se eu lhes contasse mais de sua carreira no Olimpo vocês provavelmente discordariam ainda mais. Mas se Hércules tivesse renunciado a responsabilidade que eu descrevi, que inclui a responsabilidade de decidir quando só sobra a ele suas convicções sobre o caráter da nação, ele teria sido um traidor, e não um herói da autocontenção<sup>34</sup>.

Tirano ou não, fato é que o Juiz Hercules excede os limites – ortodoxos – das funções do Poder Judiciário, o que pode, inclusive, pôr em xeque a democracia, daí advém sua polêmica. E é fato que na ADPF 347 o Voto Liminar excedeu os limites – ortodoxos – do Poder Judiciário. Daí conclui-se que a atuação foi hercúlea<sup>35</sup>, no sentido dworkiano, resta saber se teria tal ato sido também ativista.

#### 4 ATIVISMO JUDICIAL?

Face a todas as peculiaridades do referido voto liminar, e especialmente em vista das consequências que o ato gerou, há um grande questionamento se tal ato teria sido um exemplo de ativismo judicial, e se dito ativismo seria virtuoso ou odioso<sup>36</sup>. Antes de analisar o ativismo do voto liminar – real ou imaginário – cumpre escrutinar o ativismo *per se*.

---

<sup>34</sup> Confrontar com o original: “*But we have seen enough to know that one charge some lawyers would urge against Hercules is unfair and, what is even worse, obscurantist. Hercules is no usurping tyrant trying to cheat the public of its democratic power. When he intervenes in the process of government to declare some statute or other act of government unconstitutional, he does this in service of his most conscientious judgement about what democracy really is and what the Constitution, parent and guardian of democracy, really means. You may disagree with the few judgements I have reported in his name; if I told you more of his career in Olympus you would probably disagree with more. But if Hercules had renounced the responsibility I have described, which includes the responsibility to decide when he must rely on his own convictions about his nation’s character, he would have been a traitor, not a hero of judicial restraint*” (DWORKIN, R. **Law’s empire...** op. cit., p. 399).

<sup>35</sup> Seguramente os mais perspicazes entre os meus leitores se divertirão com a ironia dos nomes dos juristas envolvidos: Marco Aurélio, um jurista real cujo nome remete a um César (romano), atuando nos moldes de Hércules, um jurista fictício cujo nome é uma referência ao semideus grego.

<sup>36</sup> Canon (Judicial Activism. **Judicature**, Durham-NC, v. 66, n. 6, p. 237-247, Dec./Jan. 1982-1983) afirma que o termo é utilizado “*more often than not*” pejorativamente. Sobre a utilização de rótulos pejorativos: “Um modo rápido de eliminar ou, ao menos, de tornar suspeita uma afirmação do adversário é reduzi-la a uma categoria geralmente detestada, ainda que a relação seja pouco rigorosa e tão só de vaga semelhança. Por exemplo: ‘Isso é maniqueísmo’, ‘é arrianismo’, ‘é pelagianismo’, ‘é idealismo’, ‘é panteísmo’, ‘é brownismo’, ‘é naturalismo’, ‘é ateísmo’, ‘é racionalismo’, ‘é espiritualismo’, ‘é misticismo’ etc. Com isso, fazemos duas suposições: 1) que aquela afirmação é efetivamente idêntica a esta categoria ou, ao menos, está compreendida nela, estamos dizendo: ‘ah, isto nós já sabemos!’; e 2) que esta categoria já está de todo refutada e não pode conter nenhuma palavra verdadeira” (SCHOPENHAUER, A. **Como vencer um debate sem ter razão**: em 28 estratégias. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003. p. 174).

O conceito de ativismo judicial é por si só *fugidio*<sup>37</sup>, o termo tem sua origem em um artigo de uma publicação leiga, que identificava dois grupos de *justices* da Suprema Corte estadunidense: os contidos e os ativistas<sup>38</sup>. Apesar da simplicidade e superficialidade da ideia – e talvez justamente por causa destas características – ela ganhou imensa difusão, sendo o ativismo considerado uma prática construtiva ou destrutiva, liberal<sup>39</sup> ou conservadora, de esquerda ou de direita, apropriada ou excessiva, dependendo de cada intérprete.

Em realidade, a falta de significado do termo faz justamente com que cada intérprete tenha uma impressão quanto ao seu significado, e desenvolva e aplique esta mera impressão em suas teorias, gerando um absoluto caos epistemológico. Branco<sup>40</sup>, em uma galante, porém vã, tentativa de trazer ordem ao caos, apresenta em seu texto um artigo de Bradley Canon que tenta estruturar o tema; e um apanhado de opiniões de eruditos (dos quais se destacam Häberle, Dworkin, Celso de Melo e Alexy) sobre o que seria o *ativismo judicial*.

A publicação de Bradley Canon<sup>41</sup> estrutura seis dimensões que indicariam se determinado ato judicial seria ou não ativista. Tais dimensões são assim batizadas: majoritarismo; estabilidade interpretativa; fidelidade interpretativa; distinção entre processo democrático e substância (política); especificidade das políticas; e disponibilidade (ou existência) de executores de políticas alternativos<sup>42</sup>. É importante ressaltar que todas elas são dimensões, isto é, gradientes; não se trata de uma análise binária, se presentes ou se não, mas quantitativa: “quão interpretativamente estável foi o voto liminar na ADPF 347?”, ao invés de “foi o voto liminar na ADPF 347 interpretativamente estável?”.

Segundo o autor, o majoritarismo é o critério mais comumente utilizado para analisar o nível de ativismo de uma decisão, e normalmente argumenta pela ilegitimidade da decisão contramajoritária. O exemplo mais puro de uma decisão ativista no que se refere a esta dimensão seria a hipótese da Corte Constitucional declarar inconstitucional um ato do Congresso processualmente são.

---

<sup>37</sup> BRANCO, P. G. G. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, A. F.; PAULA, D. G. de.; NOVELINO, M. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivum, 2011.

<sup>38</sup> GREEN, C. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 58, n. 5, p. 1195-1263, set. 2009.

<sup>39</sup> A palavra *liberal* é problemática, pois no Brasil tal termo vem normalmente relacionado estritamente ao liberalismo econômico, que na conformação política brasileira é normalmente associado a um conservadorismo político. Já nos Estados Unidos o termo significa exatamente o contrário: o liberalismo político, relacionado normalmente com um conservadorismo (um estatismo) econômico. Nesse momento a palavra *liberal* foi utilizada no sentido do autor original, norte-americano.

<sup>40</sup> BRANCO, P. G. G., Op. cit.

<sup>41</sup> CANON, B. Judicial Activism. **Judicature**, Durham-NC, v. 66, n. 6, p. 237-247, Dec./Jan. 1982-1983.

<sup>42</sup> Confrontar com os termos no original: *majoritarianism; interpretative stability; interpretative fidelity; substance/democratic process distinction; specificity of politics; availability of an alternate policymaker*.

A *estabilidade interpretativa* é o nível de harmonia que a decisão mantém com seus precedentes, e com a doutrina jurídica, há aqui um claro vínculo com o conceito de integridade de Dworkin<sup>43</sup>.

Em resumo, para Canon<sup>44</sup>, a *fidelidade interpretativa* é o grau de concordância entre a decisão e a disposição textual: “O ativismo ocorre quando uma interpretação não acorda com o significado usual do palavreado da disposição, e/ou com a conhecida intenção ou objetivo de seus confeccionadores”<sup>45</sup>.

Os exemplos mais claros de decisões que tenderiam ao limite ativista na dimensão fidelidade interpretativa seriam aquelas que diretamente contradissem a orientação legal, as que possuíssem interpretações ilógicas ou falaciosas. Neste ponto o autor demonstra certa suspeição a interpretações jurídicas arrojadas ou sofisticadas.

A *distinção entre processo democrático e substância* (política) trata de questionar se a decisão se mantém no procedimento político ou se ela adentra na matéria (na substância) da política. A decisão ativista tende a entrar no mérito da discussão ao invés de se limitar a balizá-la procedimentalmente.

A quinta dimensão é a *especificidade das políticas*; questiona se a decisão teria criado diretamente políticas públicas, ou determinado que outro mecanismo estatal o faça.

A última dimensão é intitulada *disponibilidade* (ou existência) de executores de políticas alternativas, e basicamente questiona se existiria a possibilidade de o ato judicial em questão ter sido praticado por outro órgão do governo:

Ativismo nesta dimensão consiste nas decisões que (a) estabelecem políticas públicas quando há uma razoável probabilidade que outro órgão teria adotado uma postura similar em um futuro próximo, e/ou (b) a natureza da política pública é tal que as decisões serão melhor embasadas em data e em expertise normalmente não disponíveis nos trâmites judiciais.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> Ver DWORKIN, R. **Law's empire...** Op. cit. p. 176-224.

<sup>44</sup> CANON, B., Op. cit.

<sup>45</sup> Confrontar com o original: “Activism occurs when an interpretation does not accord with the ordinary meaning of wording of the provision, and/or with the known consensual intentions or goals of its drafters” (CANON, B., Op. cit. p. 242).

<sup>46</sup> Confrontar com o original: “Activism on this dimension consists of decisions that (a) establish policy where there is a reasonable likelihood that an alternative policymaking agency would have adopted a similar policymaking agency would have adopted a similar policy in the foreseeable future, and/or (b) the nature of the policy is such that choices are better informed by data or expertise not normally available in the judicial process” (CANON, B., Op. cit. p. 247).

A base desta dimensão é a frase em que o autor cita o *Justice Stone* que, em 1936, afirmou: “As Cortes [...] não são a única agência do governo que devemos presumir que tenha a capacidade de funcionar”<sup>47</sup>.

Antes de prosseguir no raciocínio exposto por Branco<sup>48</sup> e passar de Canon<sup>49</sup> para as manifestações pontuais dos de Häberle, Dworkin, e Celso de Melo, cumpre averiguar como a decisão liminar na ADPF 347 se amolda à estrutura descrita.

Quanto à primeira dimensão, *majoritarismo*, têm-se que o ato judicial está de acordo com a norma legislativamente perfeita que trata do tema. Como já descrito, as Audiências de Custódia foram dispostas no Pacto de San José da Costa Rica, assinado pelo Poder Executivo, ratificado pelo Poder Legislativo e, finalmente, promulgado por decreto em 6 de novembro de 1992. Portanto, nesta dimensão a decisão liminar da ADPF 347 é manifestamente não ativista<sup>50</sup>.

O mesmo não pode ser dito da segunda dimensão, *estabilidade interpretativa*. De fato, a liminar em questão rompeu com a situação anterior de estado de coisas inconstitucional chancelada pelo judiciário (argumento mestre da inicial da ADPF), portanto, rompeu com uma doutrina complacente com o fato de que a norma que dispõe sobre as audiências de custódia não pegou: “Esse é o cenário legislativo dos direitos dos presos – as leis, versando-os, simplesmente ‘não pegaram’, não se concretizaram em proteção efetiva daqueles que deveriam ser beneficiados, e nada se tenta para alterar isso”<sup>51</sup>. Nessa dimensão a decisão é manifestamente ativista.

Quanto à *fidelidade interpretativa*, terceira dimensão, não há nenhuma manobra hermenêutica excessivamente sofisticada na decisão liminar. A disposição do Pacto de San José da Costa Rica determina que “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, ainda que se questione o que significa a expressão “sem demora”, não há dúvida ou polêmica sobre a necessidade de o preso/detido/ou retido ser conduzido à presença de um juiz. Nesse ponto a decisão é manifestamente não ativista.

---

<sup>47</sup> (Tradução nossa). Confrontar com o original: “Courts [...] are not the only agency of government that must be presumed to have the capacity to govern” (CANON, B. Op. cit. p. 246).

<sup>48</sup> BRANCO, P. G. G., Op. cit.

<sup>49</sup> CANON, B., Op. cit.

<sup>50</sup> Embora o artigo de Branco (Op. cit.) mencione o termo *self-contained* como o grupo não ativista na Suprema Corte estadunidense, por falta de uma boa tradução para o termo e para evidenciar a dicotomia, optamos por “não ativista”.

<sup>51</sup> ADPF 347, Voto Liminar, p. 9.

A quarta dimensão, *distinção entre processo democrático e substância (política)*; é bem resumida pelo próprio autor:

De acordo com esta lógica, decisões que desenvolvem ou alteram políticas que afetam o processo político não são ativistas. Basicamente estas envolvem a liberdade e expressão, o franqueamento e a condução de eleições, e a natureza da representação política. Tais decisões não afetam diretamente as políticas substantivas. Elas tratam das oportunidades dos cidadãos de alterar o sistema fazedor de políticas.

[...]

A decisão ativista, nesta dimensão, é aquela que fazem política econômica, regulam as atividades não relacionadas ao processo político de grupos e instituições, ou interfere nas carreiras, estilos de vida, e valores morais ou religiosos das pessoas.<sup>52</sup>

Claramente a decisão na ADPF 347 foi substantiva, portanto, nos termos do autor, ativista.

Sobre a *especificidade das políticas*, quinta dimensão, a decisão liminar explicitamente não cria políticas, mas determina que outros as implementem. Sobre o sistema carcerário como um todo, a decisão determina à União “que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos”<sup>53</sup>.

Especificamente sobre as audiências de custódia, a determinação é feita aos juízes e tribunais para que realizem (como melhor lhes aprouver) as audiências de custódias já previstas no ordenamento:

Ante o exposto, defiro, parcialmente, a medida liminar requerida, determinando:

[...]

b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;

Como a decisão não cria a política, mas determina que outros a criem (juízes e tribunais), quanto a esta dimensão a decisão é manifestamente não ativista.

---

<sup>52</sup> Confrontar com o original: “According to this logic, decisions developing or altering policies affecting the political processes are not activist. Basically, these involve freedom of expression, the franchise, conduct of elections, and the nature of representation. Such decisions do not directly affect substantive policies. Rather they relate to citizens’ opportunities for input into the policymaking system. [...] Activist decisions on this dimension are those which make economic policy, regulate the non-political-process activities of institutions or groups, or impose people’s careers, lifestyles, morals, or religious values” (CANON, B., Op. cit., p. 10).

<sup>53</sup> ADPF 347, Voto Liminar, p. 24.

Na última dimensão, *disponibilidade* (ou *existência*) de executores de políticas alternativas, há margem para várias compreensões. Embora a Inicial da ADPF e o Voto Liminar tenham reconhecido o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, não era improvável que sem a referida decisão liminar, a questão prisional fosse enfrentada por outro órgão do Estado como, por exemplo, o Conselho Nacional de Justiça. De fato, o dito Conselho já havia enfrentado temas prisionais com o Mutirão Carcerário e o programa Começar de Novo, tanto que no próprio voto liminar foi mencionado:

O segundo pleito concerne à audiência de custódia, instrumento ao qual o ministro Ricardo Lewandowski, como Presidente do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, vem dando atenção especial, buscando torná-lo realidade concreta, no Judiciário, em diferentes unidades federativas e combatendo a cultura do encarceramento.<sup>54</sup>

Nessa dimensão, dada a subjetividade da avaliação, a decisão tende ao ativismo.

A título de ilustrar as informações descritas, foi confeccionado o QUADRO 1 com o resumo de como o Voto liminar se qualifica em cada uma das dimensões estruturadas por Canon<sup>55</sup>, na tentativa de tentar definir o ativismo judicial.

QUADRO 1 – Resumo da correspondência entre as dimensões de ativismo propostas por Bradley Canon<sup>56</sup> e a decisão liminar na ADPF 347

#	Dimensão	Voto Liminar
1	Majoritarismo	Não ativista
2	Estabilidade interpretativa	Ativista
3	Fidelidade interpretativa	Não ativista
4	Distinção entre processo e substância	Ativista
5	Especificidades das Políticas	Não ativista
6	Disponibilidade	Não ativista (tendência)

FONTE: O autor (2016)

Como exposto no texto e no QUADRO 1, a decisão liminar da ADPF 347 tem, nas dimensões de Canon<sup>57</sup>, um caráter tendente ao não ativismo.

---

<sup>54</sup> ADPF 347, Voto Liminar, p. 20.

<sup>55</sup> CANON, B. Op. cit.

<sup>56</sup> Ibidem.

<sup>57</sup> Ibidem.

Após expor as dimensões de Canon<sup>58</sup>, Branco<sup>59</sup> elenca a posição de vários eruditos sobre o ativismo em si, dos quais se destacam Häberle, Dworkin, e Celso de Melo. O extrato do pensador alemão vê o ativismo judicial de forma positiva, e o compreende como o judiciário cobrando a atuação de outros poderes:

Como observador participante, estou contente que os tribunais pratiquem o ativismo judicial e que obriguem os demais poderes a atuar [...]. O sistema republicano não se vê debilitado por um ativismo jurídico senão que fortalecido.<sup>60</sup>

Tal posição se relaciona à quinta dimensão de Canon<sup>61</sup>, a “especificidade das políticas”, onde o julgador não deve criar políticas, mas determinar sua criação. Tendo sido o que ocorreu na ADPF 347.

Dworkin, por sua vez, se posiciona absolutamente contra o passivismo judicial – doutrina que admite, “como questão de justiça, que os indivíduos não têm direitos contra as maiorias políticas” –, e sustenta não ser devido a adotar um ativismo que se expresse por meio de um “pragmatismo jurídico virulento”, que despreza outras fontes de poder:

o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que procuraram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer outra prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por meio de um fiat, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la.<sup>62</sup>

O pensador estadunidense mostra preocupação com seu conceito de *integridade* que se faz presente na segunda dimensão de Canon<sup>63</sup>, da estabilidade interpretativa, conforme tratado anteriormente.

Essa posição é compartilhada pelo Ministro Celso de Mello, que se mostra simpático à expressão “ativismo judicial”, compreendendo-a como uma devida atuação da Suprema Corte:

o chamado ativismo judicial é uma resposta do Supremo a provocações formais da sociedade a partir de mecanismos criados pela Constituição para neutralizar o caráter

---

<sup>58</sup> Ibidem.

<sup>59</sup> BRANCO, P. G. G., Op. cit.

<sup>60</sup> HABERLE apud BRANCO, P. G. G., Op. cit., p. 7.

<sup>61</sup> CANON, B., Op. cit.

<sup>62</sup> DWORKIN apud BRANCO, P. G. G., Op. cit., p. 4.

<sup>63</sup> CANON, B., Op. cit.

lesivo das omissões do Congresso ou do Executivo. Nesses casos, não há interferência indevida do Supremo: o Tribunal está apenas cumprindo sua função<sup>64</sup>

Relacionando sua manifestação com as dimensões de Canon<sup>65</sup>, percebe-se também uma preocupação com a mesma dimensão (estabilidade interpretativa), vez que ele faz clara referência à Constituição (“mecanismos formais da constituição”), isto é, o ativismo judicial positivo, a atuação não ortodoxa do judiciário é positiva, se, e somente se, estiver em harmonia com o conjunto do Direito.

O texto conclui, com base em Alexy, pela existência de uma região fronteira onde a atuação do Poder Judiciário, embora não ortodoxa, seja cabível, podendo ser chamada de *ativismo* em seu sentido positivo (*de próprio, justificado* etc.).

Devidamente exposto este panorama sobre o ativismo judicial, analisando a decisão liminar na ADPF 347 sob a ótica de Canon<sup>66</sup> têm-se que a decisão não foi ativista. Sob a ótica dos juristas citados por Branco<sup>67</sup>, que se valem do termo da mesma forma informal com que este fora criado, tem-se que a decisão poderia ser considerada ativista, mas positivamente, propriamente, devidamente ativista.

## CONCLUSÃO

A importância do presente estudo é inegável. Dada a novidade do tema, pouco se sabe sobre ele, e não é incomum que operadores do Direito, ao se manifestarem sobre o assunto, logo utilizem, de forma impensada, alguma das críticas aqui desmistificadas.

Quanto à metodologia, o método monográfico escrutinou as Audiências de Custódia, demonstrando sua entrada na prática forense após o voto liminar na ADPF 347 e sua anterior previsão no ordenamento. Os métodos comparativo e tipológico foram essenciais para – após serem definidos como referência à metáfora do Juiz Hércules, bem como à conceituação de *ativismo judicial* – comparar o ato liminar a estes.

Espera-se que este registro auxilie a compreensão sobre as Audiências de Custódia e também contribua para que a discussão sobre o tema ocorra entre pares informados, e não em meio ao senso comum.

---

<sup>64</sup> MELO apud BRANCO, P. G. G., Op. cit., p. 9.

<sup>65</sup> CANON, B., Op. cit.

<sup>66</sup> Ibidem.

<sup>67</sup> BRANCO, P. G. G. Op. cit.

## REFERÊNCIAS

- BARRUCHO, L. G. Prisões brasileiras são 'um inferno', diz Barbosa em Londres. **BBC Brasil**, Londres, 29 jan. 2014. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/01/140129\\_barbosa\\_prisoes\\_londres\\_lgb](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/01/140129_barbosa_prisoes_londres_lgb)>. Acesso em: 26 jul. 2016.
- BIDERMAN, M. T. C. Análise de dois dicionários gerais do português brasileiro contemporâneo: o Aurélio e o Houaiss. **Filologia e Linguística Portuguesa**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 85-116, set. 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/flp/article/viewFile/59701/62799>>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- BRANCO, P. G. G. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, A. F.; PAULA, D. G. de.; NOVELINO, M. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivum, 2011. p. 387-402.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 213**, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 22 jul. 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2016.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Seção 1, 5 out. 1988b. (Publicação Original). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 3 fev. 2016.
- BRASIL. Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991. Aprova os textos do pacto internacional sobre direitos civis e políticos e do pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, ambos aprovados, junto com o protocolo facultativo relativo a esse último pacto, na XXI Sessão (1966) da Assembleia-Geral das Nações Unidas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, Seção 1, 13 dez. 1991. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=135720>>. Acesso em: 22 jul. 2016.
- BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 jul. 1992a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2016.
- \_\_\_\_\_. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 nov. 1992b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2016.
- \_\_\_\_\_. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 dez. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2016.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 3. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 mar. 1993. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2016.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Anexo ao Decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 set. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf)>. Acesso em: 3 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Portaria n. 212, de 30 de abril de 2008. Aprova o Regimento Interno da Secretaria de Estado das Relações Exteriores (Rise), que dispõe sobre a Organização Geral da Secretaria de Estado das Relações Exteriores. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 maio 2008. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/images/RISE.pdf>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 347**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus rguição de descumprimento de preceito fundamental 347**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANON, B. Judicial Activism. **Judicature**, Durham-NC, v. 66, n. 6, p. 237-247, Dec./Jan. 1982-1983.

CARTA CAPITAL. Ministros do STF criticam Estado pelas condições do sistema prisional. **Carta Capital**, São Paulo, 14 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/ministros-do-stf-criticam-estado-pelas-condicoes-do-sistema-prisional>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

CASTILHO, R. **Direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Portaria Conjunta 101, de 7 de outubro de 2015. Institui o Núcleo de Audiência de Custódia – NAC no âmbito da Justiça do Distrito Federal. **Diário de Justiça Eletrônico**, Edição n. 193, fls. 5-7, 14 out. 2015. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2015/portaria-conjunta-101-de-30-09-2015>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

DWORKIN, R. **Law's empire**. Cambridge: Harvard, 1986.

\_\_\_\_\_. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard, 1977.

FERREIRA, A. B. de H. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

GREEN, C. An intellectual history of judicial activism. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 58, n. 5, p. 1195-1263, set. 2009. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/HeinOnlineForm>>. Acesso em: 17 maio 2016.

- GUERRA, S. **Curso de direito internacional público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LEAL, S. T. **Controle de constitucionalidade moderno**. Niterói: Impetus, 2010.
- MENDES, G. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2014.
- REZEK, F. **Direito internacional público**: curso elementar. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SCHOPENHAUER, A. **Como vencer um debate sem ter razão**: em 28 estratégias. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003. (Dialética Erística).