

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: ENTRE A LIBERDADE E A SEGURANÇA – A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL

CUSTODY HEARING: BETWEEN FREEDOM AND SECURITY – THE LEGITIMATION OF CRIMINAL LAW

Alberto Jorge Correia de Barros Lima¹

RESUMO: O artigo trata da audiência de custódia como legitimação do procedimento da prisão processual, havendo como pano de fundo a própria legitimação do Direito Penal, observados os direitos à liberdade e à segurança como conceitos indissociáveis no Estado Democrático de Direito. Tenciona, ademais, esclarecer pontos havidos como controversos desta audiência.

PALAVRAS-CHAVE: audiência de custódia; liberdade; segurança; legitimação da prisão.

ABSTRACT: This currently paper discusses the custody's hearing as legitimation of procedure arrest, backgrounding the legitimacy of Criminal Law itself, taking the rights of liberty and security as inseparable concepts in the democratic rule of Law. It also intends to clarify topics considered controversial in that type of hearing.

KEYWORDS: custody's hearing; freedom; security; imprisonment's legitimation.

1 INTRODUÇÃO: LIBERDADE E SEGURANÇA COMO CONCEITOS INDISSOCIÁVEIS

Não é possível liberdade sem segurança, nem segurança sem liberdade. Para que se entenda a ideia de prisão, quer como pena, quer como medida processual, é necessária a compreensão conjunta destes conceitos, o que não só legitima a pena privativa de liberdade e as

¹ Doutor e mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professor Adjunto de Direito Penal Constitucional, Direito Penal e Criminologia do Mestrado e da Graduação em Direito da Faculdade de Direito – FDA, da Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas – ESMAL. Juiz de Direito Titular da 17ª Vara Cível de Maceió (Fazenda Pública). Foi Desembargador do Tribunal Regional Eleitoral – TRE no biênio 2013-2015 e Juiz Titular o 2º Tribunal do Júri de Maceió-AL. E-mail: albertobarroslima@yahoo.com.br.

prisões processuais, previstas, inclusive, na Carta Constitucional Brasileira, mas, também, demonstra suas necessidades.

Etimologicamente, a palavra segurança vem do latim *sēcūrus* (seguro) que significa, exatamente, livre de perigo (CUNHA, 1982, p. 711). Segurança relaciona-se com confiança, estabilidade, garantia, preservação e proteção (VILLAR, 2013, p. 659). Não é difícil perceber, assim, seu intrínseco liame com a liberdade. Ser livre, modernamente, é poder exercer cada potencialidade humana sem privação, ou seja, não se submetendo a nada, nem a ninguém senão às leis, notadamente à lei constitucional (CONSTANT, 1985, p. 10). A liberdade, compreendida como direito fundamental de todos os seres humanos, não é só oponível ao Estado, consoante conquista do liberalismo burguês, mas, também, assegurada, na contemporaneidade, através dele (Estado). No modelo atual de Estado Democrático de Direito – uma espécie de síntese, na linguagem hegeliana, de Estado Liberal e Estado Social – o Estado não é mais neutro, tampouco “inimigo dos direitos fundamentais”, ele passa a ser presente na assistência e manutenção destes direitos (FERREIRA DA CUNHA, 1995, p. 273-4).

A ideia de segurança, portanto, vincula-se com a convivência de liberdades. Se até Crusoé carecia de regramento para andar livre na “sua ilha” com a chegada de Sexta-Feira (DEFOE, 2003), imagine as sociedades complexas atuais caracterizadas pela pluralidade e pelo conflito. Somente no paraíso – se é que existe um –, é que poderíamos pensar em abrir mão do controle social e, ainda que este esteja circunscrito, corretamente, por diversos limites legais, seu funcionamento efetivo é essencial para possibilitar a coexistência das liberdades. A famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já firmava, neste sentido, o direito à liberdade como consistindo “em poder fazer o que não prejudica a outrem”².

Não é senão por isso que, como a liberdade, a segurança integra o rol dos direitos fundamentais. Desde o Preâmbulo, parte que expressa os propósitos a que a Constituição deve servir, a Carta Constitucional brasileira tem como intento criar mecanismos de assecuração dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança e do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça, como valores supremos de uma sociedade dita pluralista, sem preconceitos e fundada na harmonia social. No caput do artigo 5º, a Constituição anuncia os principais direitos fundamentais do ser humano constando entre eles a liberdade e a segurança. No item II, especifica,

² O artigo 4. da Declaração exprime no idioma original: “la Liberté consiste à pauvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.”

porém, que o limite da liberdade é a lei³, valer dizer a ordem jurídica ou o controle social legal, fundado, é claro, nos valores normativos e vinculantes ditados por ela e fruto da diversidade existente na sociedade brasileira.

Denota-se que um dos instrumentos formais de controle social, estabelecido na Carta Federal como o escopo de afiançar a toda coletividade segurança e liberdade, é a prisão, quer como medida processual, quer como pena. Neste último sentido ela aparece no artigo 5º, XLVI, logo na primeira alínea, a, como uma entre várias opções de sanção penal. Embora a Constituição evidencie não se tratar de *numerus clausus* as sanções ali definidas são as que ela destacou como mais importantes. A prisão aparece como medida processual nos denominados mandamentos constitucionais criminalizadores, imposições de conteúdo prescritivo que têm por escopo a proteção penal para os direitos fundamentais, estabelecendo um tratamento mais gravoso para delitos que os atinjam (BARROS LIMA, 2012, p. 144). A inafiançabilidade expressa do racismo, da tortura, dos crimes hediondos, dos delitos praticados contra a ordem constitucional e o estado democrático, entre outros (ver incisos XLII, XLIII e XLIV) comprovam a opção constitucional extrema pela operacionalização da privação de liberdade como meio processual de garantia social. É claro que o sistema, de há muito, estabeleceu as prisões processuais como medidas excepcionalíssimas destinadas para determinados níveis de crime e criminalidade onde não bastem outros controles, ou seja, quando a “ordem pública”, compreendida por coexistência de liberdades, for fortemente violentada, como em determinados homicídios, um atentado armado à democracia, uma lesão grave motivada por intolerância racial ou religiosa ou um estupro real de uma criança (ver neste último caso a prescrição do artigo 127, § 4º, da CF).

A segurança e a prisão – esta última como um dos mecanismos realizadores da primeira –, não deixam de integrar os direitos fundamentais das vítimas ou/e das potenciais vítimas. É que quando a Constituição enuncia, por exemplo, o direito à vida (CF, art. 5º, caput) há na prescrição um direito a uma ação negativa (abstenção) do destinatário, ou seja, o indivíduo tem, em face do Estado, um direito que este não o mate; mas não é só, há, para além, um direito a uma ação positiva (fazer), vale dizer: o indivíduo tem, em face do Estado, um direito a que este proteja sua vida contra intervenções de terceiros (ALEX, 2008, p. 195). Este último direito é chamado por Alex “direito a ações positivas” e pode ser dividido em dois grupos: i) direito a uma ação fática, e ii) direito a uma ação normativa. No exemplo dado, se somos titulares do direito fundamental a vida, o Estado

³ “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

é obrigado a encampar políticas públicas destinadas à salvaguarda deste direito através de ações positivas (v.g. política de desarmamento, de redução de conflitos, campanhas publicitárias etc.) reduzindo as possibilidades de terceiros violarem o direito fundamental. Aqui temos um direito a uma ação fática. Entrementes, há mais, há uma obrigação estatal de criação e/ou manutenção de normas, que pode e deve se dar através, também, de normas penais (v.g. homicídio doloso e culposos, induzimento, instigação e auxílio ao suicídio, latrocínio, extorsão mediante sequestro seguida de morte etc.), trata-se do direito a uma ação normativa (ALEX, 2008, p. 203).

Denota-se, assim, a completa vinculação da liberdade à segurança observada a ordem jurídica traduzida no Estado Democrático pela lei:

Em sentido amplo a liberdade seria a capacidade de fazer e não fazer tudo legalmente permitido. Em outras palavras, é o direito de todos a organizar, nos termos da lei, a sua vida individual e social de acordo com as suas próprias escolhas e convicções. A segurança, ao seu turno, seria a ausência de distúrbios que restrinjam ou limitem a liberdade para além do razoável. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 13).

Os direitos a ações normativas, pois, são direitos fundamentais “a atos estatais de criação de normas”. Se somos titulares de direitos fundamentais, o direito à proteção através das normas penais é um direito desta espécie na linha defendida por Robert Alex (ALEX, 2008, p. 203-5). Por exemplo, se a liberdade é um direito fundamental, há um direito nosso a ações normativas estatais que devem criminalizar um amplo espectro de infrações como, por exemplo, a ameaça, o constrangimento ilegal, o sequestro, a extorsão mediante sequestro, o roubo, o estupro etc.

A esse direito, mas com especificações próprias e posituação implícita e expressa na Constituição Federal, chamo de imposição constitucional de conteúdo que tanto restringe os processos de descriminalização, como determina criminalizações e/ou recrudescem o tratamento penal (vide BARROS LIMA, 2012). A Carta Constitucional, *densificando* determinados bens jurídicos, considerados, axiologicamente, os mais relevantes, impede, em um primeiro momento, que o legislador, instituindo leis descriminalizadoras (*abollitio criminis*), retire deles, quanto às ofensas mais significativas, a proteção penal (não é possível, por exemplo, a descriminalização do homicídio). A tal imposição denomino de imposição constitucional criminalizadora de conteúdo impeditivo. Por outro lado, a mesma Carta, traçando uma série de ordenações criminalizadoras, determina, expressamente, a proteção penal para alguns comportamentos lesivos a esses bens ou estabelece um tratamento mais gravoso para crimes já existentes (v.g. racismo, tortura, crimes

hediondos). Tal imposição, chamada de cláusulas constitucionais de criminalização intitulado de imposição constitucional criminalizadora de conteúdo prescritivo.

2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Se o direito a ações normativas é, segundo meu aviso, indiscutível, é inescandível, por outro lado, a incontestabilidade do devido processo legal como garantia da Constituição a todos nós em nome, fundamentalmente, da liberdade. As regras previstas no artigo 5º, LIII, LIV e LV explicitam que qualquer pessoa somente será privado de sua liberdade ou terá seus direitos restringidos através de um processo regido pela lei, por meio de um juiz natural, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

As regras do devido processo legal, na seara criminal, encaminham para a constitucionalidade implícita da audiência de custódia. Além da Constituição firmar que a prisão só pode ser realizada nos casos em que a lei admite o flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial (LXI), ela estabelece, também, que a prisão deve ser comunicada imediatamente ao juiz (LXII) e que o preso deve ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, assegurando-lhe advogado (LXIII), a identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (LXIV), sendo certo que ilegal, será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (LXV), não podendo ninguém ser levado à ela ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (LXVI).

Parece-me, pois, que sequer seria necessário invocar o controle da convencionalidade neste caso, embora reconheça que as diretivas do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, no seu artigo 9, são mais incisivas e, notadamente, expressas quanto à imposição da audiência de custódia:

1. **Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente.** Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.
2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.
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.

4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à repartição. (grifo nosso)

Não é demais realçar, que o Pacto, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, foi promulgado, entre nós, após aprovação do Congresso Nacional, pelo Decreto 592 de 06 de julho de 1992, vigorando, portanto, desde 07 de julho do mesmo ano quando foi publicado o Decreto.

Assim, não se justificavam as críticas endereçadas ao Conselho Nacional de Justiça pela regulamentação administrativa destas audiências, mesmo porque o Pretório Excelso já havia reconhecido o ingresso no nosso sistema da necessidade de apresentação presta de qualquer pessoa presa à presença de um juiz (vide ADI 5240 e ADPF 347).

De todo modo, em 2019, a Lei 13.964 de 30 de dezembro, dando nova redação aos artigos 287 e 310 do Código de Processo Penal, não deixou dúvidas sobre a legalidade e a necessidade da audiência de custódia como direito ao devido processo legal do indivíduo preso processualmente por uma infração penal. Algumas controvérsias, entretanto, permaneceram e é o que veremos a seguir.

3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, AUTODEFESA, DEFESA E FISCALIZAÇÃO DA PRISÃO E DA INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DO PRESO

A prisão, notadamente a processual, quando a culpabilidade ainda não se estabeleceu com o grau de certeza da coisa julgada, é, como cediço, medida excepcionalíssima, especialmente porquanto afeta a liberdade, um dos direitos fundamentais de maior grandeza. A lógica, portanto, da necessidade de realização e da imediatidade da audiência de custódia diz respeito, antes de mais nada, a verificação da legalidade e da imprescindibilidade da prisão processual, a qual somente se impõe, inclusive, se outras medidas cautelares não bastarem (ver CPP, art. 310, II).

Nessa senda, é fundamental compreender a audiência de custódia como o meio mais presto para o primeiro exercício do direito fundamental de defesa individual, afinal o preso terá a

possibilidade de, perante um juiz, imparcial e independente do órgão que a executou ou decretou⁴, questionar a legalidade da prisão processual⁵ e esclarecer todos os fatos pertinentes e correlatos aquela, sem prejuízo, é claro, da possibilidade do silêncio como consectário do princípio *nemo tenetur se detegere* e da imprescindível participação da defesa técnica através de advogado ou defensor público. Neste último aspecto, é importante que se diga, a atuação da defesa técnica deverá ter como ponto principal a (i)legalidade da prisão e as condições de dignidade do preso. A audiência de custódia não é lugar para instrução processual, embora seja admissível, havendo os requisitos legais e compatibilidade com o procedimento, o oferecimento da denúncia e o seu recebimento na sequência, para só então se proceder com a citação do réu na própria audiência. Seria, em tese forte, imprudente, em seara em que está em jogo a liberdade individual, a defesa técnica naquele instante, devendo o advogado postular para realização deste ato em momento posterior com os cuidados que exige uma boa defesa.

Nos tribunais, se um dos desembargadores ou ministros decretam a prisão, cabe a outro a audiência de custódia. O magistrado que a preside não pode ter poderes limitados quanto à análise da prisão e, ainda que seja designado para o ato, quando os tribunais forem competentes, terão que ser independentes e imparciais pois no ato da audiência, sob a oxigenação dos depoimentos de viva voz é que se aferem todo conjunto fático e a (i)legalidade da prisão e se toma, de imediato, a decisão, máxime quando for necessária a soltura.

É indiscutível que há maior necessidade de controle nas prisões em flagrante, entretanto, a audiência de custódia se impõe em qualquer tipo de prisão processual, flagrante, temporária e preventiva, bem como quando da prisão para cumprimento da pena privativa de liberdade. Compreendemos sua necessidade mesmo para a prisão civil do devedor de alimentos. O dissenso, aqui, diz respeito a necessidade de outro juiz realizar a custódia, quando um magistrado a decreta. Essa é concepção consentânea com os tratados e decisões internacionais já referidas. No Brasil, o Código de Processo Penal prevê a necessidade de audiência de custódia para prisão preventiva e temporária (vide art. 287), embora firmando que o juiz que expediu o mandado deve realizar a

⁴ A Corte Europeia de Direitos Humanos – CEDH, fixou que a autoridade que preside a audiência de custódia deve ser imparcial e independente do órgão que determinou a prisão processual da pessoa e também que deve realizar o ato sem demora (vide *Vuolanne v Finlândia* (265/1987, 07 de abril de 1989, Relatório da Comissão de Direitos Humanos {A/44/40}, 1989 e *Chahal v Reino Unido*, CEDH – Sentença de 15 de novembro de 1996).

⁵ A Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas – ONU estabeleceu que o direito de questionar a legalidade da prisão aplica-se a todas as pessoas privadas de liberdade (Vide CDH, Comentário Geral 8, artigo 9 - Compilação dos Comentários Gerais e das Recomendações Gerais adotadas pelos Órgãos dos Tratados de Direitos Humanos ONU, Doc. HRI/GEN/1// Rev. 1 at 8 {1984}, par. 1).

audiência. O CNJ, inclusive, em decisões que interpretam o art. 13, de sua Resolução 213/2015, já estabeleceu que a audiência deve ser feita pelo Juízo que ordenou a prisão. Ao nosso aviso, tal qual como ocorre com o “juiz das garantias”, melhor e cumprindo as diretrizes internacionais (vide acima a nota 4) que outro magistrado a fizesse. Não nos convence o argumento de que se assim fosse estaria se estabelecendo regra de revisão, somente possível as instâncias superiores. Primeiro, porquanto, na atual quadra com os mutirões, substituições, plantões, designações, por inúmeros motivos, juízes que ingressam modificam, de ofício ou a pedido, posições anteriores dos seus colegas, segundo, e mais importante, a análise por um magistrado, independente em relação àquele que decretou a ordem e que está diante da fala presencial do preso consubstancia, com muito mais propriedade, a certeza fática do ocorrido.

A verificação da legalidade como primeiro momento da audiência de custódia, não diz respeito somente da revisão procedida pelo juiz sobre os pressupostos e requisitos da prisão processual, mas, também, do respeito aos direitos e às garantias constitucionais da pessoa presa, máxime sua integridade física e moral. Aos magistrados não cabe, tão só, prolatar decisões e sentenças, mas assegurar que os procedimentos sejam administrados de modo justo e percebidos como justos. Na audiência de custódia deve o juiz, ainda que já tenha sido feito, e antes de mais nada, informar ao preso, em termos leigos, com simplicidade, as bases legais e factuais de sua prisão, possibilitando o exercício da defesa. É fundamental, portanto, que a pessoa saiba a substância de sua prisão mesmo para os casos em que estejam sendo ameaçadas a ordem democrática e a “segurança nacional” (COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS – ONU, 1997, par. 13).

É preciso aos magistrados a máxima atenção para a possibilidade do(s) preso(s) e/ou testemunhas terem sido vítimas de tortura e maus tratos. Neste caminho as autoridades responsáveis pela prisão não devem permanecer no momento da entrevista (interrogatório/depoimento) do preso e das testemunhas e qualquer manifestação sobre maus tratos e torturas deverá ser investigada, inclusive com avaliação mais detalhada em Exame de Corpo de Delito e encaminhamento obrigatório da notícia consoante dispõe o artigo 40 do Código de Processo Penal.

Note-se que a Carta Constitucional de 1988 pautou, como imposição constitucional criminalizadora de conteúdo prescriptivo ao legislador ordinário, uma série de cláusulas que definem condutas ofensivas a bens jurídicos considerados, expressamente, relevantes. A imposição em espeque organiza estas cláusulas hierarquicamente, por considerações axiológicas, demonstrada

até por sua situação topológica na Constituição. Há, sem dúvidas, uma primazia para as definidas nos incisos do artigo 5º, pois inseridas como garantias individuais e coletivas, normas péticas, portanto, não podendo ser suprimidas via reforma. Entre elas, há a determinação expressa para criminalização e recrudescimento penal da tortura, *verbis*:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

A tortura só foi criminalizada no Brasil após a determinação da imposição constitucional acima destacada, exatamente com a edição da Lei 9.455, de 07 de abril de 1997, que estabeleceu os tipos objetivos do delito. A opção do legislador revela a gravidade criminosa e tal aspecto ressalta a importância da verificação de eventual materialização delitiva nas audiências de custódia, não só como garantia da dignidade humana, mas, também, como garantia que o(s) interrogatório do(s) preso(s) e os depoimentos das testemunhas tenham sido dados e apresentados livremente, e não obtidos por meios coercitivos o que confere uma observação da própria confiança das entrevistas e, ao fim e ao cabo, das próprias instituições.

4 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E PRESENÇA FÍSICA DO JUIZ: À GUIA DE CONCLUSÃO

É certo que os juízes exercem uma parcela do poder e, embora não percam sua condição de servidor público, eles são agentes políticos, expressão da soberania estatal, intérpretes jurídicos da Constituição e não tecnocratas, “a exercer, como autômatos, a mera subsunção da norma ao fato” (NALINI, 1992, p. 2). Os concursos públicos, seu modelo, os candidatos advindos de vários serviços de governo e especializados em resolver provas e não conflitos, têm trazido uma concepção apegada da magistratura e o próprio CNJ, ainda que pretendendo resolver o grave problema da demora na prestação jurisdicional, acabou por implementar um modelo fordista de justiça, onde os números valem muito mais que a qualidade. Esses e outros aspectos somados a tecnologia que alcançamos no mundo virtual, tem produzido uma concepção equivocada de “modernidade”. No ponto que interessa, as audiências através das plataformas na internet se disseminaram, mormente com a crise produzida pela pandemia e na atualidade uma grande

quantidade de magistrados reivindicam a utilização desse modelo como conquista tecnológica que permite rapidez e eficiência na condução dos feitos.

Não há objeções as audiências ditas “virtuais” para as partes plenamente capazes, representadas e acompanhadas por seus advogados, para casos mais burocráticos do direito civil, trabalhista, administrativo, mas não nos convence a possibilidade da utilização das plataformas na internet para os episódios em que envolvem interesses de menores, de pessoas hipossuficientes e, fundamentalmente, de pessoas presas. Ora, se o objetivo das audiências de custódia é assegurar a legalidade da prisão e, assim, a possibilidade excepcional de relativizar o direito fundamental à liberdade, além de todo procedimento destinado a averiguação de tortura e maus tratos, não se enxerga como se fazer a distância, estando o magistrado por detrás da tela de um computador, não presente nesse momento em que o indivíduo, ainda que assistido por um advogado, tem sua liberdade retirada por força do poder estatal e mais que nunca carece da atuação de um agente estatal independente, imparcial e plenamente capaz de aferir se a prisão se sustenta e se ao preso foram asseguradas todas as garantias legais.

Não obstante o ganho de tempo e até a produtividade com as “audiências virtuais”, não se pode perder de vista que um dos problemas deste modelo é a distância, a frieza na relação entre os participantes, isso para não falar na natural acomodação por trás da tela, com distração consequente e acontecimentos bizarros já presenciados por todos nós

Faz-se necessário, deste modo, o contato direto e pessoal do magistrado com o preso, para, de viva voz, ouvir seu relato, examinar a existência de maus tratos ou tortura, ainda que, por medo, receio ou qualquer outro temor, ele não faça menção a existência destas práticas espúrias. A presença física do juiz carrega um simbolismo enorme que em si já se traduz em eficácia para imposição de respeito, seriedade e crença no funcionamento da audiência e em suas finalidades, sobretudo quando empregado a ritualística ou liturgia necessária (LÉVI-STRAUSS, 1990).

O contato pessoal e presencial do magistrado serve, ainda, para demonstrar que ele é um ser humano submetido as mesmas contingências do jurisdicionado, porém que optou pela missão de julgar e, assim, precisa resolver de frente os conflitos que lhes são apresentados, notadamente o conflito criminal, porquanto o Direito Penal e mesmo o Processo Penal são os mais fortes instrumentos de controle social de que se vale o Estado, pois a prisão, como meio utilizado por eles, caracteriza-se como a mais severa intervenção na liberdade do indivíduo. A legitimação do

Direito Penal, não há dúvidas, passa pela necessária observação do procedimento e, como se disse, que seja justo e pareça justo.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROS LIMA. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva: 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Comentário Geral 8, artigo 9 - Compilação dos Comentários Gerais e das Recomendações Gerais adotadas pelos Órgãos dos Tratados de Direitos Humanos ONU**. Doc. HRI/GEN/1// Rev. 1 at 8 {1984}, par. 1.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos. **Doc. ONU CCPR/C/79/Ad.85**. Sudão, 19 de novembro de 1997, par. 13.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Vuolanne v Finlândia** (265/1987, 07 de abril de 1989, Relatório da Comissão de Direitos Humanos {A/44/40}, 1989 e Chahal v Reino Unido, CEDH – Sentença de 15 de novembro de 1996).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador**. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf. Acesso em: 10 set. 2015.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Filosofia Política** 2, Porto Alegre: L&PM, 1985.

CUNHA, Antônio Geraldo. **Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

DEFOE, Daniel. **Robinson Crusoe**. London: Penguin, 2003.

FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição. “Constituição e Crime”: Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss: sinônimos e antônimos**. Instituto Antônio Houaiss. São Paulo: PubliFolha, 2013.

LÉVI-STRAUSS, Claude. C. L’efficacité Symbolique. **Anthropologie Structurale**. Paris: Plon. 1990.

NALINI, José Renato. O Juiz e suas Atribuições Funcionais. Introdução à Deontologia da Magistratura. *In*: NALINI, José Renato, Coord. **Curso de Deontologia da Magistratura**. São Paulo: Saraiva, 1992.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS - adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966. Promulgado, após aprovação do Congresso Nacional, pelo Decreto 592 de 06 de julho de 1992.