

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL – UNIBRASIL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JORGE RAFAEL MATOS

**PRISÃO PROCESSUAL PENAL: UMA LEITURA A PARTIR DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

CURITIBA

2020

JORGE RAFAEL MATOS

**PRISÃO PROCESSUAL: UMA LEITURA A PARTIR DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL como requisito parcial à obtenção de título de mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Allana Campos Marques Schrappe
Co-orientador: Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska

CURITIBA

2020

DEDICATÓRIA

“Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira, desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados”. Ulysses Guimarães“

AGRADECIMENTOS

Esta pesquisa não foi feita apenas por mim, mas por todos aqueles que me deram suporte de alguma forma. Assim é imprescindível nomeá-los e agradecê-los pelo suporte incondicional.

Ao William que suportou todas as minhas ausências e viagens sem colocar impecílios ou defeitos.

A minha mãe pelos conselhos e encorajamento para perseguir os sonhos até o fim.

A Francieli e a Val pela profunda compreensão e suporte das ausências e contornos na agenda.

Aos meus orientadores prof. Allana, pela dedicação e tempo dedicados à leitura e correção desta pesquisa; e ao prof. Marcos Maliska pela segurança dada.

Ao Programa de Pós Graduação em Direito do Unibrasil por proporcionar o ambiente acadêmico próspero e incentivador à pesquisa. Em especial ao prof. Bruno, que na qualidade de coordenador sempre fez tudo ao seu alcance para melhor condução dos trabalhos.

Também agradeço à Rafaela da secretaria, pois sem ela os mistérios administrativos da pós-graduação não teriam se desvanecido.

A todo o corpo docente do PPGD do Unibrasil por compartilhar incondicionalmente seus conhecimentos conosco acadêmicos.

À Univille, instituição na qual trabalho, pela compreensão das ausências e flexibilização das tarefas.

E finalmente, também quero agradecer a CAPES pelo suporte financeiro durante o mestrado e pelo incentivo na realização do Mestrado Sanduíche realizado na Universidade de Talca no Chile.

RESUMO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e posteriormente com a adoção de pactos e tratados internacionais de direitos humanos, estes passaram a ser fonte jurídica de parâmetros para procedimentos criminais. Ficam evidenciados os direitos fundamentais, especialmente os de devido processo legal, ampla defesa, contraditório, dignidade da pessoa humana. Contudo, observa-se que a legislação infraconstitucional e as práticas forenses não visualizam a norma soberana como razão de decidir. Nesta linha surge a problemática desta pesquisa quanto ao descumprimento por parte da legislação processual penal dos direitos fundamentais da CRFB/88 e dos direitos humanos adotados pelos pactos internacionais em relação aos procedimentos para prisão e a manutenção desta sem a necessidade de se ouvir o acusado. O questionamento que impulsiona a pesquisa então é: como se dá a violação dos direitos fundamentais ao deixar de se analisar as razões do acusado para a manutenção de sua liberdade durante a audiência de custódia? A metodologia utilizada é qualitativa de caráter exploratório, com as técnicas bibliográfica e documental. O objetivo geral do estudo é analisar criticamente a legislação vigente e as práticas judiciárias quando da tomada de decisão pela manutenção ou não de uma prisão. Os objetivos específicos envolvem compreender a legislação posta e suas origens; estudar as regras internacionais para este procedimento ratificadas pelo Brasil e por fim, identificar as ofensas aos direitos fundamentais que a sistemática atual causa já se destacando as inovações da Lei 13.964/19. O estudo favorece a confirmação de que é necessário e urgente a reformulação dos procedimentos penais, em especial quanto aos mecanismos voltados à tomada de decisão para a supressão da liberdade, visto que o Estado Brasileiro já sofreu condenações por omissões nesta área.

Palavras-chave: direitos fundamentais; Código de Processo Penal; Tratados internacionais; prisão processual; audiência de custódia

ABSTRACT

With the promulgation of the 1988 Federal Constitution and later with the adoption of international human rights pacts and treaties, these became a legal source of parameters for criminal proceedings. Fundamental rights evidenced especially those of due legal process, wide defense, contradictory, dignity of the human person. However, it is observed that the infraconstitutional legislation and forensic practices do not see the sovereign rule as a reason for deciding. In this line, the problem of this research arises regarding the non-compliance by the criminal procedural legislation of the fundamental rights of the CRFB/88 and of the human rights adopted by the international pacts in relation to the procedures for arrest and the maintenance of this without the need to hear the accused. The question that drives the research then is: how does the violation of fundamental rights occur when failing to analyze the accused's reasons for maintaining his freedom during the custody hearing? The methodology used is qualitative and exploratory, with bibliographic and documentary techniques. The general objective of the study is to critically analyze the current legislation and judicial practices when deciding whether or not to maintain a prison. The specific objectives involve understanding the legislation and its origins; study the international rules for this procedure ratified by Brazil and, finally, identify the offenses against fundamental rights that the current system causes, already highlighting the innovations of Law 13.964/19. The study favors the confirmation that it is necessary and urgent to reformulate criminal procedures, especially regarding the mechanisms aimed at decision-making for the suppression of freedom, since the Brazilian State has already suffered convictions for omissions in this area.

Keywords: fundamental rights; Procedural Penal Code; international treaties; procedural prison; custody hearing.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADEPOL	Associação dos Delegados de Polícia
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AI	Agravo de Instrumento
Art.	Artigo
AGU	Advocacia-Geral da União
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
CEPPG	Coordenação de Extensão, Pesquisa e Pós-Graduação
CF	Constituição Federal
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CorteIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição a Republica Federativa do Brasil de 1988
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
EJL	Espaço Jurídico Journal of Law
EMERJ	Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
ESMPU	Escola Superior do Ministério Público da União
FMP	Fundação Escola Superior do Ministério Público
HC	Habeas Corpus
Infopen	Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias
Inc.	Inciso
INSS	Instituto Nacional de Seguro Social
MC	Medida Cautelar
OEA	Organização dos Estados Americanos
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
RE	Recurso Extraordinário
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

TJ	Tribunal de Justiça
TJMA	Tribunal de Justiça do Maranhão
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – AS PRISÕES E O SISTEMA CARCERÁRIO NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO ATUAL.	14
1.1. A PRISÃO PROCESSUAL E SEUS LIMITES.....	15
1.2. PROCEDIMENTOS PRÉVIOS À ANÁLISE DA PRISÃO PROCESSUAL ...	22
1.3. APRECIÇÃO JUDICIAL E ESPÉCIES DE PRISÃO PROCESSUAL.....	27
1.4. DADOS SOBRE O APRISIONAMENTO NO BRASIL (e medidas alternativas à prisão).....	39
CAPÍTULO 2 – O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E SEU RESPEITO AOS DIREITOS DA PESSOA PRESA COMO NORMA COGENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	49
2.1. A CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A NATUREZA DE NORMA SUPRALEGAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO..	49
2.2. A NATUREZA JURÍDICA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA PENAL E PROCESSUAL PENAL NO DIREITO BRASILEIRO.....	57
2.3. A ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DA COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS (CIDH) E DA CORTE DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH) EM MATÉRIA PENAL E PROCESSUAL PENAL	64
2.4. AS SANÇÕES SOFRIDAS PELO ESTADO BRASILEIRO NO ÂMBITO DA OEA	75
CAPÍTULO 3 – A IMPERATIVIDADE DA SUBMISSÃO DA PRISÃO PROCESSUAL AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	85
3.1. O SISTEMA PRINCIPIOLÓGICO CONSTITUCIONAL EM MATÉRIA PROCESSUAL PENAL E SUA REFERÊNCIA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....	86
3.2. A OBEDIÊNCIA AO PROCEDIMENTO COMO REFLEXO DA EFETIVIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL EM MATÉRIA DE PROCESSO PENAL	96
3.3. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	102

3.4. AS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS QUE PRIVILEGIAM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS RELATIVOS AO PROCESSO PENAL.....	113
CONSIDERAÇÕES FINAIS	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	121

INTRODUÇÃO

A concepção de aprisionar pessoas com o objetivo de puni-las por conta do cometimento de um crime é moderna. Por séculos a humanidade se baseou na aplicação de penas corporais com o fito de repressão destas práticas. Contudo, na virada do século XVIII, a prisão-pena foi transformando-se e passou a ser tida como um ato processual ou administrativo que deve ocorrer¹. Assim, logo após a captura do agente infrator, este deve ser conduzido a carceragem e lá permanecer. A pena, como resultado de um processo criminal e determinação de uma sentença, parece apenas um fator secundário.

Essa realidade descrita por Michel Foucault sobre a conversão da pena, que antes era de puro espetáculo para um procedimento administrativo, também ocorreu no Brasil. Todavia as coisas por aqui têm suas peculiaridades.

A Carta Magna de 1988 é tida como um marco na formação do Estado Brasileiro. Retirou o país das trevas da ditadura e abraçou os direitos fundamentais sedimentados em um vasto rol ao qual não se pode suprimir. Tratou-se de princípios amplos como vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade e também de questões mais específicas da área criminal para assegurar: dignidade da pessoa humana, liberdade, ampla defesa, contraditório, devido processo legal.

Contudo, a prática se mostrou um pouco distante dos preceitos constitucionais. A rigor, como defendido por alguns agentes da área, estava-se obedecendo ao Código de Processo Penal de 1941, pois mais específico e assim baliza para os procedimentos penais. Ou seja, o acusado pego em flagrante deve permanecer preso, pois assim a lei manda. A fiança não é para qualquer um. Tem *Habeas Corpus*, mas tem que seguir os procedimentos à risca. Tudo é uma questão de segurança pública.

Com isso se viu um salto de 507% de pessoas encarceradas entre 1990 e 2013². Neste passo, por óbvio, os estabelecimentos penais não tiveram a mesma taxa de crescimento no número de vagas. Assim, as prisões brasileiras literalmente amontoam gente. Forma pela qual a segregação tornou-se um procedimento, na prática, meramente administrativo.

¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, p. 16.

² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório de Gestão*, 2017, p. 11.

Claro que a legislação brasileira não é apenas barbárie. Ao longo dos anos 1990 e 2019 houve inúmeras alterações legislativas para contemplar os direitos fundamentais e tentar reduzir o número de prisões. O flagrante não mantém por si só a pessoa presa. Fomentou-se a concessão de fiança. Surgiram as medidas cautelares diversas da prisão.

Também, o Brasil como membro da comunidade internacional, ratificou e se submeteu a diversos pactos e tratados internacionais que tratam da temática. Inclusive, por conta disso, o país sofreu algumas condenações no âmbito externo por não dar cumprimento àquilo que se comprometeu. Nas apurações notou-se que a condução de investigações é falha e como consequência alguns são indevidamente encarcerados enquanto outros nem chegam a ser investigados devidamente.

Assim para cumprir as promessas democráticas da CRFB/88 é incumbido ao Poder Judiciário averiguar as condições em que se dão uma prisão, a necessidade desta e também a possibilidade de substituição da segregação. Em um devido processo legal, em que se garante igualdade às partes, o juiz ouviria o que todos têm a dizer para poder decidir. Entretanto, essa sistemática ainda é muito tímida. A praxe, pelo menos até a implementação das audiências de custódia pelo CNJ e a recentíssima Lei 13.964/19 chamada de “Pacote Anticrime”, era que o magistrado tomasse sua decisão exclusivamente com os elementos acostados aos autos pela autoridade policial e analisar eventualmente os pedidos do Ministério Público. O acusado não era ouvido e poderia assim permanecer preso.

Nessa lógica, o Poder Judiciário contempla a determinação da constituição de fundamentar suas decisões. Não obstante, como a análise se dá apenas em elementos produzidos por uma das partes do processo, aparenta que a fundamentação é apenas uma praxe para justificar o encarceramento, o qual não é ponderado sob os princípios constitucionais.

Ao se analisar a legislação, no entanto, esta prática não deveria ocorrer no Brasil desde pelo menos 1992, quando da promulgação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Está determinada a apresentação sem demora do preso à presença de um juiz. Ou seja, há um largo distanciamento entre norma e prática. Encara-se a prisão no Brasil como consequência natural da acusação da prática de ilícitos e o acusado não precisa se manifestar, pois, obviamente, fará tudo para manter-se em liberdade.

Sob esta ótica é que se desenvolverá a presente pesquisa. Primeiramente se busca analisar a legislação pátria relativa à prisão processual, já se incorporando as alterações legislativas de dezembro/2019. Para tanto se percorre pelo estudo das razões para segregação cautelar de uma pessoa. Tentando-se compreender sua origem e aplicação até os dias atuais e como se dá uma fundamentação para esta prática. Busca compreender qual deve ser técnica empregada para a boa fundamentação, ou seja, aquela que contemple os direitos fundamentais.

Na sequência estudar-se-á como a autoridade policial conduz a situação da prisão em flagrante e os procedimentos adotados, visto que são estes os elementos estruturantes cujos são tomados por base para decisão do Poder Judiciário. Assim passar-se-á a tratar das espécies de prisão provisória existentes no Brasil e como o Poder Judiciário faz sua análise. Ao final do primeiro capítulo discorrer-se-á sobre os dados das prisões e as alternativas legais ao encarceramento, visto que os números reunidos pelo Infopen são alarmantes e requerem um posicionamento.

No segundo capítulo se investigará os pactos internacionais ratificados pelo Brasil e sua validade jurídica no direito interno. Além disso, debaterá acerca das possibilidades de sanções e as discrepâncias apontadas por estes órgãos externos sobre as investigações e práticas penais no Brasil, ao se conceber a proteção aos direitos humanos como norma cogente no ordenamento jurídico pátrio.

Assim se examinará a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos e sua exigibilidade interna. Estudar-se-á o funcionamento dos órgãos supervisores destes pactos e como se dá a aplicação de sanções, exemplificando-as e demonstrando as fragilidades dos procedimentos brasileiros.

Por último buscar-se-á fazer uma análise da causa e da justificação para que, tanto no sistema internacional como agora na sistemática brasileira, seja obrigatório a apresentação de um cidadão preso ao qual se imputa a prática de um ilícito à autoridade judiciária. Investigar-se-á por intermédio dos direitos fundamentais de ampla defesa, contraditório, devido processo legal e presunção de inocência porque se determina que o magistrado deva durante uma audiência com o acusado analisar os argumentos contra e a favor de sua prisão.

Destarte, a pesquisa visa explorar as razões da necessidade constitucional de se observar irrestritamente os direitos fundamentais daqueles aos quais se pretende retirar a liberdade, perpassando-se pela legislação infraconstitucional e a visão internacional desta sistemática.

CAPÍTULO 1 – AS PRISÕES E O SISTEMA CARCERÁRIO NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO ATUAL.

É o Código de Processo Penal³ de 3 de outubro de 1941 que regulamenta todo o devido processo legal penal no Brasil. Ademais, estabelece e elenca as possibilidades de prisão processual, sendo essa a restrição de liberdade que é decretada pela autoridade competente e que observa os requisitos legais⁴ no curso do processo.

Contudo, é imperioso se destacar que no Estado Democrático de Direito – o qual busca o equilíbrio entre a limitação do poder estatal e a concretização de direitos fundamentais – o processo penal deve ser um instrumento, não só para a persecução penal, mas para a construção de um projeto constitucional de vida digna⁵. Ou seja, o processo penal também deve ser uma ferramenta ativa na concretização dos direitos fundamentais.

O atual CPP conta com 71 anos de validade e aplicação. Sua criação, em pleno Estado Novo inaugurado por Getúlio Vargas, se deu por base nos reajustes de interesses implementados pelo regime, alterando o alvo de tutela do indivíduo para a coletividade, a qual seria a totalidade dos indivíduos⁶. Isso significa dizer que a norma processual desvaloriza o indivíduo em prol de uma “proteção à coletividade”. Entretanto, Silva ilustra que este movimento

[...] apresenta um enfoque marcadamente autoritário, que pode ser constatado em várias de suas disposições, notadamente nas referentes às prisões provisórias, cuja aplicação automática dispensava, em certas hipóteses, qualquer justificativa assentada em razão de cautela.⁷

Isto posto, clarifica-se que esta legislação não desempenha sozinha todos os aspectos de um processo penal justo, correto e em sintonia com os direitos

³ Na sequência será tratado apenas como CPP.

⁴ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; DE MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, p. 189-224, 2017, p. 206.

⁵ CASARA, Rubens. **Prisão e liberdade**. 1ª ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014, p. 7.

⁶ ROLIM, Rivail Carvalho. Estado, sociedade e controle social no pensamento jurídico-penal no governo Vargas - 1930/1945. Passagens. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, v. 2, n. 5, p. 69-88, 2010, p. 75.

⁷ SILVA, Bruno César Gonçalves da. Uma vez mais: da garantia da ordem pública como fundamento de decretação da prisão preventiva. **Boletim Jurídico (Uberaba)**, Uberlândia, v. 134, n.134, p. 01-04, 2005, p. 1.

fundamentais. Portanto, sua leitura deve ser realizada em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁸, vez que esta:

representa uma abertura democrática em sede processual, consagrando um sistema eminentemente acusatório. No entanto, continua irrealizada sua promessa acusatória, uma vez que nosso sistema processual penal ainda é animado por uma doentia ambição de verdade, que se recusa a arrefecer. Em nome da insaciável busca, permanece imperando um processo penal do inimigo, cujo sentido consiste na obtenção da condenação a qualquer custo.⁹

Apesar das alterações que ocorreram no processo penal brasileiro, buscando aproximá-lo da constituição, não houve a transformação do sistema em algo puramente acusatório¹⁰. Necessitando-se, portanto, de um constate amparo de outros instrumentos mais democráticos e atuais.

Neste mesmo sentido, o Brasil buscou sua integração internacional ao passo que internalizou vários pactos e tratados que buscam a proteção dos direitos humanos. Desse modo, surgiram novos paradigmas para a leitura do processo penal, especialmente no tocante ao poder estatal suprimir a liberdade do indivíduo.

1.1. A PRISÃO PROCESSUAL E SEUS LIMITES

A CRFB/88 toma como direito fundamental o direito à liberdade do indivíduo. Tal prerrogativa, no campo do processo penal, significa o direito positivo de se dirigir a qualquer lugar, longínquo ou próximo, ou então o direito de evitá-lo¹¹. Significa isto que a liberdade deve sempre ser privilegiada, enquanto o aprisionamento tem de ser cauteloso.

Ou seja, “a prisão é a manifestação mais grave de ingerência estatal na liberdade das pessoas. Por “prisão” [...] entende-se a privação da liberdade, a impossibilidade, por obra do Estado, do exercício da livre deslocação física”¹².

O conceito de aprisionamento do delinquente é moderno e intensificou-se no século XVIII. Segundo Michel Foucault, o objetivo do aprisionamento era causar um

⁸ Na sequência será tratada apenas como CRFB/88.

⁹ ROSA, Alexandre Morais da, e KHALED JR, Salah H. **In dubio pro hell**: profanando o sistema penal. 3. ed rev. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018, p. 23.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 16ª ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p.54.

¹¹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução António Francisco de Sousa, António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 197.

¹² CASARA, Rubens. **Prisão e liberdade**. Organizadores: Marcelo Semer, Marcio Sotelo Felipe. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014, p. 32.

choque terrível ao condenado, que desta forma tornar-se-ia livre de más influências e poderia se redescobrir. Assim, reforma-se a moral do sujeito e, como resultado, pode-se dar-lhe uma profissão. A prisão, diante disso, é tida como um espaço entre dois mundos: do crime à virtude, restituindo ao Estado os cidadãos que perdera¹³.

Atualmente, o sistema ainda se baseia nas mesmas premissas que datam 300 anos. A partir delas foram criados diversos estabelecimentos para restringir a liberdade do indivíduo, quais têm como objetivo “alojar pessoas presas, quer provisórios, quer condenados, ou ainda aqueles que estejam submetidos à medida de segurança”¹⁴.

Segundo a Lei de Execuções Penais, n.º 7.210/84, os estabelecimentos penais se destinam a quatro grupos: ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso¹⁵. Sendo a penitenciária destinada aos condenados à pena de reclusão em regime fechado; a colônia agrícola ao cumprimento da pena em regime semiaberto; a casa de albergado ao cumprimento do regime aberto e da limitação do final de semana¹⁶.

Ademais, há estabelecimentos auxiliares, sendo esses: o centro de observação para a realização de exames em geral; o hospital de custódia e tratamento para os inimputáveis e semi-inimputáveis e por fim a cadeia pública para alojar os presos provisórios que ainda não foram condenados¹⁷.

Esta configuração que culmina no sistema prisional é destinada ao encarceramento dos indivíduos que de alguma forma infringiram a lei penal e foram restringidos, por meios legais, do seu direito à liberdade. Todavia, como será analisado no item 1.4., esta estrutura é insuficiente e não respeita a própria lei que a regulamenta. Nesse passo, há um desrespeito substancial aos direitos fundamentais das pessoas condenadas ao submetê-las ao aludido sistema. Pior ainda é o quadro daqueles presos provisoriamente enquanto aguardam seu julgamento.

¹³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. Tradução Pedro Elói Duarte. Edições 70: Lisboa, 2013, p. 84.

¹⁴ HENRIQUE JÚNIOR, Moacir; COSTA, Edinamar Aparecida da Silva. Os Estabelecimentos Penais. **Idea**, v. 3, n. 1, 2012, p. 7.

¹⁵ Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso. BRASIL. **Lei nº 7.210, de julho de 1984**. Institui a lei de execução penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jun. 1984.

¹⁶ Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.; Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.; Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e dapena de limitação de fim de semana. BRASIL. **Lei nº 7.210, de julho de 1984**. Institui a lei de execução penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jun. 1984.

¹⁷ HENRIQUE JÚNIOR, Moacir; COSTA, Edinamar Aparecida da Silva; op. cit., p. 8-9.

Como exposto acima, a CRFB/88 estabeleceu como direito fundamental a liberdade do indivíduo. No entanto, este direito não é absoluto e é passível de sofrer restrições.

As possibilidades de limitação de liberdade podem dar-se de forma provisória, a qual “presta-se e tão-somente a garantir a eficácia do processo de conhecimento”¹⁸, ou de maneira definitiva para o cumprimento da pena que recebe o condenado. Conquanto, para a sua execução, ou seja, para que o sujeito seja tolhido de sua liberdade assegurada constitucionalmente, é necessária uma decisão fundamentada que decreta sua prisão. Essa necessidade surge primariamente da ordem constitucional prevista no art. 93, inc. IX da CRFB/88 que impõe:

Art. 93 Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela EC n.º 45, de 2004).

Isso significa dizer que a fundamentação é pressuposto formal para o reconhecimento da validade de todo ato decisório que emane do poder judiciário¹⁹ sem a qual não se poderá concretizar a ordem decretada. Não obstante, a partir de uma leitura constitucional, a fundamentação não pode apenas ser um objetivo formal. Essa deve ser substancial, ou seja, a fundamentação precisa se basear na contraposição dos argumentos da acusação e defesa, que requerem aceitação em patamar de igualdade para a administração da justiça.

Este dispositivo constitucional é tão imprescindível para a democracia brasileira que o STF por diversas vezes já se posicionou por sua essencialidade, sendo que a falta importa em nulidade de ordem.

Tema: 339 - Obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.
Tese: O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão

¹⁸ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Prisão Provisória: cautelaridade ou banalidade. **Revista De Estudos Criminais** n.º 03. Porto Alegre: ITEC, Notadez, 2001, p. 86.

¹⁹ LENART, André. O STF e a fundamentação do decreto de prisão preventiva. **Revista da SJRJ**, v. 15, n. 22, p. 61-80, 2010, p. 64.

sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas.²⁰

No mesmo sentido:

Habeas corpus. 2. Direito Processual Penal. 3. Tráfico de drogas. 4. Regime inicial fechado para cumprimento de pena. 5. Pedido de fixação de regime aberto. Ré primária. Circunstâncias judiciais favoráveis e fundamentação inadequada (gravidade in abstracto do delito). 6. A jurisprudência do STF consolidou entendimento segundo o qual a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto. Precedentes. Manutenção do regime semiaberto em sede de agravo regimental. 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 8. Agravo regimental desprovido.²¹

Equitativamente segue a legislação infraconstitucional que em diversos dispositivos destaca a necessidade da fundamentação judicial das decisões. Na área processual penal o CPP define no artigo 315 que “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.” (Redação dada pela Lei n.º 13.964, de 2019).

Torna-se claro que a própria legislação constitucional e infraconstitucional expressa a obrigatoriedade de fundamentação do decreto prisional. Faz-se necessário que o Poder Judiciário explicita quais são os motivos de convicção que levaram a tomada de decisão tão grave, posto que acaba ferindo um direito fundamental. Estes motivos só podem ser determinados por meio da argumentação que as partes expõem perante o magistrado.

Com desenvolvida fundamentação restam reveladas as causas que levaram o juiz a decretar a prisão. Um raciocínio lógico e hermenêutico, no qual é possível contestar, através de adequada demonstração que não se coaduna com as exposições feitas sobre o caso e, desse modo, buscar a sua revogação.

Todavia não só a decisão deve estar fundamentada, como também carece ser emitida por uma autoridade, ou, mais especificadamente, uma autoridade

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI n.º 791292 QO-RG, Relator: Min. Gilmar Mendes, Repercussão Geral – Mérito, Pernambuco 23 de jun. de 2010, **DJe n.º 149**. 13 de agosto de 2010, Ement. Vol-02410-06, PP-01289, RDECTRAB, Brasília, DF, v. 18, n. 203, 2011, p. 113-118.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n.º 175070 AgR, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Sessão Virtual, 4 de out. de 2019, **DJe n.º 226**. 17 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=226&dataPublicacaoDj=17/10/2019&incidente=5770056&codCapitulo=5&numMateria=156&codMateria=3>> Acesso em: 16 dez. 2019

competente. Segundo Telles Junior²² autoridade “é o poder que uma pessoa ou autoridade se impõe às outras, em razão de seu estado ou situação. É o poder de direito de uma pessoa, em virtude de sua especial capacidade de fato”. Isto é, somente o indivíduo que está imbuído pelo direito de poder será capaz de exarar uma decisão judicial. Por consequência, a decisão alcança sua legitimidade, tão prezada pela CRFB/88.

Modernamente, pode-se compreender que referido poderio se traduz na jurisdição, na qual se constitui verdadeiro direito fundamental do cidadão, e que em sua ausência não existe democracia²³. Busca-se também impedir distorções na manifestação do poder penal, revelando-se um contrapoder inerente à Agência Judicial²⁴.

Não obstante, a CRFB/88 teve como escopo a delimitação da autoridade em competência para decretar uma prisão. Sustenta-se no Art. 5, inciso LXI:

Art. 5º [...]

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Portanto, é a autoridade competente aquela que poderá dizer o direito em relação à prisão ou liberdade dos indivíduos. Nesta sequência, é imprescindível que aqueles atingidos por atos judiciais saibam de antemão a qual órgão se confere a idoneidade de determinar prisões. Fica claro que esta cabe exclusivamente ao Poder Judiciário²⁵.

Para que a prisão de uma pessoa ocorra há a necessidade de um conjunto de elementos jurídicos, sendo esses compostos pela decisão fundamentada que exponha seus fundamentos e uma autoridade competente imbuída de jurisdição para o caso específico. Assim somente pode o indivíduo ser cerceado de sua liberdade.

²² TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Revisão dos conceitos de autoridade, autorização, permissão, direito subjetivo e norma jurídica. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 72, n. 1, p. 109-129, 1977, p. 110.

²³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro**. In: Separata ITEC, ano 1, n.º 4, jan/fev/mar 2000, p. 1.

²⁴ CASARA, Rubens. **Prisão e liberdade**. Organizadores: Marcelo Semer, Marcio Sotelo Felipe. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014, p. 19.

²⁵ CASARA, Rubens. op. cit., p. 31.

Nesse âmbito, a discussão a respeito da prisão processual é recorrente, pois urge ponderar os direitos fundamentais do cidadão e os limites do poder estatal em suprimir estas garantias.

A prisão cautelar é uma das instituições mais polêmicas do sistema penal, constituindo, na maioria dos países, um dos problemas mais difíceis e críticos do processo penal, no qual colidem com extraordinária intensidade o interesse do Estado em garantir a efetividade do processo penal e os direitos fundamentais do acusado, em particular o direito à sua liberdade pessoal.²⁶

Em outras palavras, dentro do Estado Democrático de Direito existe uma verdadeira tensão entre a obrigatoriedade de se manter a proteção do conjunto social com a manutenção da segurança coletiva da comunidade frente ao cometimento de um fato típico, e a efetiva garantia e salvaguarda das liberdades e direitos fundamentais dos cidadãos²⁷. Não obstante, essa análise só pode ser atingida quando as partes exercitam seu poder de argumentação ante o magistrado e este sopesa os argumentos apresentados. Respeita-se assim o devido processo ao se garantir o contraditório, inclusive para o pedido ou manutenção da prisão.

Como consequência, é possível observar que a decretação da prisão cautelar é um ato jurisdicional complexo e implica em grande reflexão.

Sem embargo, não se ignora que em alguns modelos atuais de processo penal a prisão se desvirtua de suas finalidades cautelares ou preventivas, visto que não se associa, impositivamente, a um juízo de necessidade, mas apenas a um juízo de conveniência²⁸.

Assim sendo, perante a enorme dificuldade de se precisar a balança entre necessidade da prisão cautelar e conveniência da segregação é que existem mecanismos de revisão da decisão de condenação à disposição da sociedade. Pois no Estado Democrático de Direito a supressão de um direito fundamental tão sensível quanto a liberdade não pode ser unicamente pela conveniência, mas mormente pela necessidade, a qual deve ser manifesta pelo magistrado ao fundamentar sua decisão.

²⁶ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1.

²⁷ ILLESCAS RUS, Angel-Vicente. Las Medidas Cautelares Personales en el Procedimiento Penal. In: **Revista de Derecho Procesal**, 1995, nº 1, p. 103.

²⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar**. Dramas, princípios e alternativas, 4ª ed., Editora Jus Podium: São Paulo, 2018, p. 26.

Aqui surge um paradigma no processo penal, no qual é difícil dimensionar o seu transcurso e a proteção dos direitos fundamentais do cidadão. Isso é dado porque “a demora e o prolongamento excessivo do processo penal vão, paulatinamente, sepultando a credibilidade em torno da versão do acusado. Existe uma relação inversa e proporcional entre a estigmatização e a presunção de inocência”²⁹. Dessa maneira é também obrigação do Poder Judiciário, como proteção aos direitos fundamentais do acusado, a celeridade processual, naquela em que as decisões sejam tomadas dentro de um prazo legítimo para a garantia dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Em outras palavras, o processo penal deve ser resolvido em um prazo razoável, aquele “período unicamente dentro do qual pode ser levado a cabo um Processo Penal adequado ao Estado de Direito”³⁰. Principalmente quando se está segregando um indivíduo que não possui uma sentença definitiva. Todavia, a legislação brasileira não elucida o *quantum* de um processo com razoável duração.

Os pactos internacionais são similarmente genéricos sobre o assunto. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³¹ além de ditar que o processo deve ter prazo razoável, também define que não deverá haver dilações indevidas³². A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH)³³ determina que toda pessoa precisa ser julgada dentro de um prazo razoável ou então ser colocada em liberdade³⁴.

Com a leitura em conjunto dos referidos documentos internacionais, fica destacada a importância do juiz natural, independente e imparcial, somada a cabível prestação jurisdicional. Porquanto somente assim a Justiça fará coro com o bem comum.³⁵

²⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 44.

³⁰ SANTOS, Vinicius Lang dos. O direito constitucional ao prazo razoável e a duração da prisão preventiva. 2008. 138 f. **Dissertação** (Mestrado em Ciências Criminais) – PUC/RS, Porto Alegre, 2008, p. 73.

³¹ Promulgado no Brasil pelo Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992.

³² BRASIL, Decreto n.º 592 de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jul.1992. Parte III, Art. 14, n. 3.

³³ Promulgado no Brasil pelo Decreto n.º 678 de 6 de novembro de 1992.

³⁴ BRASIL, Decreto n.º 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 União**, Brasília, 06 nov.1992. Parte III, Art. 14/3. Capítulo II, Art. 7, n. 5.

³⁵ GIORGIS, José Carlos Teixeira. O prazo razoável como conceito indeterminado no Processo Penal. In: FAYET JÚNIOR, Ney; WEDY, Miguel Tedesco. (Org.). **Estudos críticos de Direito e**

Nessa toada, como será discutido mais a frente, a audiência de custódia regulamentada pela Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça e prevista pela Lei n.º 13.964/2019, impõe um prazo adequado de 24 horas para que o Poder Judiciário, depois de ouvidas as partes, decida sobre a denegação da liberdade do acusado.³⁶

Assim, compreende-se que no Estado Democrático de Direito há concessão para que um cidadão seja restringido de sua liberdade, mesmo em sede de prisão cautelar. Todavia, para que esta decisão seja juridicamente correta, isto é, em total sintonia com os direitos e garantias fundamentais previstos na CRFB/88, nos pactos e tratados internacionais, é necessário a análise de um procedimento. Este será dado através da investigação dos argumentos de ambas as partes, tanto a favor à prisão quanto contrária a ela, pelo Poder Judiciário, que a partir disso fundamentará seu veredicto.

1.2. PROCEDIMENTOS PRÉVIOS À ANÁLISE DA PRISÃO PROCESSUAL

Antes que o Poder Judiciário analise a possível decretação de prisão de um acusado, existem vários procedimentos adotados pela autoridade policial de modo a se registrar a situação e subsidiar o Ministério Público para uma eventual denúncia e consequente pedido de confinamento.

Destarte, a autoridade policial, através de um inquérito policial, investigará as circunstâncias em que se desenvolveram uma possível conduta criminosa. Seu início se dá de ofício ou por representação³⁷ e busca “averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo”³⁸.

Dito de outra forma, o inquérito policial tem por função reunir provas ou elementos que indiquem se o fato criminoso realmente ocorreu. Ademais apontar o responsável pela realização do delito. Não obstante, se ressalta que no inquérito

Processo Penal em homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 117.

³⁶ BRASIL. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Capítulo II, Art. 310.

³⁷ BRASIL. **Decreto-Lei n.º 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. 13 out. 1941, retificado em 24 out. 1941. Art. 5º.

³⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 65.

policial “a incriminação se sobrepõe à acusação”³⁹ e sua estrutura atual não contempla o contraditório.

O inquérito representa simples informação sobre o fato delituoso e também sobre a identidade do seu autor. Por isso não se sujeita ao princípio do contraditório. É inquisitivo, pois a autoridade comanda as investigações com maior liberdade de ação, não havendo um rito ou procedimento preestabelecido.⁴⁰

Sem embargo, essa concepção de que o inquérito policial apenas reúne provas, e não deve contemplar o contraditório, é imperfeita. Isso porque toda prova colhida tem caráter incriminatório e parte da doutrina e da jurisprudência criaram sobre estas provas do inquérito uma falsa presunção de veracidade, ou seja, são verdadeiras até que se prove ao contrário⁴¹. Isto gera claro desequilíbrio e prejuízo ao acusado que, não pode participar da colheita de provas no inquérito e posteriormente é obrigado a provar que as mesmas não são verdadeiras, havendo, logo, evidente desrespeito aos princípios constitucionais.

De outro modo, a autoridade policial detém todo o poder de direção do inquérito, guiando-o livremente. Indaga, investiga e pesquisa sobre os fatos e não permite a participação do acusado para contrapor as provas que encontra. Transforma o indivíduo em um objeto de estudo, ignorando a personalidade do cidadão⁴² e conseguinte as particularidades do caso. Desperdiça-se a oportunidade de resolver a questão e impede-se a concretização de direitos fundamentais.

Nesse sentido, para preencher as formalidades jurídicas da investigação, acaba-se por “empoderar” tanto o delegado, quanto os funcionários que realizam os procedimentos cartorários vez que são estes que conduzem o procedimento e estão responsáveis pela formação de culpa do acusado⁴³.

As provas do inquérito policial podem ser todas as admitidas em direito: colheita de depoimentos, interrogatórios, provas periciais, etc. Não existe um rol taxativo daquelas evidências que devem ser colhidas, tudo depende do caso.

³⁹ MISSE, Michel. A construção social do crime no Brasil: Esboços de uma interpretação. In Michel Misse (org.), **Acusados e Acusadores; Estudos sobre ofensas, acusações e incriminações**. Rio de Janeiro: REVA/FAPERJ, 2008, p. 18.

⁴⁰ NETO, Raul Godoy. O inquérito policial e os Princípios Constitucionais do contraditório e ampla defesa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 14, n. 1, p. 101-195, 2009, p. 128.

⁴¹ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit., p. 88.

⁴² RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed. Lumen Juris: São Paulo, 2009, p. 89.

⁴³ VARGAS, Joana Domingues; RODRIGUES, Juliana Neves Lopes. Controle e cerimônia: o inquérito policial em um sistema de justiça criminal frouxamente ajustado. **Sociedade e Estado**, v. 26, n. 1, p. 77-96, 2011, p. 90.

Entretanto, sempre existe a subjetividade da prova colhida, vez que as “fontes serão as pessoas que participaram direta ou indiretamente dos acontecimentos”⁴⁴ e os relatos sobre os incidentes irão depender de suas experiências de vida. Assim, as provas colhidas no inquérito policial necessitam passar por contraditório, no sentido de verificar a fidedignidade do material colhido.

Não é democrático e foge do procedimento justo a colheita de uma gama de informações sobre o acusado, a qual não se pode contrapor, e com base nela, requerer sua prisão. Tal lógica autoritária de diminuição de garantias de direitos dos acusados não implica em aumento da capacidade investigativa da polícia⁴⁵ e foge dos princípios insculpidos na CRFB/88 e nos tratados internacionais quanto a persecução penal.

Ainda neste ponto, o momento da colheita destas provas modifica substancialmente seu conteúdo. Segundo o CPP, a autoridade policial tem o prazo de 30 dias, em caso de réu solto, e de 10 dias, em caso de réu preso, para enviar o inquérito policial ao Ministério Público⁴⁶. Quer dizer, a lei oferece um prazo bastante moroso para a colheita de provas. Entretanto, estas nem sempre se conservam ao longo deste prazo.

Neste tocante, a recente Lei n.º 13.964/19 estabeleceu a ideia de “cadeia de custódia” para “manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”⁴⁷. Isso explana que só hodiernamente houve a normatização de procedimentos para conservar as provas colhidas logo após a ocorrência de um delito.

Conquanto, apesar da existência da legislação, esbarra-se em outro ponto: o efetivo policial para elucidação dos crimes. Para o desenvolvimento destas

⁴⁴ JESUS, Sérgio Nunes de. **Discurso policial: a subjetividade em Boletins de Ocorrência**. 2008. Dissertação (Mestrado em Lingüística) – Fundação Universidade Federal de Rondônia, Guajará-Mirim, RO, 2008, p. 70. Disponível em: <http://www.leffa.pro.br/tela4/Textos/Textos/Dissertacoes/disserta_181_200/Sergio_Jesus.pdf> Acesso em: 12 dez. 2019.

⁴⁵ MISSE, Michel. O inquérito policial no Brasil: Resultados gerais de uma pesquisa. **Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 3, n. 7, p. 35-50, 2010, p. 39.

⁴⁶ Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela. BRASIL. **Decreto-lei n.º 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. 13 out. 1941, retificado em 24 out. 1941.

⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Art. 158-A.

atividades técnicas faz-se necessário que a polícia investigativa conte com número adequado de funcionários para realização das mesmas. No entanto, a “falta de recursos humanos para a realização da investigação de todos os crimes que chegam ao conhecimento da Polícia Civil ou, mesmo, pelas dificuldades de comunicação entre os diferentes operadores do Sistema de Justiça Criminal”⁴⁸ acaba gerando uma exiguidade na qualidade dos resultados obtidos pelo inquérito.

Em consequência disto, dá-se

[...] margem, paradoxalmente, ao aumento do arbítrio policial e à expansão dos mecanismos informais de atuação da polícia. Nesse panorama, a existência de um Estado de Direito para amplos setores da população brasileira não se efetivou, exigindo a realização de reformas legais e institucionais que deem conta dessa problemática.⁴⁹

Desse modo fica claro que este modelo de inquérito policial fere os princípios constitucionais e os pactos internacionais, em vista que não permite ao acusado se defender, pois, o mesmo torna-se apenas um objeto de estudo. Além do que, neste modelo inquisitorial se coleta as provas na busca certa de um responsável e não para a elucidação dos fatos criminosos, dificultando-se assim o exercício de defesa, o qual é relegado à instrução criminal.

Sobrevém que os dados colhidos no inquérito policial são utilizados para requisitar a prisão do acusado, cujo, caso não passe pela audiência de custódia, fica sem poder se defender das imputações que lhe são feitas. Só toma conhecimento do seu crime na ocasião de já estar encarcerado.

Ao final do referido procedimento policial, se encaminha ao Ministério Público o inquérito para que se analise a plausibilidade das evidências recolhidas.

O *Parquet*, ao momento em que recebe o trâmite da delegacia de polícia, poderá, por norma, tomar três caminhos diferentes: oferecimento de denúncia com o pedido de prisão ou não; requisitar novas diligências à autoridade policial ou, então, requerer o arquivamento do procedimento.

A acusação é

[...] o ato típico e ordinário de iniciação processual, que assume a forma de uma petição, por meio da qual a parte faz uma declaração petítória,

⁴⁸ AZEVEDO, Rodrigo Ghiribghelli de; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. O inquérito policial em questão: situação atual e a percepção dos delegados de polícia sobre as fragilidades do modelo brasileiro de investigação criminal. **Sociedade e Estado**, v. 26, n. 1, p. 59-75, 2011, p. 62.

⁴⁹ Ibidem, p. 61.

solicitando que se dê vida a um processo e que comece a sua tramitação. No processo penal brasileiro, corresponde aos instrumentos “denúncia” (nos crimes de ação penal de iniciativa pública) e “queixa” (delitos de iniciativa privada). É, na verdade o veículo que transportará a pretensão sem deixar de ser um dos seus elementos⁵⁰

Indica, portanto, que na acusação deverão ser elencadas objetivamente quais são as condutas criminosas cometidas pelo acusado com o propósito do juiz poder analisar o recebimento ou não desta denúncia, bem como o estudo do pedido de prisão. Nessa linha, compreende-se que ao Ministério Público, em muitas vezes, cabe o papel de avaliar se há convicção nos elementos angariados no inquérito e a partir disto oferecer denúncia.

Por fim, a última das possibilidades que cabe ao Ministério Público neste tocante é o pedido de arquivamento do inquérito policial.

Se mesmo após as investigações não existirem indícios suficientes de autoria e materialidade, ou existirem de que o indiciado não é o autor do fato, o promotor requererá o arquivamento do inquérito policial que somente poderão ser desarquivados em caso de provas novas (Súmula 524 do STF) e enquanto não tiver ocorrido a prescrição da infração.⁵¹

Em outras palavras, se a investigação não logrou êxito em apresentar provas de que o acusado cometeu o ilícito penal, deverá ser promovido o arquivamento do inquérito policial.

Contudo, é importante ressaltar que o arquivamento é requerido pelo Ministério Público. O ato propriamente dito é executado pelo Poder Judiciário.

A Constituição Federal prevê como função institucional privativa do Ministério Público a promoção da ação penal pública, na forma da lei. Por conseguinte, possui o *Parquet* legitimação exclusiva para requerer o arquivamento do inquérito policial. É vedado, portanto, à autoridade policial arquivar ou requerer o arquivamento do inquérito. Tal proibição decorre do Princípio da Indisponibilidade das Informações Contidas no Inquérito e está prevista no art. 17, CPP.

Também, não compete ao juiz determinar o arquivamento do inquérito *ex officio*. A atuação do magistrado está restrita ao julgamento do pedido de arquivamento, exercendo a fiscalização sobre o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal de Iniciativa Pública.⁵²

⁵⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 104.

⁵¹ BRITO, Alexis Couto de; FRABETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 68.

⁵² SOUZA, Alberto Vitor Bezerra Araújo. **Investigação Criminal Preliminar: estado atual e tendências. Estudos em Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará**, 1.ed. Fortaleza: Macuripe, 2018, p. 87.

Destaca-se aqui que foi escopo da recente Lei n.º 13.964/19 a possibilidade de o próprio Ministério Público realizar o arquivamento do inquérito sem fazer a requisição ao Poder Judiciário. Diz o artigo 28 desta lei que caso arquivamento seja ordenado, será informado à vítima, ao investigado, e à autoridade policial. Posteriormente também será encaminhado para revisão ministerial de modo a realizar a homologação ou não do inquérito.

Entretanto, depreende-se novamente que esta situação culmina na violação de direitos e garantias fundamentais, não só do acusado, mas das vítimas também, ao não se permitir ao Poder Judiciário como único dotado de jurisdição em dizer o direito. Nessa perspectiva, este artigo foi objeto de questionamento por Ação Direita de Inconstitucionalidade 6.299 e cautelarmente foi suspensa a sua execução dado que, além violar a previsão orçamentária do Ministério Público, não houve tempo hábil para o órgão se estruturar à nova competência.

Encerram-se, assim, todos os elementos necessários na fase pré-processual com a finalidade de bem instruir sobre a forma como se deu os fatos criminosos. Todos eles são significativos para subsidiar o juiz na sua decisão de receber ou não a denúncia oferecida pelo Ministério Público e para entregar elementos suficientes que finde o parecer de decretação da prisão, ou não, do acusado.

Destaca-se também que, com base nestes elementos, poderá o Ministério Público postular a prisão do acusado demonstrado ao Poder Judiciário que as condutas perpetradas se encaixam nos requisitos de alguma das modalidades de prisão processual. No sistema atual, não se contempla a participação do acusado para a decisão judicial, o que fere de modo contundente os princípios do contraditório e da ampla defesa.

1.3. APRECIÇÃO JUDICIAL E ESPÉCIES DE PRISÃO PROCESSUAL

Imprescindível considerar que o processo passa por algumas fases e estágios antes que o magistrado venha a analisar sobre a decretação ou não da prisão do acusado: colhem-se depoimentos, produzem-se provas técnicas, enviam-se à análise do Ministério Público e somente então é que os autos irão ao juiz para apreciação.

Em caso de prisão em flagrante, é impreterível que seja realizada a audiência de custódia no prazo de 24 horas, como definido pela nova redação do artigo 310 do CPP e que foi determinado pela Lei n.º 13.964/19. Qual também definiu a necessidade da manifestação do acusado no caso do pedido de medidas cautelares. Nesse ínterim, salienta-se que estas alterações foram promulgadas em 24 de dezembro de 2019 sendo que ainda não se identificou alterações práticas na realidade processual. No entanto, a princípio, estas inovações vão ao sentido de se resguardar os direitos fundamentais dos cidadãos. Assim analisar-se-á o sistema utilizado até então no processo penal para as prisões processuais em cotejo com as novas alterações, que se frisa, são objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal.

A forma de detenção provisória mais recorrente é a prisão em flagrante, pois, conforme determina o CPP, ela pode ser efetuada por qualquer pessoa do povo e deve ser feita pelas autoridades policiais que presenciaram o cometimento de um ilícito⁵³. A CRFB/88 também menciona esta espécie em seu art. 5º, inc. LXI⁵⁴.

A prisão em flagrante perfaz uma *antecipação excepcional* de um dos efeitos da norma penal incriminadora, qual seja, a restrição à liberdade de locomoção, consubstanciando-se em um instrumento dirigido à defesa de *direitos fundamentais e bens coletivos*, cuja proteção é veiculada em um norma penal incriminadora, que estariam sendo violados ou que acabaram de ser violados.⁵⁵

Dessa maneira, percebe-se que esta modalidade de prisão é aquela que ocorre imediatamente após o cometimento de um delito e busca a repressão para prevenção geral de modo a facilitar a elucidação do fato criminoso. Conforme explica Lopes Júnior esta “não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas se destina a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar”⁵⁶.

⁵³ Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

⁵⁴ Art. 5º [...] LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

⁵⁵ SILVA, Marcelo Cardozo da. **A prisão em flagrante na constituição**. 2005. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005, p. 57. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/7316>> Acesso em: 15 dez. 2019.

⁵⁶ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit. p. 323.

Cabe evidenciar que a autorização para a execução desta medida excepcional é estar o sujeito em flagrante delito, que “é a situação, prevista na lei, de imediatidade em relação à prática da infração penal que autoriza a prisão, independentemente de determinação judicial.”⁵⁷

Segundo o CPP, o flagrante delito ocorre quando

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Ante a excepcionalidade desta espécie de prisão, devem ser preenchidas todas as formalidades legais para sua validade. Se elas não ocorrerem deverá a autoridade judicial relaxar a prisão. Na sistemática até recentemente empregada não se obrigava a apresentação do preso ao Poder Judiciário. A autoridade policial preenchia as formalidades, encaminhava o autor de prisão em flagrante para análise e, somente alicerçado nessas informações, se decidia sobre a necessidade ou não do encarceramento.

Para mais, o flagrante pode ser classificado em próprio (quando o sujeito é apreendido cometendo a infração penal), impróprio (quando há perseguição ao sujeito logo após a prática do delito), presumido (quando o sujeito é surpreendido logo após o delito portando objetos que presumam ser ele o autor de delito) e o flagrante obrigatório (que é efetuado por agentes da força de segurança pública e que devem efetuar a prisão)⁵⁸

O art. 304 do CPP descreve que quando da apresentação do preso à autoridade policial, esta irá ouvir o condutor, pegando sua assinatura e lhe entregando o termo de recibo do preso. Na sequência, procederá na oitiva das testemunhas que o acompanharem e interrogará o preso indagando-lhe sobre a imputação que lhe é feita. Importante também frisar que o CPP determina que nestes passos, deve ser lavrado termo, e, ao final, o auto⁵⁹.

⁵⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 4.ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 266.

⁵⁸ LOPES JUNIOR. Aury. **Prisões Cautelares**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 56-57.

⁵⁹ Idem. **Direito processual penal**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 331.

Entretanto, este instituto sofreu alterações significativas com a promulgação da Lei n.º 12.403/11, pois tal “lei reformula as regras sobre as *cautelares* no processo penal, e amplia o número de medidas possíveis”⁶⁰. Em respeito à prisão em flagrante fica claro que, após o juiz tomar conhecimento que alguém está preso nesta modalidade, deverá determinar o relaxamento da prisão, converter em prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança. Não é mais possível co-existir em um mesmo processo a prisão em flagrante e a prisão preventiva⁶¹.

Consequentemente, a prisão em flagrante irá existir apenas entre o cometimento do delito e a análise do juiz sobre os fatos ocorridos. Após, o acusado é posto em liberdade ou então sua prisão persistirá por decisão judicial, que irá analisar a situação fática em cotejo com a determinação legal para a conservação da reclusão. Ocorre que, na antiga sistemática, não havia a obrigatoriedade legal de se apresentar o custodiado ao magistrado para que este último apresentasse seu parecer. Simplesmente se enviava o procedimento de flagrância e o juiz, por conta própria, decidia pela implementação, ou não, de prisão ou cautelares.

Esse procedimento fere os princípios constitucionais além dos tratados e pactos internacionais de direitos humanos, pois não se oportuniza o contraditório e a ampla defesa em sede judicial. Contudo, houve progressos ao se estabelecer a realização de audiência de custódia, inicialmente por meio da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça e recentemente pela Lei 13.964/19.

Nesse passo, “a audiência de custódia humaniza o ato de prisão, permite um melhor controle da legalidade do flagrante e, principalmente, cria condições melhores para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar (inclusive temporária ou preventiva)”⁶².

Conforme será discutido no terceiro capítulo desta pesquisa, a sistemática da audiência de custódia se coaduna com a convencionalidade que deve ter o processo penal brasileiro, visto que a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) prevê a realização deste ato em seu artigo 7.5.⁶³

⁶⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas Cautelares Penais (LEI 12.403/11) Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, v. 1, n. 1, 2013, p. 265.

⁶¹ *Ibidem*. p. 266.

⁶² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 622.

⁶³ *Ibidem*, loc. cit.

Outra espécie de prisão já mencionada é a preventiva, a qual pode ser uma subsequência da prisão em flagrante. Não obstante, esta modalidade de prisão é bastante discutida, vez que

(1) A presunção de inocência não é incompatível com a prisão antes do trânsito em julgado, desde que tal prisão tenha natureza cautelar; (2) é incompatível com a presunção de inocência qualquer forma de prisão antes do trânsito em julgado, que constitua execução penal provisória ou antecipada. Em outras palavras: a prisão preventiva será legal e legítima se tiver natureza cautelar, mas não poderá constituir uma antecipação da condenação penal.⁶⁴

Assim sendo, a prisão preventiva só pode ser admitida na função de cautelar, de modo a preservar alguma situação existente no momento de sua decretação. Inicialmente tem-se que o CPP autoriza que a prisão preventiva seja decretada em qualquer momento processual, de ofício pelo juiz ou então por meio de provocação do Ministério Público, do querelante, do assistente ou ainda por requerimento da autoridade policial⁶⁵

Em outras palavras, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer momento, na fase de inquérito policial ou na instrução processual, inclusive antes do final deste. Tanto na ação pública como na privada, desde que sempre seja observado se estão preenchidos os requisitos legais e motivos autorizadores⁶⁶.

É de importância solar destacar, todavia, que o Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁶⁷ e este preconiza no art. 9º, item 3 que “a prisão preventiva de pessoas que aguardem julgamento não deverá constituir regra geral”.

À vista disso, “o primeiro pressuposto a autorizar qualquer prisão cautelar é, precipuamente, a sua consonância com os princípios constitucionais e tratados internacionais, os quais consagram o estado de inocência e encontram guarida na visão legalista do processo penal”⁶⁸.

⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 381-408, 2008, p. 387.

⁶⁵ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

⁶⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 28. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva: 2006, p. 463.

⁶⁷ Promulgado pelo Decreto nº 592/92.

⁶⁸ BRITO, Alexis Couto de; FRABETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 232.

Advém que, da maneira como está disciplinada a prisão preventiva, o juiz pode de ofício decretá-la, sem qualquer pedido das partes e tampouco ouvindo o acusado antes de decretá-la. Isso posto, é importante para a concretização das garantias constitucionais a alteração promovida pela Lei n.º 13.964/19, cuja estabelece que, após o requerimento desta cautelar pela parte, o acusado se manifestará no prazo de 5 (cinco) dias.

As causas legais para a decretação da prisão preventiva estão impressas no art. 312 do CPP, *in verbis*:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Então segundo a norma legal o juiz está autorizado a decretar esta categoria de prisão para garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução processual, e, ainda, para assegurar a aplicação da lei penal. Não obstante, para a decretação deve o juiz avaliar a existência de provas que indiquem a existência do crime ademais de indícios suficientes de autoria.

Somente estas possibilidades, conquanto, não contemplam os direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Parece, com efeito, criar um problema quanto ao convencimento do juiz que decreta a medida caso se configure “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. É dizer, elementos de convicção, que devem ser expostos na sentença penal após instrução criminal que contempla o contraditório e a ampla defesa, são utilizados para decretação de uma cautelar.

Parte desta problemática poderia ser resolvida por meio da aplicação do juiz de garantias estabelecido pela aludida Lei n.º 13.964/19, mas sua execução está atualmente suspensa por ordem do Supremo Tribunal Federal. Os conceitos expostos na lei para decretação da cautelar da preventiva são de caráter aberto, ou seja, todos de difícil conceituação e caracterização e também de complexo enquadramento dos fatos à norma em abstrato.

Garantia da ordem pública é amplamente debatida entre os doutrinadores e operadores do direito, pois é complexa a análise da presença ou não desta condição no caso em concreto e que autoriza a prisão preventiva⁶⁹.

À ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação de liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em 'exemplaridade', no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado. Parece evidente que nessas situações a prisão não é um 'instrumento a serviço do instrumento', mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade.⁷⁰

Igualmente, também é um dos fundamentos da prisão preventiva a garantia da ordem econômica, porém, sua utilização como fundamento é questão muito delicada dado que não há conceituação inequívoca ao termo e também está inevitavelmente relacionado ao mérito⁷¹.

Badaró afirma que a garantia da ordem econômica não é uma medida cautelar, pois não se destina a ser um instrumento de cautela, mas sim que permite a execução penal antecipada, visando prevenção geral e especial, o que não pode ser objeto das medidas cautelares⁷². Desta maneira, é nítido que a decretação da prisão preventiva com fundamento da garantia da ordem econômica trata-se de questão profundamente enigmática, pois além de ser de abstrata conceituação, seu campo de aplicação é bastante restrito.

Por fim, Prado⁷³ entende que os termos "garantia da ordem pública e de ordem econômica" são inconstitucionais, pois ambas as expressões têm conteúdo

⁶⁹ MACHADO, Juliana. **Prisão preventiva**: periculosidade do crime em abstrato como fundamento para a prisão. 2009. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí. Biguaçu. 2009 p. 72. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Juliana%20Machado.pdf>> Acesso em: 10 dez. 2019

⁷⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 67.

⁷¹ SICA, Leonardo. Prisão preventiva para garantia da ordem econômica. **De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2009, p. 189.

⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. op. cit., p. 391.

⁷³ PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da Prisão Provisória – Comentários ao artigo 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og. **Medidas Cautelares no Processo Penal**: Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 138-143.

indeterminado, o que é vedado em matéria penal visto que afronta o princípio da estrita legalidade já que não se precisa o que é proibido ou permitido.

Também pode ser fundamentação para a decretação da prisão preventiva a conveniência da instrução criminal:

Tem-se a conveniência da instrução criminal, como garantia do processo, do seu resultado e eficácia, quando há necessidade da custódia preventiva do acusado, para que este não interfira na verdade que possa surgir no decorrer da instrução do processo, suprimindo provas, ameaçando testemunhas, orientando depoimentos, retardando o processo, entre outras condutas.⁷⁴

No interesse de se resguardar o resultado útil do processo, com a presença do acusado até a prolação da sentença, ou, então, para que este não venha a comprometer as provas obtidas, também é possível decretar a prisão. Assim, “em síntese, a convivência da instrução criminal, relaciona-se sempre com a atividade probante no processo”⁷⁵.

Em arremate tem-se então que o objetivo desta circunstância é garantir a produção de provas livre de embaraços pelo acusado, mas que, todavia, devem estar muito claro os indícios concretos de suposta fuga⁷⁶.

Contudo, ainda se observa um caráter muito genérico a possibilidade de decretação de prisão preventiva simplesmente para garantir o resultado útil do processo. Restringir um direito fundamental para que o Estado possa terminar o processo contra o cidadão. Nesta linha, entende-se que somente se pode aplicar esta opção como última possibilidade. E como alternativa, se há disponibilizado na legislação uma série de cautelares diversas da prisão que podem surtir melhores efeitos que o aprisionamento. Tais opções serão pesquisadas no terceiro capítulo.

A última das fundamentações que o art. 312 CPP permite para a decretação da prisão preventiva é para assegurar a aplicação da lei penal. Isso significa dizer que o Poder Judiciário visualizando a futura execução da pena, pode decretar a prisão de um cidadão. Percebe-se que esta possibilidade se enreda muito com a prisão para a conveniência da instrução processual. Afinal de contas, se pode ser

⁷⁴ VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira. As hipóteses de prisão preventiva da lei Maria da Penha na visão do Superior Tribunal de Justiça. **De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2013, p. 6.

⁷⁵ MORAES SÁ, Rodrigo Tutela cautelar penal e a prisão preventiva. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, ano MMXII, Nº. 9, 2013, p. 13.

⁷⁶ TAVORA, N.; ARAÚJO, F. R.; **Código de Processo Penal para concursos**; 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 491.

decretada a prisão para instruir o processo, também é possível prender para assegurar o cumprimento de pena.

É de se reforçar, no entanto, que a prisão preventiva deve ser utilizada como última *ratio*, na ocasião em que nenhuma das cautelares diversas da prisão se mostrou suficiente e efetiva. Ou seja, não se pode privar o cidadão do direito fundamental à liberdade, pois se visualiza no processo a concreta possibilidade de condenação. Tanto porque, o magistrado ao fazê-lo acaba antecipando seu julgamento pela condenação e assim também fere os princípios constitucionais de ampla defesa, contraditório e especialmente de presunção de inocência.

O primeiro aspecto que merece destaque é a consagração da *ultima ratio* da prisão cautelar. Ainda que a natureza excepcional desse instrumento fosse evidente, é importante que o legislador caracterize expressamente a privação da liberdade como a última das medidas, aplicável *apenas* diante do insucesso das demais.⁷⁷

Enfim, a prisão preventiva deve então estar baseada em duas máximas do direito: *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Quer dizer que, para que se vislumbre a possibilidade, mesmo que remota, da decretação desta medida urge a existência da probabilidade do cometimento do delito pelo acusado e o perigo de sua liberdade. Estes são os elementos traduzidos pelo art. 312 do CPP.⁷⁸

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.⁷⁹

Somente após uma análise, sob a luz dos direitos fundamentais, contemplando o contraditório e a ampla defesa é que o magistrado está autorizado a decidir sobre a prisão ou não do acusado. Não se trata de uma restrição de direitos, mas uma supressão constitucionalmente autorizada de um direito fundamental do cidadão que requer especial apreciação.

⁷⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas Cautelares Penais (LEI 12.403/11) Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, v. 1, n. 1, 2013, p. 266.

⁷⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, 2009, p. 13.

⁷⁹ LOPES JUNIOR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 315.

Outra modalidade de prisão prevista no ordenamento jurídico brasileiro é a prisão temporária. Como já exposto pelo próprio nome, esta espécie de aprisionamento tem um prazo determinado. Assim que, tendo um prazo determinado, também deve ter um objetivo determinado. Eugenio Pacelli⁸⁰ elucida que “trata-se de prisão cuja finalidade é de acautelamento das investigações do inquérito policial, consoante se extrai do art. 1º, I, da Lei n.º 7.960/89, no que cumpriria a sua função de instrumentalidade, isso é, de cautela”.

As razões que autorizam a decretação da prisão temporária vêm explícitas no art. 1º da Lei n.º 7.960/89, contudo sua redação produziu uma série de críticas da doutrina especializada, inclusive aventando sua possível inconstitucionalidade.

Para Tourinho Filho⁸¹ essa espécie de prisão é “odiosa”, “arbitrária”, “sem real necessidade”, “severa”, “de indistigável inconstitucionalidade”, “retrocesso” e “possível em face de meros indícios”, ou seja, apresenta uma crítica inexorável ao seu surgimento.

Com a descrição de crimes específicos que ensejam a possibilidade da prisão temporária “entendo que a presunção absoluta de periculosidade pelo fato de se responder a certos crimes fere o art. 5º inciso LVII, da Constituição, pois equipara a situação do processado ao condenado definitivo”⁸². De outra forma, a própria lei elenca que os crimes são mais graves por si só e por isto dão ensejo à aplicação da restrição de liberdade. Contudo, isso novamente despersonaliza o suposto agente delituoso e transgride seus direitos fundamentais de ter uma prisão analisada sob os espectros pessoais das condutas perpetradas e a real necessidade da medida, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório nesta fase.

Apesar de sua controvérsia, foi reconhecida pela maior parte da doutrina a constitucionalidade desta medida:

[...] não há que se falar em inconstitucionalidade material da Lei nº 7.960/89, ou seja, não se verifica incompatibilidade do objeto da lei com a Constituição Federal no seu aspecto substancial ou doutrinário. A inclusão no ordenamento jurídico de lei que possibilita a ocorrência de prisão

⁸⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 445.

⁸¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 3, 12.ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 348-352.

⁸² CASCALDI, R. U. I. Prisão temporária: inconstitucionalidade. **Revista dos Tribunais**, v. 667, 1991, p. 14.

temporária não afronta os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.⁸³

Da mesma forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu no caso Suárez Rosero vs. Equador que o artigo 8º n.º 2, do Pacto de São José da Costa Rica, abarca a possibilidade do Estado de restringir a liberdade do cidadão nos limites estritamente necessários para assegurar que este não impedirá o desenvolvimento das investigações⁸⁴. Assim entende-se que a existência da possibilidade de uma prisão temporária para poder-se investigar melhor a situação, por si só, não fere os direitos fundamentais ou os pactos e tratados internacionais.

Contudo, a prisão temporária somente poderá ser decretada por um juiz de direito, o qual deverá fundamentar a sua decretação, após a provocação do Ministério Público ou representação da autoridade policial, sendo vedada a decretação de ofício⁸⁵. Para além de se respeitar os princípios constitucionais, também deve ser garantida a ampla defesa e o contraditório, para que o cidadão possa previamente se manifestar sobre sua prisão. Em tese, esta é a determinação das alterações introduzidas pela Lei n.º 13.964/19 que determina a manifestação do acusado em 5 (cinco) dias quando houver a requisição de cautelares.

Por último, a prisão temporária deve obedecer ao prazo máximo de 5 (cinco) dias, prorrogáveis por igual período, tempo esse que é compatível com o fim do inquérito policial do acusado preso. Em caso de crime hediondo, há exceção para alargar a segregação para 30 (dias)⁸⁶.

Destarte, entende-se que a prisão temporária tem razões bem definidas, situações específicas e prazos fixos, e que sua decretação não pode simplesmente preencher requisitos formais para ser determinada, devendo, então, o Poder Judiciário ouvir as alegações contrárias do acusado, respeitando os princípios constitucionais.

A prisão domiciliar também é uma modalidade de restrição de liberdade segundo a legislação pátria. Esta disciplina no artigo 317 do CPP e, apesar de o

⁸³ ANDRADE, Daniela Patrícia dos Santos. A inconstitucionalidade da prisão temporária. **REVISTA DA ESMESE**, Nº 12, 2009, p. 249.

⁸⁴ COSTA RICA. Caso Suárez Rosero VS. Ecuador. 12 de noviembre de 1997. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 15 nov. 1997. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf>. Acesso em 4 fev. 2019.

⁸⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. Prisão temporária e “fermo”: estudo comparativo. **Justitia. São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público**, n. 157, 1992, p. 26

⁸⁶ BRITO, Alexis Couto de; FRABETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 221.

sujeito não estar segregado em cadeia pública ou presídio, continua preso, podendo se ausentar de sua residência somente mediante prévia autorização judicial.

Com a Lei n. 12.403/2011, passou-se a admitir a “substituição” da prisão preventiva por prisão domiciliar. Em que pese a terminologia adotada pelo legislador, a prisão domiciliar é, na verdade, uma forma diferenciada de cumprimento da prisão preventiva, inspirada em razões humanitárias.⁸⁷

É necessário sublinhar, no entanto, que a forma disposta na legislação se caracteriza uma faculdade do magistrado, onde pode ou não ser aplicada a substituição. Caso se entenda que o acusado, mesmo preenchendo todos os requisitos do artigo 318⁸⁸, não se encontra em condições de sair da prisão, não haverá substituição.⁸⁹ Porém, não há menção quanto à necessidade de se ouvir as partes. Não se respeita os princípios do contraditório e do processo legal, porque, neste caso, é provável que o pedido seja feito pela defesa, mas a legislação ordinária não menciona a obrigação de se chamar as partes para uma audiência de custódia, por exemplo. Evidenciando, portanto, que o atual processo penal ainda tem caráter extremamente autoritário permitindo que o juiz sozinho decida.

Ademais, as hipóteses para a prisão domiciliar são bastante severas e específicas, mas não geram inconstitucionalidade por violação à presunção de inocência e à proporcionalidade⁹⁰.

Importante frisar que esta modalidade de prisão “não se confunde com a medida cautelar autônoma “alternativa” à prisão de “recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga” (art. 319, inc. V, do CPP)”⁹¹. Assim, a sua decretação prescinde de estarem presentes os controvertidos requisitos da prisão preventiva, cumulados com os do artigo 318 do CPP.

⁸⁷ CASARA, Rubens. **Prisão e liberdade**. Organizadores Marcelo Semer, Marcio Sotelo Felipe. 1. ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014, p.83-84.

⁸⁸ Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

⁸⁹ REIS, Alexandre Cebiran Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 396.

⁹⁰ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **O Novo Processo Penal Cautelar: À luz da lei 12.403/11**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 149.

⁹¹ SANGUINE, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 172.

Destaca-se também que a prisão domiciliar empregue às mulheres gestantes decorre da “Regra de Bangkok” que foi empreendida no Brasil por meio do Decreto 8.858/2016 e que é decorrência da Resolução 2010/16 das Nações Unidas sobre o tratamento dispensado às mulheres presas. Contudo, há grande resistência do Poder Judiciário em fazer esta concessão. Mesmo após o julgamento do *Habeas Corpus*, na modalidade, Coletivo n.º 143.641, onde o STF decidiu pela substituição da prisão preventiva pela domiciliar, com o interesse de se respeitar os direitos fundamentais, rechaçando-se a “cultura do encarceramento”, as presas não foram de imediato liberadas, pois:

[...] originou-se uma decisão de cunho genérico e ineficaz, uma vez que as peculiaridades do caso concreto haveriam de ser, ainda, analisadas pelo juiz da execução penal, sendo a este, portanto, a quem caberia a decisão se as presas grávidas, puérperas ou mães de crianças e deficientes iriam ser ou não livradas do cárcere⁹².

Finalmente, interessante advertir que esta modalidade de prisão cautelar pode ser cumulada com outras espécies de medidas cautelares que estão previstas no art. 319 do CPP e que serão estudadas no próximo tópico.

1.4. DADOS SOBRE O APRISIONAMENTO NO BRASIL (e medidas alternativas à prisão).

Da análise feita até este momento, é palpável a complexidade do sistema atual relativo às prisões cautelares. O ordenamento pátrio estabelece várias modalidades de segregação provisória, as quais requerem situações e requisitos específicos. De igual forma, para se manter um cidadão privado de seu direito fundamental à liberdade, é necessária a decretação da prisão por autoridade judicial competente, a qual deve fundamentar sua decisão em cumprimento à ordem constitucional estampada no art. 93, inc. IX.

Apesar de toda limitação e restrição para detenção provisória, não obstante, constata-se que este modelo de condução de casos criminais ainda é muito forte no

⁹² SILVA ALVES, Adréa Karla da. Habeas Corpus Coletivo n. 143.641 e a tutela dos direitos humanos fundamentais no caso das gestantes e mães presas preventivamente. **Revista Fides**, v. 10, n. 1, p. 283-298, 2019, p. 285.

país. Dados do Infopen⁹³, conjunto de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, indicam que em 2017 de todas as pessoas presas no Brasil, 33,29% são de presos provisórios. Portanto, o número de presos provisórios totalizava em 235.240. Em contrapartida, o Infopen também informa que no sistema penitenciário nacional há apenas 139.572 vagas para os presos provisórios.

As vagas aludidas são distribuídas em 754 espaços prisionais destinados especificadamente para os presos provisórios. Todavia, o total de estabelecimentos penais no Brasil é de 1506. Isto significa dizer que o sistema comporta quase metade dos presos cautelarmente, e que se for considerado apenas um presídio por município, cerca de 1/3 das cidades brasileiras contam com um espaço para segregação.

Ainda nesta esfera, o Infopen elenca que apenas 50% dos estabelecimentos prisionais contam com consultório médico, 61% não possuem oficinas para capacitação profissional, 54% estão desprovidos de local específico para visita social, 23% contam com sala reservada para atendimento psicológico, apenas 2% apresentam ala exclusiva para grupos LGBT e outros 2% dispõem de ala para idosos.

O sistema ainda compreende 82.571 agentes prisionais para cuidar de uma população carcerária que alcança o número de 726.354 pessoas, ou seja, 349 a cada 100 mil habitantes. Desse total, 168.657 dos presos têm entre 18 e 24 anos, 136.442 têm entre 25 e 29 anos, 103.816 têm entre 30 e 34 anos, 11.042 têm entre 35 e 45 anos, 39.634 têm entre 46 e 60 anos. E, surpreendentemente, há 139.620 presos dos quais não se sabe/não se tem a informação sobre a idade.

No que concerne a etnia dos segregados: 195.733 são brancos e 351.067 são preto/pardos. Além disso, existem 2.360 estrangeiros presos no Brasil, cumprindo pena ou aguardando julgamento.

Interessante destacar que apenas 3.302 presos têm ensino superior completo ou pós-graduação. Os demais são compostos por 18.851 presos analfabetos e 31.959 alfabetizados sem cursos regulares. Já 280.757 dos detentos têm o ensino fundamental incompleto, 71.881 têm ensino fundamental completo, 81.888 têm ensino médio incompleto enquanto somente 52.762 têm ensino médio

⁹³ Todos os dados apresentados nesta pesquisa foram retirados em: DEPARTAMENTO Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília, c2017. Org: Marcos Vinícius Moura. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br>> Acesso em> 14 fev. 2019.

completo.

As condenações a mais de 100 anos contemplam 518 presos e aqueles com pena máxima de até 4 anos são 63.237. Os 240.944 restantes têm condenações entre 5 e 99 anos. Os crimes mais comuns são os contra o patrimônio (234.866), relacionados à Lei de Drogas (156.749), contra a pessoa (64.048), ligados ao Estatuto do Desarmamento (24.122) e contra a dignidade sexual (20.906).

Sumarizando, o contexto dos estabelecimentos prisionais brasileiros apresenta: mais pessoas do que vagas; baixa escolaridade; pouca diversidade étnica; poucos funcionários; poucas áreas para grupos vulneráveis e muitos condenados a crimes notáveis.

Isto é, sempre que uma decisão decreta uma prisão cautelar, é neste espaço que o acusado será inserido. Tolhe-se seu direito fundamental à liberdade e o Estado o aprisiona em um ambiente degradante para a dignidade humana.

A prisão provoca um processo de prisionalização, no qual o detento se enquadra nas regras e disciplinas do mundo da prisão. A violência e a brutalização das relações pessoais determinam a acomodação ou não do indivíduo a este mundo, embrutece o indivíduo, altera seus valores, criando uma cultura específica que pode levar o detento a um mergulho mais acentuado no mundo da criminalidade.⁹⁴

Assim sendo, é imprescindível uma revisão das medidas cautelares diversas da prisão estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro. Estas foram consolidadas pelas alterações introduzidas pela Lei n.º 12.403/11, a qual alterou o CPP no tocante à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, em um claro sentido de se respeitar os princípios constitucionais, os tratados e os pactos internacionais.

Ao superar a medíocre dicotomia (prisão ou nada) efetiva-se o resultado do processo e se dignifica o homem. Isso porque a diminuição da prisão cautelar significa o desencarceramento de cidadãos sem condenação efetiva e em consequência um distanciamento do nefasto submundo da cultura do encarceramento, que prejudica, também, a sociedade ao defrontá-la com tamanha violência.⁹⁵

⁹⁴ BARROS, Ana Maria de; JORDÃO, Maria Perpétua Dantas. A cidadania e o sistema penitenciário brasileiro, **Veredas FAVIP**, Caruaru-PE, v. 1, p. 9-91, 2004, p. 14.

⁹⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas Cautelares Penais (LEI 12.403/11) Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, v. 1, n. 1, 2013, p. 265.

Em outras palavras, estas alterações introduzidas no código processual fortaleceram o estado democrático de direito, pois dão uma resposta à altura dos mandamentos da CRFB/88. Vê-se assim que há conjuntamente uma valorização das medidas cautelares diversas da prisão, as quais “reduz[em] o âmbito de abrangência da prisão preventiva”⁹⁶. As cautelares diversas da prisão estão firmadas no art. 319 do CPP⁹⁷.

Apreende-se à vista disso que há um rol considerável de medidas a serem adotadas pelo juiz, e que representa um quadro taxativo. Estas medidas podem ser aplicadas cumulativamente, sendo que cabe ao magistrado fazer a análise de cumulação ou mesmo substituição. Logo, na redação atual do código processual, novamente se está diante de um sistema autoritário que não garante o diálogo entre as partes sobre quais das medidas são suficientes para prevenir a continuidade do processo. Esquiva-se dos princípios constitucionais toda vez que não se oportuniza o exercício de contraditório e da ampla defesa.

A primeira das alternativas a prisão elencadas na lei processual é o comparecimento periódico em juízo, que, todavia, já era adotado pelo Código Penal nos casos de suspensão condicional da pena (art. 78, §2º, c, do CP). Agora pode ser empregado como medida cautelar em que o juízo possa constatar as atividades do acusado, bem como avisá-lo de atos do processo. A frequência também é determinada pelo magistrado⁹⁸.

Para Mendonça⁹⁹, “a finalidade desta medida é vincular o réu ao juízo, especialmente quando há algum risco que possa vir a fugir ou ausentar-se por longo

⁹⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Ibidem.*, p.269.

⁹⁷ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão. I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica

⁹⁸ BRITO, Alexis Couto de; FRABETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 244.

⁹⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo, Método, 2011, p. 50.

período de tempo”. Ou seja, se impõe uma obrigação positiva ao acusado, ao passo que determina que este se apresente ao juízo. No sentido oposto, está a segunda cautelar alternativa que proíbe a frequência de determinados lugares, quando, por consequência, impõe-se uma obrigação negativa.

Cabe ao juiz descrever os locais que estão proibidos de se frequentar. Medidas simples que pouco restringem os direitos fundamentais e valorizam a dignidade da pessoa humana, sendo que garantem o livre desenvolvimento dos trabalhos de investigação e/ou instrução a respeito do fato criminoso.

No entanto, esta medida “funcionará melhor quando a proibição tiver relação com o lugar no qual o proprietário ou responsável possa fiscalizar a medida, como é o caso de estádios de futebol, clubes, etc.”¹⁰⁰ pois caso haja reconhecimento do acusado no local, poderá ser feita denúncia ao magistrado. Deve-se tomar cuidado, ainda assim, quanto a sua implementação, não podendo configurar uma pena de banimento¹⁰¹.

Nesta mesma linha segue a subsequente possibilidade de medida que consta na proibição de manter contato com determinadas pessoas. Ela se apresenta como uma espécie de medida protetiva, tanto para a vítima como para a prova testemunhal¹⁰².

A medida tem como objeto a tutela de um indivíduo, vítima, testemunha ou terceiro, relacionado com o fato, e surtirá de fato êxito na prática, pois a fiscalização se dará pelo próprio beneficiado com a distância do agente, podendo denunciar, caso a medida venha a ser descumprida pelo mesmo, ensejando sua revogação ou substituição, e ainda, decretação de prisão preventiva pela desobediência da determinação.¹⁰³

Esta medida é um exemplo típico de medida acautelatória no processo penal, tutelando os interesses do titular da ação penal¹⁰⁴ e evitando-se a restrição de direitos fundamentais do acusado.

Outra medida possível é a proibição que o acusado se ausente da comarca de sua residência, visto que não há fundamento legal que autorize obrigar o réu a

¹⁰⁰ BRITO, Alexis Couto de; et al. op. cit., p. 244.

¹⁰¹ LOPES JUNIOR., Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas: Lei 12.403/2011**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 131-132.

¹⁰² SILVA, Amaury e SANTOS, Felipe Miranda dos. **Liberdade Provisória e Outras Medidas Cautelares**. São Paulo: Editora J. H. Mizuno, 2011, p. 60.

¹⁰³ REIS JÚNIOR, Almir Santos; DA SILVA FERREIRA, Roberta. A (in) Constitucionalidade das medidas cautelares substitutivas da prisão. **Revista Diálogos & Saberes**, v. 10, n. 1, 2016, p. 15.

¹⁰⁴ REIS JÚNIOR, Almir Santos; DA SILVA FERREIRA, Roberta. op. cit., p. 15.

permanecer em determinada localidade¹⁰⁵. Desse modo, se delimita ao acusado ao local na qual corre a ação penal, garantindo-se assim, em tese, que este sempre esteja próximo para os atos processuais. Categorizando uma forma de controle contra uma possível fuga.

Porém, a verificação desta cautelar é difícil e revela uma fragilidade, que, todavia poderia ser mitigada se existisse uma relação com os órgãos fiscalizadores de modo a assegurar a validade desta¹⁰⁶. Uma verdadeira integração dos diversos órgãos responsáveis pela investigação e persecução penal.

É possível também que o juiz decrete o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga do acusado. Para a aplicação desta espécie de medida é exigido que o acusado tenha residência fixa e trabalho diurno, com o objetivo de minorar o risco de fuga e tutelas as provas¹⁰⁷.

Destaca-se, entretanto, que “não se vislumbra, novamente, sua aplicação prática, tendo em vista a necessidade de fiscalização, inviável de se executar. Fundada então, somente na responsabilidade do imputado”¹⁰⁸ e reflete uma fragilidade estrutural do sistema brasileiro de investigação e persecução penal.

Há, ainda, a possibilidade da decretação da suspensão do exercício da função pública quando esta for utilizada para a prática do crime. Percebe-se que esta medida é de grande valia quando aplicada a crimes econômicos financeiros relacionados à Administração Pública com a intenção de preservar e garantir a fidelidade da prova¹⁰⁹, e também supera a vaga expressão que autoriza a prisão preventiva do artigo 312 do CPP. Todavia, deve-se observar para que a medida não se revista em antecipação de tutela e não prejudicar assim a vida econômica vital do acusado e da empresa¹¹⁰.

Mais uma opção de cautelar diversa da prisão é a internação provisória daquele acusado inimputável ou semi-imputável, visto que não se ajusta o sistema de encarceramento prisional com aqueles portadores de doenças psíquicas que os inabilite para a vida diária.

¹⁰⁵ Ibidem. p. 16.

¹⁰⁶ PACCELI, Eugêncio. Manual de Direito Penal. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 143.

¹⁰⁷ LOPES JUNIOR, A. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: lei 12.403/2011**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p. 120.

¹⁰⁸ REIS JÚNIOR, Almir Santos; DA SILVA FERREIRA, Roberta. op. cit., p. 16.

¹⁰⁹ Ibidem. p.17.

¹¹⁰ LOPES JUNIOR. Aury. op. cit. p. 135.

Apesar disso, é imperioso que haja certificação desta condição do imputado por um profissional habilitado. Caso haja suspensão do processo por doença mental superveniente, esta medida também deve cessar¹¹¹.

A fiança foi outro instituto que sofreu grande destaque com a promulgação da Lei 12.403/11, eis que a regra é a garantia da liberdade e assim a fiança auxilia quando não estão presentes os requisitos para prisão preventiva e garante o comparecimento do acusado ao processo¹¹².

Contudo “o arbitramento da fiança, pela autoridade policial, de qualquer forma, será submetido ao controle judicial por ocasião do recebimento do autor de prisão em flagrante”¹¹³. Caso o juiz não concorde poderá modificar, aumentado seu valor, cumulando com outra medida ou revogá-la se entender inadequada.

Segundo o art. 330 do CPP a fiança deverá ser paga em dinheiro, pedras ou metais preciosos, títulos da dívida pública ou ainda em hipoteca inscrita em primeiro grau. Com isso vê-se que são diversas as formas de implementação deste instituto.

Todavia crimes como racismo, tortura, terrorismo e hediondos, tráfico de drogas, provenientes de ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático não podem ser objeto desta cautelar¹¹⁴.

Por fim, ainda é previsto como medida cautelar diversa da prisão a possibilidade de monitoração eletrônica do acusado. Aqui a administração pública faz uso da tecnologia para o acompanhamento à distância do acusado¹¹⁵. Sendo que através de sinal GPS saber-se-á, 24 horas por dia, a sua localização exata.

Não obstante, há críticas ao emprego em larga escala, eis que o “monitoramento eletrônico exige que sua utilização seja restrita aos casos em que nenhuma outra intervenção estatal menos grave surta efeitos”¹¹⁶. O que novamente revela a necessidade de valorizarem-se os princípios constitucionais do diálogo entre as partes, de modo a identificar a indispensabilidade da medida.

¹¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas – Lei 12.403/2011**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 136.

¹¹² SANTANA, Henrique Antonio Brito. A Lei 12.403/11 à luz do princípio do devido processo legal. **Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 149, 2012, p. 15.

¹¹³ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 779.

¹¹⁴ SANGUINÉ, Odone. *Ibidem*. p. 777.

¹¹⁵ BRITO, Alexis Couto de; FRABETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 248.

¹¹⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito - UFU**, v. 36, 2008.

Ainda, segundo Sanguiné¹¹⁷, essa espécie de cautelar já é utilizada em países como Portugal e França, Grã-Bretanha, EUA, Canadá, Bélgica, Holanda, Suíça, Austrália e outros em substituição à prisão preventiva.

Enfim, entende-se que cumpre a finalidade da cautela instrumental, bem como de cautela final, com grande eficácia o emprego desta fiscalização eletrônica¹¹⁸.

Com isso, compreende-se que o Estado Brasileiro tenta efetivar uma série de medidas cautelares diversas da prisão com o interesse de diminuir o encarceramento.

Assim, fundamental perceber que as medidas descarcerizadoras devem ser vistas como importantes mecanismos de desinstitucionalização, sendo sua aplicação inegavelmente mais vantajosa do que qualquer forma de aprisionamento. O problema que se coloca na investigação, porém, é o de até que ponto os substitutivos penais efetivamente diminuem o impacto do cárcere sobre os grupos vulneráveis/criminalizados, ou seja, se as alternativas são efetivamente incorporadas pelos sistemas político-legislativo, jurídico e executivo como alternativas à prisão (e também ao processo penal) ou se constituem aditivo de ampliação do controle social punitivo retroalimentador da prisão.¹¹⁹

Ou seja, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, e também das penas alternativas à prisão, são um remanejamento do poder de castigar, aumentando sua eficiência e diminuindo seu custo político. Não se deixa de punir, mas o faz com maior inteligência¹²⁰. Todavia, percebe-se também que é necessária uma alteração estrutural na forma de implementação destas ferramentas que prestigiam os direitos fundamentais.

Também existe o temor que estas medidas sejam deturpadas e sirvam para a expansão do controle penal nos indivíduos, pois “o problema reside exatamente na banalização do controle, de modo que condutas de pouca reprovabilidade e que até agora não ensejariam qualquer tipo de controle cautelar, passem a ser objeto da incidência de restrições”¹²¹. Por essa razão, a ênfase na necessidade de implementação real dos princípios constitucionais e dos pactos e tratados

¹¹⁷ SANGUINÉ, Odone. op. cit., p. 770.

¹¹⁸ Ibidem, p.771.

¹¹⁹ CARVALHO, Salo. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo**. O exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 47.

¹²⁰ APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. **Breves reflexões sobre o aumento do controle punitivo do Estado pela via alternativa à prisão**. Pelotas: Editora Universitária UFPEL, 2011. p. 100.

¹²¹ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit. p. 121.

internacionais do contraditório e da ampla defesa, oportunizando-se às partes que discutam em equivalente posição.

Assim, fica claro que “não podemos conceber um modelo de imposição de medida cautelar automática, seja ela prisão ou diversa, de modo que, em qualquer caso, devem ser atendidos o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*”¹²². Lembrando-se assim sempre do caráter substitutivo, para quando couber a prisão preventiva e então seja substituída¹²³.

A partir dos dados apresentados acima, percebe-se, no entanto, que o encarceramento em massa ainda é bastante utilizado, relegando-se as medidas cautelares para um segundo plano. Isso porque

[...] o fenômeno do grande encarceramento que marca a política criminal nacional não está restrito à incorporação do populismo punitivo por parte das agências legislativas, mas requer, para sua plena efetivação, que os atores com poder de decisão na cena processual penal entendam a diretriz punitivista como legítima, concretizando-a através da racionalidade jurídico-instrumental.¹²⁴

Sente-se que a cultura dominante ainda é determinada pelo punitivismo e atitude inquisitória, ao passo que “[...] pode-se ter um novo CPP, constitucionalmente fundado e democraticamente construído, mas ele será somente linguagem se a mentalidade não mudar”¹²⁵.

Desta feita é que se ressalta a necessidade de se garantir um processo penal constitucional, no qual se protejam os direitos fundamentais do indivíduo. Não se pode continuar com a mentalidade inquisidora do Código de Processo Penal de 1941 quando a CRFB/88 prescreve pelo estado democrático de direito com prevalência dos direitos fundamentais e dos pactos e tratados internacionais para proteção do cidadão.

No próximo capítulo buscar-se-á o esclarecimento de como o Brasil tem se envolvido com a comunidade internacional no que tange à capacidade de proporcionar garantias individuais àqueles acusados de crimes. Estudar-se-á as regras internacionais e as dinâmicas estabelecidas como paradigma a serem

¹²² VASCONCELLOS, Vinicius G. A Inserção de Medidas Cautelares Diversas no Sistema Processual Penal Brasileiro: entre a expansão do controle punitivo e sua limitação. **Revista de Estudos Criminais**, n. 51, p. 125-142, 2013, p. 5.

¹²³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 853.

¹²⁴ CARVALHO, Salo. op. cit. p. 59-60.

¹²⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson. Novo Código de Processo Penal, Nova Mentalidade. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, no33, abr.-jun. 2009, p. 9.

implementados pelos países membros. Da mesma forma, examinar-se-á como esses pactos internacionais refletem no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as condenações sofridas pelo Estado Brasileiro ao se descumprir os pactos que voluntariamente se comprometeu a cumprir e incorporou às normas jurídicas pátrias.

CAPÍTULO 2 – O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E SEU RESPEITO AOS DIREITOS DA PESSOA PRESA COMO NORMA COGENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. A CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A NATUREZA DE NORMA SUPRALEGAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Após as experiências traumáticas do século XX buscou-se uma forma de integração mundial através de organizações. Logo após a fundação da ONU, o continente americano, em 1948, criou sua própria Organização dos Estados Americanos (OEA), sendo esse um dos organismos regionais mais antigos do mundo. Seu objetivo é de estabelecer a paz e a justiça, promovendo a solidariedade, a colaboração entre as nações, defender a soberania, integridade territorial e independência¹²⁶.

Importante frisar que a Carta da OEA está para o âmbito regional, assim como a Carta da ONU está para o global. Ademais, a existência de um sistema regional não implica na exclusão da valia do outro¹²⁷.

A possibilidade e a utilidade da coexistência do sistema mundial e de sistemas regionais em matéria de proteção e promoção dos direitos humanos são aceitas e defendidas. O sistema universal coexiste com os três mais importantes sistemas regionais, ou seja, o europeu, o interamericano e o africano.¹²⁸

São 35 os Estados que compõem o organismo no continente americano e este sistema se caracteriza por uma série de disposições e instituições com o interesse de assegurar os mais importantes princípios: democracia, direitos humanos, segurança e desenvolvimento¹²⁹.

¹²⁶ SILVA, Larissa de Fátima Cavalcante Pereira; COSTA, Larissa Aparecida. Nazismo e o Surgimento dos Direitos de 3ª Dimensão. **ETIC – Encontro de Iniciação Científica – ISSN 21-76-8498**. v. 12, n. 12, 2016, p. 10.

¹²⁷ DOTTO, Adriano Cielo; CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele. Proteção Internacional dos Direitos Humanos nos Planos Global e Regional Interamericano. **Revista EVS – Revista de Ciências Ambientais e Saúde**, v. 35, n. 4, p. 503-514, 2008, p. 509.

¹²⁸ SILVA, G. E. do N. e; ACCIOLY, H. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 356.

¹²⁹ LACERDA, Jan Marcel Almeida Freitas; DE FREITAS, Jeane Silva. A atuação da Organização dos Estados Americanos (OEA) e de sua burocracia internacional na defesa da democracia no continente americano. **Sociedade e Cultura**, v. 21, n. 2, 2018, p. 179.

Para a OEA a democracia significa além da promoção e da consolidação da democracia representativa, mas também a aplicação da não-intervenção. Não apenas a proibição a intervenção armada, mas a qualquer forma, direta ou indireta, que atente contra a personalidade de um estado¹³⁰.

No tocante aos direitos humanos, além dos pactos a serem discutidos adiante, a organização americana tem promovido o fortalecimento mediante uma série de programas de treinamento, educação, pesquisa e informação¹³¹.

Quanto à segurança dos países-membros, a organização prevê mecanismos que podem ser ativados pelo Secretário Geral na qual o Conselho permanente e a Assembleia Geral são convocados para discussão de medidas¹³².

Da mesma forma, destaca-se como papel desta instituição a geração de progresso, vez que “Os Estados não se desenvolvem isoladamente e a interdependência entre eles exige o reconhecimento de princípios e normas que garantam o desenvolvimento da comunidade de Estados”¹³³.

A OEA é entendida, portanto, como um fórum para discussão das tensões regionais, gerando espaço para negociação e produção de normas legítimas¹³⁴. Assim sendo, “A OEA não só cria e institucionaliza as normas, mas também cria instrumentos jurídicos para a aplicação eficaz de suas normas, com a capacitação dos principais atores implicados em processos desse tipo”¹³⁵.

Tendo por base este raciocínio é que se chega à elaboração, por parte da OEA, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em 1948, a qual é “considerado o primeiro documento internacional sobre direitos humanos de caráter geral. Este documento representa, portanto, um marco inicial para proteção dos direitos humanos no continente americano”¹³⁶.

¹³⁰ LOPES, Inez. Breves considerações sobre os princípios constitucionais das relações internacionais. **Consilium - Revista Eletrônica de Direito, Brasília/DF**, n. 3, 2012, p. 7.

¹³¹ THÉRIEN, Jean-Philippe; GOSELIN, Guy. A democracia e os direitos humanos no hemisfério ocidental: um novo papel para a OEA. **Contexto Internacional**, v. 19, n. 2, p. 199, 1997, p. 207.

¹³² FAGUNDES, Pedro Ernesto. A atuação da Organização dos Estados Americanos (OEA) nas crises políticas contemporâneas. **Meridiano 47-Boletim de Análise de Conjuntura em Relações Internacionais**, n. 117, 2010, p. 179.

¹³³ LOPES, Inez. op. cit, p. 2.

¹³⁴ HERZ, Mônica. Does the Organisation of American States Matter? **Crisis States Working Papers Series**, n. 2, Working Paper 34, April 2008, p. 26.

¹³⁵ LACERDA, Jan Marcel Almeida Freitas; DE FREITAS, Jeane Silva. op. cit., loc. cit.

¹³⁶ DE SOUSA, Andressa et al. A Corte Interamericana de direitos humanos. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 8, n. 79, p. 47-61, 2006, p.48.

Interessante notar que esta primeira declaração se absteve de instituir mecanismos de garantia e que assegurassem sua execução. Estatuiu-se apenas a proteção internacional dos direitos do homem¹³⁷.

Somente em 1969 é que surgiu a Convenção Americana de Direitos Humanos, com força jurídica de tratado internacional. Esta Convenção, que só entrou em vigor em 1978, reconheceu direitos de ordem civil, política e social, estes últimos apenas de forma “progressiva”¹³⁸

Pode-se identificar que ao longo dos tempos os *status* jurídicos de proteção aos direitos humanos vão se alternado conforme o panorama. Primeiramente foi adotado o formato de declaração e só posteriormente se adotou a convenção, que é o instrumento jurídico vinculativo entre as partes¹³⁹. Isto é, ao longo dos anos vão amadurecendo as ideias e concepções de tutela aos direitos humanos até o momento atual, no qual ainda se observa um descompasso entre a proteção legislativa outorgada e a efetiva aplicação pelos Estados.

O Brasil ratificou a CADH [...] através do Decreto Legislativo n. 27, de 28.5.1992, e a promulgou pelo Decreto Executivo n.º 678, de 6.11.1992, assumindo a obrigação internacional de assegurar (*shall secure*) o seu cumprimento, a ela vinculando-se¹⁴⁰.

Consta que “dentre os diversos instrumentos, dos quais o Brasil se tornou parte, o Pacto de San José da Costa Rica, é certamente um dos mais significativos”¹⁴¹. Todavia, a incorporação destes direitos no Brasil não se operou de maneira espontânea.

Apenas a Constituição de 1988 traduziu o marco jurídico de transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país. Só posteriormente a sua existência é que foi propiciada ênfase extraordinária aos direitos e garantias, possibilitando a pormenorização deste tema¹⁴².

¹³⁷ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Contribuições teóricas latino-americanas para a universalização dos direitos humanos. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 13, n. 99, p. 11-31, 2011, p. 27.

¹³⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. A gramática dos direitos humanos, Boletim Científico. Brasília: **ESMPU**, Ano I, v. 4, jul/set 2002. p.31.

¹³⁹ MAIA, Luciano Mariz. O Brasil antes e depois do Pacto de San José. Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: **ESMPU**, Ano I, v. 4, p. 81-98, 2002, p. 83.

¹⁴⁰ GISVOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p.7.

¹⁴¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. op. cit. p. 13.

¹⁴² PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 6, 2008, p. 8.

Este pacto foi além da declaração anterior de 1948, visto que, conforme referido, aquela apenas assentou a garantia aos direitos. Não desenvolveu mecanismos, pormenorizou ou enumerou direitos. Assim, este novo documento inovou:

Substancialmente, a Convenção Americana reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Dentre este universo de direitos, destacam-se: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, **o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade**, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial.¹⁴³ (sem grifos no original)

Contudo, pelo exposto no primeiro capítulo desta pesquisa, apesar de o Brasil haver incorporado formalmente a CADH no ordenamento jurídico pátrio, além da proteção conferida pela CRFB/88, não se efetua estas garantias ao acusado de infração criminal ou ao preso. A situação exposta pelos números do Infopen deixa claro que estas importantes conquistas foram olvidadas da persecução penal.

Até 1998 apenas 25 Estados latino-americanos haviam ratificado este pacto. Hodiernamente são 35¹⁴⁴. Entretanto, no ano de 1988 foi criado o Protocolo Adicional a Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mas conhecido como Protocolo de São Salvador.

O Protocolo de San Salvador mantém uma relação de verdadeira complementariedade com o Pacto de San José. Posto que sejam instrumentos diferentes, ambos fazem menção à proteção em concreto de direitos humanos, sejam direitos relacionados à liberdade, sejam direitos relacionados à igualdade. Pelo princípio da indivisibilidade, não há que se falar em direitos geracionais, mas em direitos que se complementam, em direitos que são legitimados pelo seu exercício conjunto¹⁴⁵.

Este documento teve como ponto de partida os núcleos de direito: trabalho, saúde e educação junto aos seus conexos. Da mesma forma, buscou-se proteger três grupos específicos: crianças, idosos e portadores de deficiência. O resultado foi

¹⁴³ PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: M. Limonad, 2004 p. 230.

¹⁴⁴ BICUDO, Hélio. Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais. **Estudos Avançados**, v. 17, n. 47, p. 225-236, 2003, p. 230.

¹⁴⁵ DOTTO, Adriano Cielo; CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele. op. cit., p. 512.

que este tratado abarca e protege aqueles direitos econômicos, sociais e culturais assim como a base do direito convencional interamericano¹⁴⁶. Pode-se dizer então, que o Protocolo de San Salvador se preocupou com os direitos de segunda geração¹⁴⁷.

Embora o sistema em sua macroperspectiva não apresente grandes falhas, sua importância tem aumentado à medida que diversos países passam a voluntariamente a se sujeitar a estes documentos, como é o exemplo recente do Brasil¹⁴⁸. No entanto, “convém ressaltar que os Estados Unidos e o Canadá não ratificaram até hoje a Convenção, questão que está na ordem do dia das reuniões, em sede das Américas, segundo o princípio da universalidade dos Direitos Humanos”¹⁴⁹.

Sintetizando, o Brasil integra a OEA (Decreto 30.544/52), ratificou a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto 678/92); o Protocolo de San Salvador (Decreto 3.321/99) e à vista disso, estes documentos têm válida jurídica em todo território nacional.

Conquanto, no contexto brasileiro, somente após o processo de redemocratização iniciado em 1985 é que se pode observar a ratificação pelo Estado de relevantes tratados de direitos humanos¹⁵⁰. Antes, por conta do regime ditatorial, o tema não era debatido.

Ao longo dos anos, o entendimento do Poder Judiciário quanto à validade e aplicação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio também foi sendo alterado.

Antes de 1977, o STF posicionava-se no sentido da primazia do tratado internacional quando em conflito com norma infraconstitucional. Com efeito, Philadelpho Azevedo, então Ministro da Excelsa Corte, publicou, em 1945, comentário em que demonstrava a convicção unânime da Suprema Corte, àquela época, quanto à prevalência dos tratados internacionais sobre o

¹⁴⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil: Workshop**. STJ. São Paulo, 2000, p.56.

¹⁴⁷ DOTTO, Adriano Cielo; CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele. op. cit., p. 512.

¹⁴⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. op. cit., p. 32.

¹⁴⁹ BICUDO, Hélio. op. cit., p. 230.

¹⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil: Workshop**. 2000. p.95 Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/API/article/view/3516>>

direito interno infraconstitucional. Tal situação, contudo, não prevaleceu após o julgamento do RE 80.004-SE, em 1977.¹⁵¹

Não obstante, em 1977 com o julgamento do RE 80.004-SE, o Supremo Tribunal Federal chegou à conclusão de que no sistema jurídico brasileiro os tratados e convenções guardam a estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado¹⁵². Por conta deste entendimento, a doutrina classificou que no Brasil foi adotado o monismo moderado, “expressão que jamais fora utilizada pelos tribunais em casos anteriores, nem tampouco no próprio RE n.º 80.004”¹⁵³.

Esta posição gerou críticas da doutrina, pois:

Acredita-se que o entendimento firmado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 enseja, de fato, um aspecto crítico, que é a sua indiferença às conseqüências do descumprimento do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Esta posição afronta, ademais, o disposto pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não-cumprimento de tratado. Tal dispositivo reitera a importância, na esfera internacional, do princípio da boa-fé, pelo qual cabe ao Estado conferir cumprimento às disposições de tratado, com o qual livremente consentiu. Ora, se o Estado no livre e pleno exercício de sua soberania ratifica um tratado, não pode posteriormente obstar seu cumprimento. Além disso, o término de um tratado está submetido à disciplina da denúncia, ato unilateral do Estado pelo qual manifesta seu desejo de deixar de fazer parte de um tratado. Vale dizer, em face do regime de Direito Internacional, apenas o ato da denúncia implica a retirada do Estado de determinado tratado internacional. Assim, na hipótese de inexistência do ato da denúncia, persiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional.¹⁵⁴

A doutrina tem entendido que “para o STF, após 1977 e antes da EC n.º 45, a posição é de que todos os tratados (de direitos humanos ou não) seriam recebidos como lei ordinária, posição seguida pelo STJ”¹⁵⁵.

Então, em 2004, a Constituição Brasileira incorporou a Emenda Constitucional n.º 45, a qual acrescentou o §3º ao artigo 5º da Carta Magna que diz:

¹⁵¹ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno: um estudo sobre a jurisprudência do STF. **REVISTA ESMAFE**: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Recife: TRF 5ª Região, nº 14. Março 2007., p. 145-164, p. 150.

¹⁵² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A opção do judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas. **Revista CEJ**, v. 5, n. 14, p. 112-120, 2001, p. 113.

¹⁵³ BINENBOJM, Gustavo. Monismo e Dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. **Revista Forense**, v. 350, 2000, p. 190.

¹⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 83-84.

¹⁵⁵ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. op. cit., p. 152.

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” de modo que foi necessária a revisão do entendimento adotado quanto aos pactos no Brasil.

Isso porque, a partir deste momento, a Constituição Federal passou a determinar que os tratados de direitos humanos aprovados seguindo os trâmites do Congresso Nacional teriam validade de emenda constitucional. Mas, os acordos internacionais de direitos humanos já eram aplicados há muito tempo no país. Desse modo, restou necessário sua definição no ordenamento pátrio.

É indispensável apontar que mesmo o Brasil ratificando tratados internacionais e fazendo previsão na CRFB/88 sua implementação não ocorreu efetivamente. Isso é evidenciado primeiramente nas normas processuais penais, que de forma alguma privilegiam os aspectos de respeito aos direitos humanos da pessoa presa e, em segundo lugar, na falta de prudência ao não se oportunizar estas garantias nos procedimentos criminais.

Presentemente a doutrina classifica que tratados com valor legal são aqueles que discorrem de temas como: assuntos mercantis, econômicos, de cooperação, de demarcação territorial. Portanto, aqueles acordos que não tratam de direitos humanos¹⁵⁶.

De outro norte, tem-se a doutrina internacionalista que compreende os tratados como acima das leis. Esse entendimento fundamenta-se no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que foi aprovada pelo Congresso Nacional¹⁵⁷ e ratificado pelo Poder Executivo por meio do Decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009.

Na perspectiva de supralegalidade, é o parecer firmado pelo STF em 03.12.08 no RE 466.343-SP e HC 87.585-TO. Mesmo assim, esta conclusão não foi construída de forma fácil.

Há anos, existe muita polêmica sobre o *status* normativo (nível hierárquico) do Direito Internacional dos Direitos Humanos no direito interno brasileiro. Um forte setor da doutrina (Flávia Piovesan, Antônio Cançado Trindade, Valerio Mazzuoli etc.) sustenta a tese de que os tratados de direitos

¹⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio; DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional?. **Revista de direito**, v. 12, n. 15, 2015, p. 8.

¹⁵⁷ Ibidem p. 9.

humanos (Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos civis e políticos etc.) contariam com *status* constitucional, por força do art. 5º, §2º, da CF (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”). Essa tese, aliás, foi acolhida (dentro da nossa Suprema Corte) pelo Min. Celso de Mello (HC 87.585-TO)¹⁵⁸

Todavia, a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal é a de que:

[...] examinada a matéria sob a perspectiva da “supralegalidade”, tal como preconiza o eminente Ministro GILMAR MENDES, que, cuidando-se de tratados internacionais sobre direitos humanos, estes não de ser considerados como estatutos situados em posição intermediária que permite qualificá-los como diplomas impregnados de estatura superior à das leis internas em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República¹⁵⁹.

Logo, considera-se que os tratados de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 têm o caráter de supralegalidade, acima das leis, mas inferior à Constituição.

Depois dessa referida (e histórica) decisão do STF, a síntese que poderia ser feita seria a seguinte:

- a) tratados de direitos humanos não aprovados com *quórum* qualificado: valor supralegal;
- b) tratados de direitos humanos aprovados com *quórum* qualificado pelo Congresso Nacional: valor de Emenda Constitucional (valor constitucional);
- c) tratados que não versam sobre direitos humanos: valor *legal* (tese da equiparação ou paridade);
- d) exceção a essa regra constituiu eventual tratado sobre direito tributário (visto que ele goza de valor supralegal – CTN, art. 98)¹⁶⁰.

Por fim, é elucidado que apesar de renovada, a jurisprudência da Suprema Corte precisa de constantes melhoramentos para que possa entrar em sintonia com os tratados de direitos humanos que o Brasil se comprometeu em cumprir.

É necessário ponderar o louvável trabalho do Ministro em busca de atualizar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos. No entanto, as possibilidades do texto da Constituição Brasileira possuem um alcance bem maior do que

¹⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio; DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional?, p.10.

¹⁵⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n.º 349703/RS, Relator: Min. Carlos Britto. Relator p/ Acórdão: Gilmar Mendes. 03 dez. 2008. Tribunal Pleno. **DJe n.º 104**. 05 jun. 2009

¹⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio; DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio. op. cit. loc. cit.

o apresentado neste voto. Nesse sentido, é importante a identificação do chamado Estado Constitucional Cooperativo na Constituição de 1988¹⁶¹.

Com isso se enfatiza que no Brasil não só a CRFB/88 elenca e garante direitos fundamentais. O Estado se comprometeu na ordem internacional em cumprir e internalizar diversos documentos que asseguram um mínimo de garantias aos cidadãos. Então, é dever efetivar estes direitos, cujos não necessariamente precisam estar textualmente dispostos nas normas infraconstitucionais. Sem embargo, especialmente na esfera do processo penal, não se distingue a realização destas obrigações.

2.2. A NATUREZA JURÍDICA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA PENAL E PROCESSUAL PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

Logo após os acontecimentos da II Guerra Mundial, o mundo voltou seus olhos para mecanismos que impeçam o retorno destas situações. O mundo ainda estava buscando balizas para o desenvolvimento futuro. Razão pela qual surgiram os diversos órgãos internacionais que trabalham com o tema.

Já no Brasil, os reflexos dos novos preceitos demoraram a chegar. Em certa medida pela distância do país em relação ao centro daqueles acontecimentos, mas também pelo regime de estado que estava em atuação. Todavia “a década de 80 representou, para a América Latina, a transição de sistemas políticos autoritários a governos democraticamente eleitos, com implicações profundas para o sistema de justiça penal”¹⁶². E assim, os novos ares começaram a trazer frutos.

Não somente o Brasil, mas toda América Latina havia sofrido com regimes ditatoriais que desrespeitavam patentemente as regras penais e processuais penais para punição de seus opositores, mas que agora começavam a perder espaço e poder para os novos pensamentos democráticos, que não se restringiam apenas a forma de eleição de governos. Em toda a região novas constituições começaram a ser elaboradas e votadas, incorporando as novas ideias, sobretudo dando abrigo constitucional aos direitos humanos.

¹⁶¹ MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e cooperação normativa no plano internacional: reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 466.343-1. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 9, n. 2, p. 113-124, 2008, p. 119.

¹⁶² AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Criminalidade e justiça penal na América Latina. **Sociologias**, n. 13, p. 212-241, 2005, p. 212.

Essa proteção da lei maior refletiu diretamente na aplicação da justiça penal.

Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. A partir daí, faz-se mister uma nova metodologia hermenêutica (também analítica e linguística), valorativa, comprometida de forma ético-política, dos sujeitos do processo e voltada ao plano internacional de proteção dos direitos humanos. Por isso, há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, o do devido processo.¹⁶³

Isso significa dizer que com base nos novos princípios constitucionais busca-se um novo olhar para o direito penal e para o processo penal. Por meio das novas constituições não se admitiria mais aplicação desvirtuada da justiça penal.

Parece-nos possível identificar, na superação deste *enclausuramento normativo*, que somente tem olhar para o ordenamento jurídico interno, o surgimento, talvez, de uma nova política-criminal, orientada a reduzir os danos provocados pelo poder punitivo a partir do diálogo (inclusivo) dos direitos humanos¹⁶⁴.

A integração dos novos paradigmas dos direitos humanos nas constituições, as quais garantem sua aplicação imediata e por meio dos juízes e tribunais pátrios, que devem ao aplicar o Código de Processo Penal buscar contemplar não só a conformidade constitucional, como também a convencional, garantindo que a lei aplicada seja adequada com a Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁶⁵.

Então, revela-se significativo a parametrização do sistema de direitos humanos na constituição, pois “representa o principal elemento de integração do direito interno ao direito internacional, representando assim o núcleo pré-constitutivo da mencionada “sociedade universal do gênero humano”¹⁶⁶.

Assim, tem-se que deve ser sempre observada a sintonia entre as normas penais e processuais penais e os ditames constitucionais, bem como as normas de direitos humanos para a bem aplicação do processo penal. Esta nova leitura se dá

¹⁶³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p.12.

¹⁶⁴ LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**, n. 17, p. 11-23, 2014, p. 165.

¹⁶⁵ Ibidem, p.166,

¹⁶⁶ COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. **O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos**, 2001. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>, Acesso em: 06 jul. 2019

em decorrência da Constituição de 1988 e de sua abertura aos tratados e convenções de direitos humanos.

Nesse sentido, a jurisprudência Interamericana de Direitos Humanos já visitou o tema e concluiu, em mais de uma oportunidade que o processo penal brasileiro deve ser aprimorado.

Tomando estes padrões como referência, a Corte considerou que o Estado descumpriu suas obrigações de respeito e de garantia (artigo 1.1), em relação às garantias do devido processo e de um julgamento justo (artigos 8 e 25), os artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura [...] ¹⁶⁷

Da mesma forma, na decisão do caso da Maria da Penha Fernandes que pode ser considerado o mais emblemático caso em desfavor do Estado Brasileiro, ficou determinado a revisão dos procedimentos processuais penais no Brasil a fim de que:

Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:

- a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;
- b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;
- c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;
- d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.
- e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares. ¹⁶⁸

Resta claro que o Estado Brasileiro necessita rever sua posição quanto aos procedimentos dispensados para a persecução da tutela estatal para punição de

¹⁶⁷ BOLETIM DE JURISPRUDÊNCIA. n. 2. nov. 2015/abr. 2015. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Unión Europea. p. 10. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/boletin2por.pdf>> Acesso em: 06 jul. 2019

¹⁶⁸ OEA. Relatório n.º 54/01. De abril de 2001. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Brasil. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>> Acesso em: 07 jul. 2019

crimes. Isso significa dizer que se necessita rever os procedimentos para a elucidação dos crimes que ocorrem no país.

Por outro lado, no afã da busca pelo esclarecimento da empreitada criminosa e dos seus executores, a nação não pode esmaecer na aplicação das leis, convenções e tratados vigentes em relação às garantias conferidas àqueles que se evidenciam como perpetradores de delitos. Evocando-se que inclusive o maior dos criminosos é igual em dignidade¹⁶⁹.

Então restam capitular os acordos internacionais dos quais o Estado Brasileiro faz parte e que versam sobre os procedimentos penais e processuais penais, os quais podem, em certa medida, conflitar com o vigente Código de Processo Penal de 1941, mas que, sobretudo, devem ser respeitados, pois:

Neste sentido, o direito penal processual, bem como as normas constitucionais, constituem, no âmbito de um Estado de Direito, instrumentos para minimizar e controlar o poder punitivo estatal, visando assegurar os direitos fundamentais do cidadão contra a arbitrariedade e abusos no uso da força por parte do Estado¹⁷⁰

Razão pela qual também se devem observar os tratados e convenções. O Brasil vem ratificando uma série de protocolos internacionais que visam garantir direitos aos seus cidadãos. Em sua maioria, estes documentos versam sobre direitos humanos. Todavia, no cerne destas legislações, há também proteções específicas ao ramo penal e processual penal.

Nesse tocante, é preciso avaliar as mesmas garantias conferidas pelos dispositivos dos parágrafos 2º, 3º e 4º da CRFB/88, pois bebem da mesma origem. Não se esquecendo do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário (RE) nº 349.703/RS.

Em 1948 foi proclamada em Paris a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) que buscou assentar uma base axiológica universal de proteção, estabelecendo assim um paradigma ético e humanitário que também deve ser aplicado ao sistema criminal e ao processo penal como regra de *jus cogens*¹⁷¹.

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13ª ed. rev. e atual. Livraria do Advogado. 2018. p.104.

¹⁷⁰ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. op. cit., p.216.

¹⁷¹ GIACOMOLLI, Nereu José. op. cit., p. 4.

Este documento foi produzido pela Assembleia Geral das Nações Unidas por meio da Resolução 217 A(III) da Assembleia Geral¹⁷². No contexto brasileiro, é importante frisar que o país foi um dos fundadores desta organização (ONU), participando de inúmeras conferências que culminaram na assinatura em 26 de junho de 1945 da Carta das Nações Unidas na Conferência de São Francisco¹⁷³.

Neste raciocínio, implica asseverar que é válida inteiramente no Brasil a DUDH, pois o país além de ser membro, é um dos fundadores do organismo internacional que a promoveu. Todavia, as declarações configuram uma espécie de “carta de intenções”. Já os tratados, pactos ou convenções têm natureza normativa e força vinculatória, que obrigam juridicamente os Estados-parte¹⁷⁴.

Em seus breves 30 artigos, contabiliza-se 5 que tratam diretamente da persecução penal. No artigo 3º vem expressão o direito integral à vida, à liberdade e à segurança pessoal, o que na leitura realizada a partir do ponto de vista estatal impõe a necessidade e obrigatoriedade de garantir a toda a população estes três elementos básicos do mundo dito civilizado. O Estado fica proibido, em tese, de aplicar penas de morte e também está obrigado a garantir a liberdade e segurança pessoais.

Na mesma toada, encontra-se no artigo 5º que não haverá aplicação de tortura ou penas/tratamentos cruéis, desumanos e degradantes. Pode-se entender como desdobramento do artigo anterior e também como outra proibição a persecução penal estatal.

Cabe destacar nesse tocante que, apesar de as penas estabelecidas no ordenamento jurídico pátrio não ferirem o artigo em tela, a sua execução não reflete os princípios de dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais impingido por estes acordos internacionais.

Da mesma forma, o artigo 9º traz a proibição a qualquer forma de prisão ou detenção arbitrária, ou ainda a exílio. Todavia é necessário o balizamento por meio de leis locais sobre o entendimento de arbitrariedade, tema que será discutido no item 3.3 deste trabalho.

¹⁷² NAÇÕES Unidas. Brasil. c2018. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>> Acesso em: 06 jul. 2019.

¹⁷³ MALISKA, Marcos Augusto. **Estado e Século XXI: A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional**. Renovar, 2006, p. 37.

¹⁷⁴ MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 192.

No mesmo panorama, tem-se no artigo 10º a imposição de que os julgamentos sejam realizados por tribunais independentes e imparciais de forma equitativa e publica. Ou seja, é outra obrigação do estado organizar um poder judiciário independente, que possa por si mesmo fazer a leitura adequada dos preceitos legais pátrios e também convencionais.

E por fim, o artigo 11º que trata do estado de inocência até o esgotamento de todas as vias existentes para apreciação do caso, bem como a reafirmação do princípio da legalidade, em que somente é possível processar criminalmente ações e omissões que previamente ao seu cometimento eram entendidas como delitos.

Portanto, a DUDH serve como base principiológica para a aplicação e organização de um sistema penal, em especial nos estados signatários da Organização das Nações Unidas. Assim, é necessário observar quando da construção legislativa penal e processual penal, as determinações desta declaração.

Conjuntamente a este documento, em 1966 foi firmado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), no qual se “forneceu suporte técnico-jurídico à efetivação dos direitos humanos”¹⁷⁵. Da mesma forma, observa-se que com o surgimento deste documento, o sistema global de proteção aos direitos humanos passou a ter mais consistência.

No Brasil, este pacto começou a ter efeitos jurídicos apenas em 1992 quando de sua promulgação pelo Decreto 592 de 6 de julho daquele ano.

As regras do devido processo, mormente as assecuratórias da liberdade, foram inseridas no capítulo referente à proteção dos direitos civis e políticos. Ademais, reconhece-se o direito à vida, a excepcionalidade de pena de morte, veda-se a tortura, as penas e tratamentos cruéis e degradantes”¹⁷⁶

Em termos penais e processuais penais, este pacto determina em seu artigo 9º, item 3 que: “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”¹⁷⁷. Esta previsão também está contida no Pacto de São José da Costa Rica.

¹⁷⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica, p. 4.

¹⁷⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. *Ibidem.*, p. 5.

¹⁷⁷ BRASIL. Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jul.1992.

Como já visto, o Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução 213 regulamentou a audiência de custódia. Depois, por meio da Lei 13.964/19 que alterou o CPP, também se previu a apresentação do preso à autoridade judicial. São dois passos importantes para a harmonização do direito interno, com esta normativa internacional da qual o Brasil faz parte.

Do mesmo modo, também há validade jurídica no Brasil o Tribunal Penal Internacional (TPI). Sua primeira previsão surgiu junto com a Constituição de 1988 que no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que determina: “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”¹⁷⁸.

Porém somente em 1998 que surge o Estatuto de Roma, o qual previu a criação deste Tribunal e que foi aprovado por ampla maioria. O Brasil assinou o pacto no ano 2000 e em junho de 2002 foi aprovado pelo Congresso Nacional¹⁷⁹.

Sua criação foi estimulada e entendida como necessária, após a criação na década de 1990 do Tribunal para a Antiga Iugoslávia em 1993 e o Tribunal para Ruanda em 1994.

Estes dois últimos, ademais de exercerem uma jurisdição concorrente e prevalente com a criminal nacional, forma alvo de severas críticas, por serem temporários, *ad hoc* e instituídos *ex post facto* (criados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas em 1990), mormente por violação da legalidade penal e processual (anterioridade da lei e juiz predeterminado)¹⁸⁰.

Assim, a existência deste Tribunal “representa uma evolução na proteção dos direitos humanos, possibilitando a submissão dos casos mais preocupantes de violação desses direitos a essa corte internacional”¹⁸¹.

Significativo mencionar que o TPI adotou já em seu primeiro artigo a tese da compatibilidade, na qual são colocadas em primeiro lugar a legislação e as práticas

¹⁷⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁷⁹ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Estudos avançados**, v. 16, n. 45, p. 187-197, 2002, p. 187.

¹⁸⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica, p. 5.

¹⁸¹ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P. 28.

legislativas dos Estados e que serão complementadas por uma série de instituições internacionais¹⁸².

Outro princípio abarcado por este tribunal foi o da universalidade, no qual “os Estados-partes colocam-se integralmente sob a jurisdição da Corte, não podendo subtrair de sua apreciação determinados casos ou situações”¹⁸³.

Assim, o TPI exerce a jurisdição prescritiva que “na ausência de qualquer outro vínculo jurisdicional aceitável, à época da ocorrência do crime em questão”¹⁸⁴, o que é complementar ao princípio da compatibilidade.

Sendo assim, vislumbra-se que “a maior contribuição que a nova Corte poderá dar para consolidar a paz, a segurança e o respeito aos direitos humanos no mundo será fazer com que ele transite de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade”¹⁸⁵.

Diante destes pactos e tratados internacionais, percebe-se que o Brasil está estritamente vinculado em sua produção legislativa à obediência, cumprimento e implementação destes compromissos. Não se pode olvidá-los e produzir normas que destoem destas determinações, ao passo que, deve-se urgentemente compatibilizar a legislação já existente.

É imperiosa essa compatibilização do direito interno com a realidade internacional, pois como será visto a seguir, o Brasil também aceitou ser fiscalizado pelos órgãos internacionais. Esse supervisionamento externo já detectou inúmeras e graves falhas no sistema penal e processual penal, especialmente no início dos procedimentos. Esse tema será tratado a seguir.

2.3. A ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DA COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS (CIDH) E DA CORTE DE DIREITOS HUMANOS (CorteIDH) EM MATÉRIA PENAL E PROCESSUAL PENAL

Como visto acima, o Brasil adotou voluntariamente vários pactos internacionais para proteção dos direitos humanos. Em especial se destaca a

¹⁸² FERNANDES, David Augusto. O Tribunal Penal Internacional: A Concretização de um Sonho. **APOIO-UNISAL**, v. 29, n. 2, p. 301-334, 2013, p. 324.

¹⁸³ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. op. cit., p.193.

¹⁸⁴ JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. O **princípio da universalidade da jurisdição no Direito Internacional Penal**: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional. 2005. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Curso de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2005. p.107.

¹⁸⁵ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. op. cit., p.195.

Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a Carta da OEA e a Convenção Americana de Direitos Humanos (ou Pacto de San Jose da Costa Rica), os quais acabam por formar o sistema regional de proteção aos direitos humanos.

Nessa linha, tem-se que o sistema interamericano de direitos humanos “tem por escopo garantir que a responsabilidade internacional assumida pelos Estados-membros da OEA – Organização dos Estados Americanos – seja eficaz”¹⁸⁶. Em outras palavras, busca-se o engajamento dos membros a fim de assegurar a eficácia dos direitos humanos nos estados, possibilitando-se inclusive a aplicação de sanções aos estados omissos.

Foi necessário estruturar este sistema, então, com o objetivo de assegurar uma eficácia prática no sentido de permitir aqueles indivíduos ou órgãos de representação, quando se sentirem afetados por condutas estatais, acionem este sistema buscando uma resposta ou responsabilização.

Para tanto, conforme ensina Mazzuoli¹⁸⁷ a Convenção é integrada por dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH). Não obstante, esses organismos são complementares ao direito interno de cada membro e somente é acionada quando há denúncia de que não há cumprimento do pacto.

A CIDH está encarregada de investigar fatos de violação de suas normas, enquanto que a CorteIDH tem jurisdição obrigatória para aqueles Estados membros do pacto que a aceitaram de forma expressa¹⁸⁸. Em outras palavras é este o órgão responsável por realizar o julgamento dos membros da convenção¹⁸⁹.

A CIDH foi criada em 1959 pela OEA em decorrência do Pacto de San Jose da Costa Rica, a qual é seu principal órgão¹⁹⁰, e tem como papel então promover e proteger os direitos humanos na região em que atua, monitorando as ocorrências,

¹⁸⁶ BORGES, Nadine. Damião Ximenes Lopes; **Primeira Condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 94.

¹⁸⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 33.

¹⁸⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 367.

¹⁸⁹ CORREA, Alzira Josiane; CARNEIRO, Simone Rezende. O sistema interamericano de proteção dos direitos Humanos e o caso Maria da Penha. **Revista CEPPG**, n. 23, 2010, p. 6.

¹⁹⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 422.

examinando denúncias individuais e exercendo atividades diversas por meio de suas relatorias temáticas¹⁹¹.

De outro modo, “ela é considerada um órgão internacional de investigação, conciliação e persecução em juízo de violações de direitos humanos”¹⁹². Se estabelece uma instituição para averiguar como os membros estão se comportando para garantir os direitos humanos estabelecidos no pacto. Garante-se também ao Estado um espaço para elucidação de suas práticas.

Assim, diante desta configuração, afirma Mazzuoli¹⁹³ que a CIDH tem funções ambivalentes, mas o trâmite processual neste órgão é indispensável, visto que “todas as petições contra os Estados têm que ser processadas perante a Comissão”¹⁹⁴.

A CIDH é “composta por sete membros (denominados Comissários ou, mais usualmente como decorrência do termo em espanhol, “Comissionados”), que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos”¹⁹⁵.

Estes comissários “não representam seus países, mas têm, antes de tudo, a responsabilidade de assegurar o respeito aos direitos humanos na região, determinando medidas a serem conduzidas pelos Estados-partes”¹⁹⁶.

A eleição dos comissários se dá a partir de uma lista de até três candidatos propostos pelos governos de cada Estado-membro, podendo ser indicado menos candidatos, os quais não necessitam ser originários destes países.¹⁹⁷ “Mas quando for proposta uma lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente”¹⁹⁸. “A eleição é feita pela Assembleia Geral da OEA”¹⁹⁹.

¹⁹¹ CAMBIAGHI, Cristina Timponi; VANNUCHI, Paulo. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH):** reformar para fortalecer. Lua Nova, n. 90, p. 133-165, 2013, p. 141.

¹⁹² BRAGATO, Fernanda Frizzo; COUTINHO, Isabella Maraschin. A efetivação do direito à memória e à verdade no contexto brasileiro: o julgamento do caso Julia Gomes Lund pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, v. 9, n. 1, p. 125-142, 2012, p. 127.

¹⁹³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. op. cit., p.50.

¹⁹⁴ RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 6. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 423.

¹⁹⁵ Ibidem, loc. cit.

¹⁹⁶ GONÇALVES, Tamara Amoroso. Direitos Humanos das mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Trad. de notas e citações Luciana Yonekawa. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 134.

¹⁹⁷ RAMOS, André de Carvalho. op. cit. loc. cit.

¹⁹⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. op. cit., p. 828.

¹⁹⁹ MILHOMENS, Heitor Antunes. Da jurisprudência à declaração: a trajetória inversa do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O mandato é de quatro anos, com a possibilidade de uma única recondução para um período igual²⁰⁰. Assim, compreende-se que os comissários são eleitos em caráter pessoal, apesar de sua indicação pelo Estado-membro. Também como condição para sua eleição é ter elevada conduta moral e reconhecido trabalho na área de direitos humanos. Isto é, todos os comissários têm elevado conhecimento tanto de direitos humanos como dos procedimentos legais que os países membros deve seguir.

As funções da CIDH são bastante diversificadas, sendo a sua atuação chave na promoção e proteção dos direitos humanos na região. Segundo o artigo 41 da Convenção Americana de Direitos Humanos, são funções da Comissão:

ARTIGO 41

A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

- a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b) formular recomendações aos governos dos Estados-Membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
- c) preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes o desempenho de suas funções;
- d) solicitar aos governos dos Estados-Membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
- e) atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-Membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;
- f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e
- g) apresentar um relatório anual a Assembléia-Geral da Organização dos Estados Americanos.

Em resumo, para atingir estes objetivos, a Comissão deve:

- i) fazer recomendações aos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção dos direitos garantidos pela Convenção; ii) preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; iii) solicitar aos governos informações relativas às medidas por ele adotadas concernentes à efetiva

In: Manual de jurisprudência dos direitos indígenas 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais. – Brasília: MPF, 2019, p. 190.

²⁰⁰ TONIAL, Maira Angélica Dal Conte; PIUCCO, Micheli. Controle de convencionalidade das leis. *Revista da Escola Judicial do TRT4*, v. 1, n. 01, p. 15-39, 2019, p. 27.

aplicação da Convenção e iv) submeter um relatório anual à Assembleia Geral da OEA.²⁰¹

Ou seja, a CIDH é que irá efetivamente fiscalizar os Estados-membros, informando sobre a necessidade de adoção de medida para que haja a devida proteção aos direitos humanos. Para isso também irá produzir relatórios sobre as situações encontradas e poderá solicitar informações aos governos dos Estados-membros sobre as medidas por eles adotadas para cumprir a Convenção.

E também como função primordial da Comissão, haverá a produção anual de relatório sobre os trabalhos realizados, sobre as situações dos Estados-membros, o qual será submetido à Assembleia-Geral da OEA para votação e aprovação.

Em relação ao Brasil, já se identificaram divergências sérias ante os compromissos assumidos:

A ação da Comissão Interamericana Sobre Direitos Humanos e as condenações perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos impostas ao Estado Brasileiro podem estar causando desconfortos entre as autoridades. Neste contexto, observamos um crescimento do conflito entre o Estado Brasileiro e a Comunidade Internacional, tendo como mola propulsora levada à tensão crescente por parte dos Tribunais, e do vazio de poder ou inconsequência legislativa, omissões e subserviências do Poder Legislativo, talvez acreditando na possibilidade de engodo sobre a Comunidade Internacional em questão aos Direitos Humanos e respectivos Tratados Internacionais.²⁰²

No tocante às petições, a CIDH irá se guiar pelas linhas desenhadas na Convenção quanto ao trâmite:

O procedimento ordinário de petições perante a Comissão Interamericana de direitos Humanos obedece ao que foi estabelecido pelo Pacto de San José, que prevê cinco etapas: admissibilidade; investigação dos fatos mediante informação apresentada pelas partes; solução amistosa; emissão do informe provisional do art. 50 do Pacto de San José da Costa Rica; e, sendo o caso, envio do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.²⁰³

²⁰¹ GONÇALVES, Tamara Amoroso. **Direitos humanos das mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Trad. de notas e citações Luciana Yonekawa. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 135.

²⁰² ROCHA REBOUÇAS, Ramiro Carlos; MORALES SIERRA, Vânia. Poder Judiciário no Brasil: Incompatibilidades e Resistências ao Pacto de San Jose da Costa Rica. DOI: <<http://dx.doi.org/10.15600/2238-1228/cd>> **Cadernos de Direito**, v. 14, n. 26, p. 71-86, 2014.

²⁰³ ÁVILA, Flávia de Cury; NASSER, Paula Maria. **Os Princípios Jurídicos e a efetividade das sentenças da Corte interamericana de direitos humanos no Brasil**. Revista de Direito da FHC/FUMEC. Belo Horizonte, v.4, n. 2, p. 209-235, jul/dez. 2009, p. 218.

Em relação às provocações feitas à CIDH, tem-se que

Pode receber *petições individuais e interestatais* contendo alegações de violações de direitos humanos. O procedimento individual é considerado de adesão obrigatória e o interestatal é facultativo. A Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe que qualquer pessoa – não só a vítima – pode peticionar à Comissão, alegando violação de direitos humanos de terceiros.²⁰⁴

As petições enviadas devem conter uma descrição completa dos fatos, a argumentação jurídica apresentando os direitos violados e a formulação de um pedido, que pode ser de indenização, ressarcimento, adoção de medidas compensatórias às vítimas ou reprimenda aos ofensores²⁰⁵.

Interessante ressaltar que a Convenção acabou por ampliar os legitimados para apresentar denúncias, diferentemente de outros documentos internacionais.

Diversamente de outros tratados de direitos humanos, a Convenção Americana não atribui exclusivamente às vítimas de violações o direito de submeter petições individuais. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas e certas organizações não governamentais também podem fazê-lo.²⁰⁶

Paralelamente, a Secretaria Executiva da CIDH é a responsável pelo recebimento e análise prévia das petições. Antes de ser decidido sobre a admissibilidade ou não da denúncia, as partes podem ser convidadas para apresentarem observações adicionais, por escrito ou em audiência²⁰⁷. Deve-se verificar o esgotamento das vias internas de trâmites processuais, sem o qual não é admitido o trâmite perante a Comissão²⁰⁸.

Todavia, pode haver uma flexibilização quanto ao esgotamento das vias internas, quando se verificar que seus recursos não são efetivos e houver demora

²⁰⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 423.

²⁰⁵ GONÇALVES, Tamara Amoroso. op. cit., p. 143.

²⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006b, p. 93.

²⁰⁷ MACIEL, Débora Alves; FERREIRA, Marrielle Maia Alves; KOERNER, Andrei. Os Estados Unidos e os mecanismos regionais de proteção dos direitos humanos. **Lua Nova**, n. 90, p. 271-297, 2013, p. 274.

²⁰⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 343.

injustificada na prestação jurisdicional, ou ainda quando houver comprovado receio dos cidadãos ou defensores dos direitos humanos em procurar a justiça²⁰⁹.

Interessante se destacar aqui que, como será explanado adiante, estas são as respostas típicas que o Estado Brasileiro apresenta ante a CIDH: não houve esgotamento de recursos internos e que não há demora na prestação jurisdicional.

Após estes trâmites iniciais:

A CIDH pronuncia-se sobre a admissibilidade da petição por meio de relatório público, divulgado no Relatório Anual da CIDH para a Assembleia Geral da OEA, no qual a petição é registrada e se inicia o procedimento referente ao mérito da questão.²¹⁰

Se for constatado que houve violações aos direitos humanos pelo Estado-membro é elaborado o Primeiro Informe ou Primeiro Relatório, o qual é encaminhado ao Estado com recomendações de caráter sigiloso. Decorrido o prazo de três meses sem a reparação do dano pelo Estado, e entendendo-se ser necessário para a proteção dos direitos humanos, o caso será enviado à Corte, caso o Estado tenha reconhecido sua jurisdição²¹¹.

Na ausência de judicialização da causa apresentada é produzido o Segundo Informe, o qual é público. Neste, a CIDH encaminha às partes “suas conclusões finais e recomendações, com prazo fixado para informar sobre o cumprimento do seu teor”²¹². Todavia, não há um caráter de cumprimento obrigatório, atendo a Comissão às suas funções de conciliação, investigação e a possível persecução em juízo.

Compreende-se assim, que a sanção máxima que a CIDH pode aplicar a um Estado-membro é divulgar à Assembleia Geral da OEA o Relatório Anual, no qual está registrado o Segundo Informe, causando desta forma um constrangimento e embaraço internacional ao Estado violador²¹³.

Percebe-se assim que a Comissão tem a função de analisar a situação apresentada, informar ao Estado-membro as suas conclusões e aguardar a

²⁰⁹ Idem. **Código de direito internacional dos direitos humanos anotado**. São Paulo: DPJ Editora 2008, pp. 1280.

²¹⁰ MACIEL, Débora Alves; et al, op. cit., loc. cit.

²¹¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 427.

²¹² Ibidem., p. 428.

²¹³ ANNONI, Danielle. **Direitos humanos & acesso à justiça no plano internacional: responsabilidade internacional do Estado**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 128.

implementação das sugestões elaboradas. Caso não haja resposta no prazo designado, pode o caso então ser enviado à CortelDH para julgamento da causa. Observa-se assim que o sistema é complexo, todavia garante a manifestação de todos os membros da Sistema Interamericano de Direitos Humanos, fortalecendo-se em busca do cumprimento do pacto.

Outro órgão autônomo criado pela Convenção foi a CortelDH, a qual tem sua sede em San José na Costa Rica. Todavia, esta é uma instituição judiciária com jurisdição contenciosa e consultiva.

A Corte, criada em 1978, resulta do início da vigência da Convenção e foi adotada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada no período de 7 a 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica.²¹⁴

Porém, para que a CortelDH possa exercer sua jurisdição sobre qualquer Estado é necessário que este tenha expressamente depositado e reconhecido a competência perante a OEA²¹⁵. Atualmente 25 Estados realizaram o depósito se submetendo à Corte, sendo eles: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela²¹⁶.

Todavia, essa posição da CortelDH exercer sua jurisdição apenas àqueles Estados que a reconhecem é bastante criticada.

Diversamente da Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana não possui jurisdição universal, é dizer, somente os Estados-partes que admitem a sua competência e a Comissão tem acesso à sua jurisdição, ou seja, podem encaminhar-lhe casos de violações a direitos humanos. Essa jurisdição limitada restringe o acesso direto dos cidadãos à Comissão, o que é amplamente criticado e espera-se ver modificado, a título do que ocorreu no Sistema Europeu, em que com o tempo a Corte passou a receber diretamente denúncias dos indivíduos²¹⁷.

²¹⁴ BORGES, Nadine. **Damião Ximenes Lopes: Primeira Condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 100.

²¹⁵ GONÇALVES, Tamara Amoroso. **Direitos humanos das mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Trad. de notas e citações Luciana Yonekawa. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 144.

²¹⁶ OEA. Departamento de Derecho Internacional. Costa Rica. c2014. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm> Acesso em 14 dez. 2019.

²¹⁷ GONÇALVES, Tamara Amoroso. op. cit., loc. cit.

Assim, fica claro que “os indivíduos *dependem* da Comissão ou de outro Estado (*actio popularis*) para que seus reclamos cheguem à Corte IDH”²¹⁸. Então a legitimidade ativa para provocação da Corte é somente da CIDH e dos Estados-membros. Todavia, importantes vozes se manifestam contrariamente a esta forma

:

Em suas reflexões e recomendações de lege ferenda expostas no curso que ministrara na sessão externa da Academia de Direito Internacional da Haia realizada na Costa Rica, em 1995, para o aperfeiçoamento e fortalecimento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade chama a atenção para o fato de que, sem o direito de petição individual, e o conseqüente acesso à justiça no plano internacional, os direitos consagrados nos tratados de direitos humanos seriam reduzidos a pouco mais do que letra morta. (...)O direito de petição individual abriga, com efeito, a última esperança dos que não encontraram justiça em nível nacional. Não me omitiria nem hesitaria em acrescentar, - permitindo-me a metáfora, - que o direito de petição individual é indubitavelmente a estrela mais luminosa no firmamento dos direitos humanos. Em seu Voto Concordante na Opinião Consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, emitida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos à solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Cançado Trindade afirma que o direito de petição individual às Cortes Internacionais de Direitos Humanos representa um resgate histórico do indivíduo como sujeito de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Referindo-se, nesta oportunidade, a seu Voto no caso Castillo Petruzi y Otros versus Peru (Exceções Preliminares, Sentença de 04/09/1998), ressalta que, instado pelas circunstâncias do caso espécie, qualificou o direito de petição individual como cláusula pétrea dos tratados de direitos humanos que o consagram.²¹⁹

A estrutura da “Corte Interamericana de Direitos Humanos é composta por sete juízes nacionais, provenientes dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos. Todos eleitos pelos Estados-partes da Convenção”²²⁰.

Estes são eleitos para um mandato, e poderão ser reeleitos para mais um.

Os juízes da Corte serão eleitos por um período de seis anos e só poderão ser reeleitos uma vez, em votação secreta, e pelo voto da maioria absoluta dos Estados-partes na Convenção, na Assembleia Geral da Organização, de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados.²²¹

Importante salientar que a composição da Corte IDH que os juízes são eleitos a título pessoal, em votação secreta e pelo voto da maioria absoluta dos Estados-

²¹⁸ RAMOS, André de Carvalho. op. cit., p. 429.

²¹⁹ PEREIRA, Antônio Celso A. Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos In: GUERRA, Sidney. Temas emergentes de direitos humanos. Campos dos Goitacazes: FDC, 2006, p. 264.

²²⁰ GONÇALVES, Tamara Amoroso. op. cit., p. 143.

²²¹ GUERRA, Sidney. A proteção internacional dos Direitos humanos no âmbito da corte interamericana e o controle de convencionalidade. **Nomos**, v. 32, n. 2, 2012, p. 343.

partes. Estes também devem ser juristas da mais alta autoridade moral, com reconhecida competência em matéria de direitos humanos e que tenham condições de exercer funções jurisdicionais de elevada hierarquia em seus países de origem²²². Estas disposições estão elencadas nos artigos 52 a 60 do Pacto de San José da Costa Rica²²³.

Nesta esteira, também é importante dispor que

Além dos 7 juízes, determinado caso pode ter um “juiz *ad hoc*” na jurisdição contenciosa, caso o Estado Réu não possua um juiz de sua nacionalidade em exercício na Corte. A CortelDH restringiu em 2009 – por meio da Opinião Consultiva n. 20 – a interpretação do art. 55 da Convenção, que trata do juiz *ad hoc*, eliminando tal figura das demandas iniciadas pela Comissão a pedido das vítimas (ou seja, todas até o momento) e mantendo-o somente para as demandas originadas de comunicações interestatais.²²⁴

Fica estabelecida, conseqüentemente, a importância da participação de um juiz nacional quando um Estado-membro denuncia outro pela transgressão da Convenção. Nas causas iniciadas por meio da CIDH é vetada a participação deste juiz, pois ao Estado violador já foi dada a oportunidade de participação do litígio e sua justificação e conciliação, como também foi definido pela Opinião Consultiva n. 20. Este também é o mesmo procedimento adotado pela Comissão.

As primordiais funções da CortelDH estão definidas nos artigos 61 a 64 e são divididas entre contenciosa e consultiva.

A Corte deve exercer sua competência contenciosa considerando a responsabilidade do Estado pela violação, uma vez que este se obrigou, ao ratificar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a não só garantir, como prevenir e investigar, usando todos os recursos que dispuser para impedir as violações da Convenção Americana²²⁵.

E de outro lado

²²² SILVA, Fábio Agostinho da. A comissão e a corte interamericanas de direitos humanos e a necessidade de observância do devido processo legal nos países membros do MERCOSUL. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011, p. 1319.

²²³ Decreto nº 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 União**, Brasília, 06 nov. 1992.

²²⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 429.

²²⁵ GUERRA, Sidney. op. cit., p. 344.

[...] no plano consultivo qualquer membro da OEA pode solicitar seu parecer (da Corte IDH) acerca da interpretação da CADH ou de qualquer tratado sobre proteção dos direitos humanos a que se submetam os Estados americanos, inclusive compatibilidade da legislação “doméstica em face dos instrumentos internacionais, efetuando, assim, o “controle da convencionalidade das leis.²²⁶

Faz-se necessário observar que “em relação à competência material (*ratione materiae*), está concebida no artigo 62, 3, que prevê que a Corte poderá conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção”²²⁷.

A Corte IDH funciona com sessões ordinárias e extraordinárias, vez que “não é um tribunal permanente. Os períodos extraordinários de sessões deverão ser convocados pelo seu presidente ou por solicitação da maioria dos juízes”²²⁸.

O *quórum* para deliberação sempre é de 5 juízes, sendo necessário apenas o voto da maioria para superar a questão. Os idiomas oficiais da Corte são: espanhol, inglês, português e francês, sendo que todos os anos há revezamento. Pode-se também adotar o idioma do Estado-réu em seu julgamento. Pode a Corte também realizar julgamentos fora de sua sede, nos países membros²²⁹.

Então a Corte IDH recebe os casos de violação de direitos humanos, ou por iniciativa da Comissão ou de Estados-partes. Deliberando sobre a situação, a Corte poderá então condenar o Estado violador.

Ao decidir um caso, a Corte pode, de acordo com o artigo 63.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, reconhecendo a violação a direito ou liberdade: a) determinar ao Estado infrator que garanta ao indivíduo o gozo desse direito ou liberdade; b) que se reparem as consequências da situação de vulneração em que se encontra a vítima; c) que se pague à vítima indenização compatível com a extensão do dano.²³⁰

Nesse diapasão é imperioso destacar que “a grande importância conferida à Corte Interamericana é a de que suas decisões são imperativas e exigíveis dentro do

²²⁶ PIOVESAN, Flavia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil: Workshop**. 2000. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/API/article/view/3516>> p.138.

²²⁷ GUERRA, Sidney. op. cit., p. 345.

²²⁸ RAMOS, André de Carvalho. op. cit., loc. cit.

²²⁹ Ibidem, loc. cit.

²³⁰ SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos Eduardo Martins. A Reparação do Dano ao Projeto de Vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n. 13, p. 179-197, 2013, p. 182.

território dos países que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme estabelece o artigo 67 da Convenção Americana²³¹. *In verbis*:

ARTIGO 67

A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentando dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

Durante o julgamento de alguma denúncia, a CorteIDH pode adotar medidas cautelares a fim de resguardar a que danos irreparáveis sejam produzidos aos envolvidos. Os requisitos para adoção desta medida quando “em casos de extrema gravidade e urgência”²³².

Estas medidas cautelares estão mais bem pautadas no artigo 25 do Regulamento da Comissão IDH. Entretanto, também são aplicáveis pela CorteIDH quando “nos casos já sob sua análise, pode agir *ex officio* ou ainda por provocação das *vítimas ou representantes*. Tratando-se de casos ainda não submetidos à consideração, a Corte só poderá atuar por requerimento da *Comissão*”²³³.

Com isto, percebe-se que a CorteIDH tem um elevado grau de deliberação quanto aos Estados-parte que se submeteram à sua jurisdição. Diferentemente da Comissão IDH a Corte, poderá punir os Estados e suas decisões não são passíveis de recurso e são de cumprimento obrigatório.

Nesse contexto, passa-se a discorrer sobre os casos em que o Brasil teve fatos apreciados pela Comissão IDH e pela CorteIDH.

2.4. AS SANÇÕES SOFRIDAS PELO ESTADO BRASILEIRO NO ÂMBITO DA OEA

Constatou-se nesta pesquisa que além dos direitos fundamentais elencados na CRFB/88, o Brasil se comprometeu na ordem interamericana com uma série de garantias e direitos aos seus cidadãos. Depreende-se que estes são válidos internamente, pois cumpriram os requisitos legais brasileiros para sua incorporação ao direito interno.

Nesse sentido, o Estado Brasileiro também reconheceu a jurisdição da CIDH e da CorteIDH para avaliar se o país está cumprindo com os pactos voluntariamente

²³¹ GUERRA, Sidney. A proteção internacional dos Direitos humanos no âmbito da corte interamericana e o controle de convencionalidade. **Nomos**, v. 32, n. 2, 2012, p. 350.

²³² RAMOS, André de Carvalho. op. cit., p. 432.

²³³ RAMOS, André de Carvalho. op. cit., p. 432.

assumidos. Ou seja, em caso de constatação de descumprimentos se aceita a sanção aplicada e se compromete em sua correção.

Como visto, na área penal e processual penal, a maioria dos procedimentos ainda são aqueles adotados anteriormente à subscrição aos pactos internacionais e à própria CRFB/88. Assim, ainda são necessários vários ajustes para que o país possa chegar a um padrão aceitável de proteção aos direitos humanos na área da persecução penal.

Os casos na CIDH e na Corte IDH permitem identificar que mesmo com os avanços no campo dos direitos humanos, o processo de incorporação das normas internacionais pelo Brasil tem sido lenta e com falhas. Além disso, não é pacífica a interpretação no judiciário brasileiro do status que os tratados de direitos humanos ocupam no ordenamento jurídico interno.²³⁴

É necessário, então, um grande esforço para a atualização no plano interno das práticas asseguradas nos tratados internacionais que o Brasil se comprometeu em proteger.

Nessa linha, discorrer-se-á sobre os casos envolvendo o Brasil relativamente aos processos criminais, tanto na CIDH e na Corte IDH e das medidas cautelares adotadas, demonstrando-se assim a urgência na revitalização das normas penais e processuais penais a fim de contemplar os direitos fundamentais. Também se analisará as respostas dadas pelo governo brasileiro.

Em relação à CIDH é interessante notar que a maioria das respostas dadas aos casos, o Brasil recorreu a evasivas como a de que não houve o esgotamento dos recursos internos e assim adiar o julgamento de mérito perante à Comissão²³⁵.

Em consulta ao sítio da CIDH constam atualmente 56 casos admitidos para análise pela Comissão²³⁶, 17 casos que foram arquivados²³⁷, 12 casos que não foram admitidos²³⁸, e há 4 casos de medidas cautelares²³⁹.

²³⁴ GRANDE, Cristiane Emanuelle Pereira de; MAIA, Marrielle. A Relação entre o Brasil e o SIDH à luz da Política Externa Brasileira para os Direitos Humanos após a redemocratização. SEMINÁRIO AMÉRICA LATINA: CULTURA, HISTÓRIA E POLÍTICA. Uberlândia, MG. **Anais do Seminário América Latina (Recurso eletrônico)**. 18-21 mai. 2015. p. 5. Disponível em: <<http://seminarioamericalatina.com.br/wp-content/uploads/2015/07/A-Relação-entre-o-Brasil-e-o-SIDH-à-luz-da-Política-Externa-Brasileira-para-os-Direitos-Humanos-após-a-redemocratização-Cristiane-Emanuelle-Per.pdf>> Acesso em: 14 dez. 2019.

²³⁵ GASPAROTO, A. L. & GASPAROTO, J. W. & VIEIRA, O. V. O Brasil e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, Vol. 7. Pp.42 –68, 2010, p. 64.

²³⁶ OEA: Mais direitos para mais pessoas. Informes de Admissibilidades. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. CIDH. c2011 <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/admisibilidades.asp>> Acesso em 15 dez. 2019.

Também, nos casos Meninos emasculados do Maranhão (Informe nº. 43/06 de 15 de março de 2006 sobre os casos 12.426 e 12.427) e José Pereira (Informe nº. 95/03 de 24 de outubro de 2003 sobre o caso 11.289), conseguiu-se chegar a soluções amistosas.

Em consulta ao sítio da CIDH²⁴⁰, encontram-se os seguintes casos envolvendo o Brasil:

Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil (2005),
 Caso Nogueira de Carvalho e outros Vs. Brasil (2006)
 Caso Escher e outros Vs. Brasil (2009)
 Caso Garibaldi Vs. Brasil (2009),
 Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil (2010)
 Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil (2016)
 Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil (2017)
 Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil (2017)
 Caso Herzog Vs. Brasil (2018).
 Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil (2018)

Interessante notar que as recomendações expedidas ao país são em grande parte de natureza procedimental. Ou seja, a Comissão recomenda que o Brasil adote medidas que garantam o cumprimento de um devido processo legal. Pois, ou ele não é observado, ou é inexistente. Todavia, urge destacar que estes são os casos que chegaram ao conhecimento dos órgãos internacionais de controle. Adverte-se assim que outros casos de violações aos direitos fundamentais no decorrer dos procedimentos criminais podem ter ocorrido, todavia os envolvidos não se aperceberam ou não sabiam/tinham os meios para denunciá-los.

Nos pedidos do caso Ximenes Lopes Vs. Brasil (2005), a Comissão requereu à Corte IDH que o Brasil fosse condenado a realizar uma investigação completa e imparcial, a fim de determinar os responsáveis dos crimes cometidos.

No Caso Nogueira de Carvalho Vs. Brasil (2006), foi requerido que o país reconhecido como violador da Convenção, pois não houve a devida diligência no

²³⁷ OEA: Mais direitos para mais pessoas. Informes de Arquivo. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. CIDH. c2011 <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/archivos.asp>> Acesso em 15 dez. 2019. Acesso em 15 dez. 2019.

²³⁸ Idem. Informes de Inadmissibilidades. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. CIDH. c2011 <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/inadmisibilidades.asp>> Acesso em 15 dez. 2019.

²³⁹ Idem. Medidas Cautelares. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. CIDH. c2011 <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/cautelares.asp>> Acesso em 15 dez. 2019.

²⁴⁰ Idem. Casos na Corte. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. CIDH. c2011 <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/demandas.asp>> . Acesso em 15 dez. 2019.

processo de investigação dos fatos e punição dos responsáveis, bem como a carência de recursos efetivos no caso.

No Caso Escher e outros Vs. Brasil (2009), a CIDH requereu que o Brasil fosse condenado a realizar uma investigação completa, imparcial e efetiva dos fatos, a fim de estabelecer as responsabilidades civis e administrativas a respeito das interceptações telefônicas e gravações efetuadas de maneira arbitrária. Da mesma forma, requereu-se a condenação no sentido de implementar medidas destinadas à formação dos funcionários da justiça e da polícia sobre os limites de suas funções.

No Caso Garibaldi Vs. Brasil (2009) foi requerido que a CorteIDH condene o Brasil a realizar uma investigação completa, imparcial e eficaz da situação para identificar os responsáveis pelo assassinato de Garibaldi Alves. Também que o Brasil instalasse medidas efetivas para cumprir os prazos de investigação disciplinados no CPP, que sejam adotadas para observação dos direitos humanos, que sejam adotadas medidas dirigidas aos funcionários da justiça e da polícia para evitar a proliferação de grupos armados no Brasil.

No Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil (2010) a Comissão requereu que o Estado brasileiro fosse condenado a adotar medidas a fim de garantir que a Lei de Anistia (Lei n. 6.683/79) não seja um obstáculo à persecução penal das graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade. Também se requereu que fosse implementado um programa de educação permanente em direitos humanos dentro das Forças Armadas brasileiras, para todos os níveis hierárquicos.

Já no Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil (2016), a Comissão recomendou ao Brasil que seja conduzida uma investigação imparcial e efetiva, dentro dos prazos legais sobre a situação de violação dos direitos humanos. Também que se deve dispor de medidas administrativas, disciplinares ou penais correspondentes diante das ações e omissões dos funcionários estatais que contribuíram para a denegação de justiça e impunidade que se encontraram no caso.

Simultaneamente, no Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil (2017) recomendou-se que seja conduzida uma investigação completa, imparcial e efetiva das violações sobre os fatos do caso, por autoridades independentes da polícia a fim de determinar a verdade e punir os responsáveis. Da mesma forma, faz-se necessário levar em conta o padrão de uso excessivo de força letal pela polícia e as

omissões, demoras, negligências e obstruções de justiça provocadas por agentes do Estado.

Em linha similar, no Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil (2017), entre outras recomendações, advertiu-se ao Estado brasileiro adotar com brevidade as medidas necessárias para finalizar os processos judiciais interpostos por pessoas não indígenas sobre parte do território do povo indígena Xucuru sob a perspectiva das leis de proteção indígenas e da mesma forma, reparar as violações de direitos humanos desta população.

Em situação bastante conhecida está o Caso Herzog Vs. Brasil (2018). Nele foi recomendado que seja perseguida a responsabilização criminal pela prisão arbitrária, tortura e assassinato do jornalista Vladimir Herzog, por meio de investigação judicial completa e imparcial, daqueles responsáveis por tais violações e puní-los penalmente. Neste caso a CIDH fez as mesmas recomendações do Caso Gomes Lund, a fim de que o Brasil adote medidas para que a Lei de Anistia (Lei n. 6.683/79) e outras disposições de direito penal continuem sendo um obstáculo para a persecução penal das graves violações de direitos humanos.

Por fim, no Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil (2018) foi recomendado, entre outras coisas, que se investigue de maneira diligente, efetiva e num prazo razoável, a fim de esclarecer os fatos de forma completa, identificando todas as possíveis responsabilidades e impor as sanções que sejam cabíveis a respeito das violações de direitos humanos declaradas. A recomendação é inclusive para se investigar as responsabilidades criminais, não só dos responsáveis pela fábrica, mas também das autoridades estatais que descumpriram seu dever de inspeção e fiscalização.

Com isso constata-se que em diversas situações os variados órgãos de fiscalização do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos constataram que os procedimentos investigativos criminais brasileiros não são eficazes ou efetivos, por inúmeras razões. Portanto, diante desta perspectiva, cabe ao Poder Judiciário zelar pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais, tanto de acusados e vítimas, realizando uma administração mais rígida dos procedimentos e não mais atuando como um instrumento protocolar para validação das prisões realizadas.

Conforme aludido, o contido no art. 25 do Regulamento da Comissão permite que a CIDH emita medidas cautelares em casos graves ou urgentes, requisitando aos Estados medidas urgentes.

No caso de Brasil, foram expedidas as seguintes Medidas Cautelares:

- Resolução 92/18MC 1489/18 – Andre Luiz Moreira da Silva, Brasil
- Resolução 89/18MC 1358/18 - Joana D'Arc Mendes, Brasil
- Resolução 46/16 MC 302/15 – Adolescentes privados de liberdade no Centro de Atendimento Socioeducativo do Adolescente (CASA), Brasil
- Resolução 71/15 MC 60/15 – Adolescentes privados de liberdade em unidades de atendimento socioeducativo de internação masculina do estado do Ceará, Brasil.

No primeiro caso (Resolução 92/18 MC 1489/18) o policial militar André Luiz Moreira no dia 22 de setembro de 2018 foi abordado por um grupo de milícias e sequestrado. No dia seguinte, policiais do mesmo departamento encontraram seu veículo queimado. Foi indicado que a família deste policial militar estaria em risco e que o programa de proteção a testemunhas e defensores de direitos humanos não teria estrutura adequado no Rio de Janeiro.

Em resposta, o Estado Brasileiro indicou que não foi demonstrada a situação de risco em conformidade com os requisitos da gravidade, urgência e irreparabilidade do art. 25 do Regulamento da Comissão. Também relatou que foram somente fornecidas notícias sobre os fatos alegados e expressões subjetivas sobre a situação da polícia.

A Comissão entendeu, entretanto, que era o caso de Medida Cautelar e solicitou ao Estado brasileiro que:

- a) adote as medidas necessárias para proteger os direitos à vida e à integridade pessoal do senhor André Luiz Moreira da Silva e, em particular, determinar o seu paradeiro ou destino;
- b) acorde, quando apropriado, as medidas a serem implementadas com os beneficiários e os seus representantes; e
- c) informe sobre as ações realizadas com o objetivo de investigar os fatos que levaram à adoção desta resolução e, assim, evitar sua repetição.²⁴¹

Já no segundo caso (Resolução 89/18 MC 1358/18) foi solicitada medida cautelar a Sra. Joana D'Arc Mendes, pois estaria em situação de risco após receber uma série de ameaças alegadamente relacionadas com seu trabalho com defensora

²⁴¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. MC n.º 1489-18. Resolução 92/2018 31 dez. 2018. Disponível em <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/cautelares.asp>> Acesso em: 15 dez. 2019.

de direitos humanos e sua busca por justiça no caso do seu filho, alegadamente assassinado por policiais, assim como pelas denúncias apresentadas contra grupos de milícia.

O Estado brasileiro respondeu a solicitação informando que a Sra. Joana D'Arca esteve entre os anos de 2005 a 2008 no programa de proteção a testemunhas PROVITA. Porém, como não havia elementos comprobatórios sobre o suposto risco do seu testemunho, foi desvinculada do programa. Além disso, já havia sentença transitada em julgada absolvendo os policiais acusados do assassinato de seu filho.

Contudo, da análise da situação apresentada, a Comissão entendeu por bem emitir a medida cautelar, solicitando ao Estado Brasileiro que:

- a) adote as medidas necessárias para proteger os direitos à vida e à integridade pessoal da senhora Joana D'Arc Mendes;
- b) acorde as medidas a serem adotadas com a beneficiária e sua representante; e
- c) informe sobre as ações implementadas tendentes a investigar os fatos que deram lugar a adoção da presente medida cautelar e assim evitar a sua repetição.²⁴²

Quanto ao terceiro caso (Resolução 43/2016 MC 302/15), a Defensoria Pública do Estado de São Paulo solicitou a medida cautelar para proteger a vida e a integridade pessoal dos adolescentes privados de liberdade no Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente Cedro, pois segundo consta estaria sendo utilizada força excessiva por parte do pessoal do centro de detenção, com utilização de isolamento prolongado e contínuo como punição disciplinar e à falta de atendimento médico adequado ante esses episódios de violência.

O Estado brasileiro respondeu que diante dos relatos e ações empreendidas, não estavam preenchidos os requisitos do art. 25 do Regulamento da Comissão e por isso a desnecessidade da medida cautelar. Indicou também uma série de medidas para melhor a estrutura do centro de detenção para menores, inclusive apresentando um novo plano de ação para melhorar a relação entre os funcionários e os adolescentes detidos. Por fim, afirmou que foram instaurados

²⁴² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. MC n.º 1358-18. Resolução 89/2018 07 dez. 2018. Disponível em <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/cautelares.asp>> Acesso em: 15 dez. 2019.

procedimentos para esclarecimento das faltas funcionais dos agentes, mas que, todavia, não havia informação sobre os resultados.

Diante deste contexto, a Comissão emitiu a medida cautelar solicitando que o Estado brasileiro:

- a) Adote as medidas necessárias para preservar a vida e a integridade pessoal dos adolescentes internados no Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (CASA) Cedro, do Estado de São Paulo;
- b) Ofereça atendimento médico adequado que garanta a proteção da integridade pessoal e a vida dos adolescentes;
- c) Implemente medidas concretas para proibir a aplicação de punições disciplinares contrárias aos padrões internacionais em matéria de infância e adolescência, incluindo a prática de isolamento;
- d) Consulte as medidas a serem adotadas com os beneficiários e seus representantes legais; e
- e) Informe sobre as ações adotadas a fim de investigar os supostos fatos que deram lugar à adoção da presente medida cautelar e assim evitar sua repetição.²⁴³

Finalmente, no último caso (Resolução 71/15 MC 60/15) várias organizações requereram medidas cautelares para proteger a vida e a integridade pessoal dos adolescentes privados de liberdade em unidades de atendimento socioeducativo de internação masculina do estado do Ceará, pois esses estariam em situação de risco devido a supostas condições precárias de detenção. Estas, supostamente incluiriam: superlotação crítica, uso excessivo da força por parte dos instrutores dos centros, torturas, utilização de isolamento prolongado, abusos sexuais e falta de tratamento médico em unidades de atendimento socioeducativo. Tais situações teriam levado a inúmeras rebeliões e motins que resultariam, em 6 de novembro de 2015, no suposto assassinato de um dos adolescentes internados, como resultado da suposta ação da Polícia Militar.

Após vários pedidos de prorrogação de prazos, o Estado brasileiro informou que reconhecia as diversas dificuldades em relação à situação, inclusive apresentando os fatos como narrados no pedido das organizações. No entanto, afirmou-se que existiriam recursos judiciais de tutela ao nível interno que poderiam responder às situações de urgência e gravidade experimentadas nos centros socioeducativos.

²⁴³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. MC n.º 302-15. Resolução 43/2016, 21 jul. 2016. Disponível em <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/cautelares.asp>> Acesso em: 15 dez. 2019

Diante dos fatos apresentados, foi emitida a medida cautelar solicitando ao Estado brasileiro que:

- a) adote as medidas necessárias para salvaguardar a vida e a integridade pessoal dos adolescentes detidos no Centro Educacional São Miguel, no Centro Educacional Dom Bosco e no Centro Educacional Patativa do Assaré do estado do Ceará, e aqueles transferidos provisoriamente ao Presídio Militar de Aquiraz, de acordo com as normas internacionais e à luz do interesse superior da criança.
- b) Forneça condições adequadas em termos de infraestrutura e pessoal suficiente e idôneo, bem como aspectos relativos a higiene, alimentação, saúde, educação e tratamento médico, que garantam a proteção da integridade pessoal e da vida dos adolescentes;
- c) Assegure a implementação de programas e atividades idôneas e adaptadas aos adolescentes para garantir o seu bem-estar e a sua integridade física, psíquica e moral, de acordo com as normas estabelecidas pelo direito internacional dos direitos humanos para adolescentes privados de liberdade;
- d) Implemente medidas idôneas que garantam as condições de segurança nos centros de detenção em que se encontram os adolescentes beneficiários destas medidas cautelares, seguindo as normas internacionais de direitos humanos e resguardando a vida e a integridade pessoal de todos os adolescentes;
- e) Execute ações imediatas para reduzir substancialmente o número de detidos nessas unidades e evitar as condições de superlotação e o uso de celas de isolamento no interior das unidades;
- f) Coordene as medidas a serem adotadas com os beneficiários e os representantes; e
- g) Informe sobre as ações adotadas com vistas à investigação dos supostos fatos que levaram à adoção desta medida cautelar e assim evitar sua repetição.²⁴⁴

Com estes relatos, percebe-se que o Brasil apresenta vários fatos sérios em relação à condução investigativa de fatos ocorridos dentro do território nacional, bem como quanto ao sistema prisional. Compreende-se que há necessidade de instrução profunda, não apenas sobre os casos de direitos humanos, mas também sobre as situações de condução de investigação no sentido de serem efetivas e de respeitarem princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Entretanto, com as recomendações da CIDH é possível observar algumas evoluções. Neste sentido, Flávia Piovesan destaca algumas medidas legislativas tomadas pelo Brasil após as recomendações feitas pela CIDH:

-Lei n.9.299/96 (transferência da Justiça Militar para a Justiça Comum do julgamento de crimes dolosos contra a vida cometidos por policiais militares);

²⁴⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. MC n.º 60-15. Resolução 71/2015, 31 dez. 2015. Disponível em <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/cautelares.asp>> Acesso em: 15 dez. 2019

- Emenda Constitucional n. 35/2001 (restringe o alcance da imunidade parlamentar no Brasil);
- Lei n. 10.421/2002 (estendeu o direito à licença-maternidade às mães de filhos adotivos);
- Lei n. 11.340/2006 conhecida como Lei Maria da Penha (mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher);
- Programa Nacional de Proteção aos Defensores de Direitos Humanos e o Programa Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo.²⁴⁵

Com isso, entende-se que é necessária uma profunda revisão mais acentuada dos procedimentos processuais penais. Desde a investigação até a prolação da sentença dos acusados, destacando-se especialmente os procedimentos que aprisionam pessoas. Essa visão não parte exclusivamente de juristas nacionais, mas notadamente de organismos internacionais dotados de especiais poderes para averiguar estas situações. As reprimendas sofridas somente desprestigiam a imagem do Brasil perante a comunidade interamericana, gerando desconfianças enquanto a concretização dos direitos fundamentais tão estimados.

Por isso é significativo que o Poder Judiciário, como parte do Estado responsável pela aplicação e interpretação das normas, seja o filtro para garantir que os cidadãos sejam encarados pelo restante do poder estatal como sujeitos de direito, aos quais a legislação serve, e não como quais padecem pela legislação retrógrada.

É obrigação do Estado Brasileiro cumprir os pactos e tratados internacionais, pois estão agregados à legislação pátria, bem como incumbe ao Brasil respeitar, implementar e aderir às condenações sofridas pelos organismos de fiscalização da comunidade interamericana, pois isto constitui os princípios da república expressos na CRFB/88.

²⁴⁵ PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 409.

CAPÍTULO 3 – A IMPERATIVIDADE DA SUBMISSÃO DA PRISÃO PROCESSUAL AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nos dois primeiros capítulos deste trabalho, observou-se o modelo brasileiro definido pelo Código de Processo Penal quanto ao rito para a prisão de um acusado de cometimento de delito.

Neste sentido, apuraram-se alguns requisitos exigidos, não pela norma processual, mas por força constitucional, para a decretação da prisão: cautelaridade, fundamentação da decisão, prevalência da presunção de inocência e prisão como último recurso.

Em seguida foi examinado o momento da análise pelo Poder Judiciário sobre a situação do acusado e as alternativas delineadas pela norma infraconstitucional à prisão. Ao se expor as modalidades de prisão: em flagrante, preventiva, temporária e domiciliar; sempre esteve em foco que estas regras processuais surgiram no contexto do Estado Novo em 1941, ano de início de vigência do Código de Processo Penal, sofrendo alterações pontuais ao longo das últimas décadas.

Durante o segundo capítulo, apresentaram-se os tratados e pactos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, primeiramente, do ponto de vista do desenvolvimento e aperfeiçoamento da temática no direito internacional. Em sequência, constatou-se o surgimento e a estruturação dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, mais especificadamente o sistema concebido pela Organização dos Estados Americanos, a OEA. Conjuntamente foram apurados os documentos fundamentais como: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Convenção Americana de Direitos Humanos, Protocolo de San Salvador. Mais adiante disso, a voluntariedade do Estado Brasileiro quanto à submissão a estes documentos, o qual implica em seu cumprimento, pois incorporado ao sistema normativo pátrio, foi posta em questionamento.

Consequentemente tratou-se dos mecanismos criados no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos para supervisão do cumprimento e eventuais violações de seus pactos por parte dos estados. Assim, discorreu-se sobre

a CIDH e a CortelDH. Foram analisados os procedimentos nos quais o Estado Brasileiro foi acusado de não ter cumprido as normas do pacto foram aferidos.

Ainda na mesma análise, a generalidade das problemáticas no contexto brasileiro foi identificada como relativas ao procedimento das investigações e ao tratamento dispensado aos acusados que estão sob custódia do Estado.

No que concerne às investigações, detectou-se nos casos em tela que estas são fracas e inconclusivas, não logram êxito em demonstrar a dinâmica dos crimes aos quais investigam e que por muitas vezes não identificam os responsáveis pelas infrações. Tais discordâncias podem ocorrer por dificuldades do caso, mas não é excludente a influência dos agentes responsáveis pela condução das investigações.

Em relação àqueles que são acusados de cometimento de delitos e que estão sob a tutela do Estado, seja por meio de qualquer das formas de prisão provisória, sustentou-se que as estruturas não são condizentes com a garantia da dignidade da pessoa humana. Outrossim, os agentes não estão habilitados para trabalhar nesta área.

Neste compendio, o designo deste capítulo consecutivo é demonstrar que a partir da Constituição de 1988 o Estado Brasileiro se comprometeu irrestritamente com os direitos fundamentais e garantias individuais dos cidadãos. Destarte, a prática processualista penal atual se mostra desatualizada tanto em função da Constituição, como em função dos pactos internacionais assumidos pelo Brasil.

E neste escopo também será apresentada algumas das alterações implementadas, em especial a audiência de custódia, e a razão delas estarem em sintonia com os novos tempos.

3.1. O SISTEMA PRINCIPIOLÓGICO CONSTITUCIONAL EM MATÉRIA PROCESSUAL PENAL E SUA REFERÊNCIA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Como já delineado, a Constituição de 1988 é um marco fundante do Estado Brasileiro moderno, o qual volveu novamente seu destino à democracia e à proteção

de direitos e garantias individuais e sociais, encaixando-se assim no modelo de Estado Constitucional²⁴⁶.

Conceitua-se aqui que o estado constitucional-democrático é baseado nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e dos princípios do próprio Estado de Direito, democrático e social²⁴⁷

De acordo com Pérez Luño²⁴⁸, os valores constitucionais têm uma tripla dimensão: (1) fundamentadora do sistema jurídico-político; (2) orientadora, que torna ilegítimo qualquer disposição normativa que obstaculize a consecução dos enunciados do sistema axiológico constitucional e (3) crítica como parâmetro para valoração e interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Neste passo, sob influência do constitucionalismo do século XX, adotou-se um sistema principiológico nesta nova Constituição.

Dispostos nos primeiros artigos da Constituição Federal de 1988, os princípios fundamentais representam valores e bens inerentes aos cidadãos, na medida em que possuem mais imperatividade que as próprias leis, podendo inclusive deixar de aplicá-las quando em conflito. Seguindo esta premissa, especificadamente aqui, no que concerne aos princípios constitucionais processuais, estes configuram-se elementos indispensáveis, caracterizando-se, inclusive, o sistema processual vigente em países democráticos como o Brasil.²⁴⁹

Em outras palavras, a nova lei fundamental elencou seus princípios como guia imperativo para todo o sistema normativo, compreendendo-se então que é até possível deixar de se aplicar leis se estiverem em conflito direito com a norma constitucional.

Paralelamente, é importante recordar que o Código de Processo Penal tem status infraconstitucional²⁵⁰ e assim, quando verificado, é possível de deixar de aplicá-lo para que a norma constitucional prevaleça.

²⁴⁶ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Teoria constitucional do direito processo penal**: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006, p. 253.

²⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 4. ed. Tradução Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 31.

²⁴⁸ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 4.ed. Madrid: Tecnos, 1991, p. 288-289.

²⁴⁹ D'OLIVEIRA, Marcele Camargo; D'OLIVEIRA, Mariane Camargo; CAMARGO, Maria Aparecida Santana. **O estudo da principiologia penal a partir da perspectiva da celeridade processual**. In: XVI SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO. UNICRUZ, 4-6 out. 2011. Cruz Alta, RS, Anais do XVI Seminário. 2011. Disponível em: < <https://home.unicruz.edu.br/seminario/anais/anais-2011/sociais/>> Acesso em 16 dez. 2019.

²⁵⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 292.

A partir deste alicerce, tratar-se-á a seguir dos princípios constitucionais explícitos que devem sustentar o processo penal brasileiro: princípio do *in dubio pro reo*, princípio da presunção de inocência, princípio da motivação das decisões, a ampla defesa e o contraditório. Considerando a colação entre as garantias penais e processuais penais no rol do artigo 5º da CRFB/88 dentro dos incisos XXXVII e LXVIII e em outras passagens.

No que se refere ao princípio *in dubio pro reo*, fica determinado pelo Estado de Direito que somente por meio da certeza da culpa haverá fundamento para a condenação de um acusado. Em sua falta ou na incerteza, o agente deve ser absolvido, pois, não há justa causa para a segregação e principalmente porque o Estado tem a obrigação de privilegiar a liberdade em detrimento da prestação punitiva²⁵¹.

Por este ângulo, deverão ser demonstrados no procedimento penal os fatos e consequências, que em uma conclusão lógica, poderão depreender que o acusado é o responsável pela infração.

Cabe ao Estado provar a “culpa” do indivíduo, ou seja, demonstrar os fatos articulados com tal finalidade, visto que, constitucionalmente, o indivíduo é inocente. Decorre desse princípio a regra interpretativa (*topos*) das leis penais do *in dubio pro reo* (na dúvida, decide-se a favor do réu).²⁵²

Concisamente, “no Estado de Direito é justamente o *in dubio pro reo* que deve vigorar”²⁵³. Distingue-se que “a acolhida mais expressiva desse princípio, na legislação pátria, encontra-se no artigo 386, n.º VI, do Código de Processo Penal, quando diz que o juiz absolverá o réu se não existir prova suficiente para a condenação. Está aí, perfeitamente cristalizada, a aplicação do *in dubio pro reo*”²⁵⁴.

Este princípio está diretamente ligado à produção de prova e na distribuição no ônus da prova, porquanto, como será debatido mais a frente, esta é uma das importantes consequências da presunção de inocência. É a partir dela que o

²⁵¹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 101.

²⁵² BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 14.

²⁵³ Ibidem, p.256.

²⁵⁴ MARQUES, Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, vol. II. São Paulo: Bookseller, 1998, p.260-261.

acusado não carece de provar que é inocente²⁵⁵, pelo contrário, é a acusação que deve fundamentar sua culpa.

É neste tocante, entretanto, que se mostra necessária a existência do princípio do *in dubio pro reo*, dado que, na relação jurídica processual penal o acusado é a parte hipossuficiente.

A acusação normalmente está afeta a órgão oficial. Tem este todo o aparelhamento estatal montado para ampará-lo. O acusado tem de contar somente com as suas próprias forças e o auxílio de um advogado. Essa situação de desvantagem justifica tratamento diferenciado no processo penal entre acusação e defesa, em favor desta, e a consagração dos princípios do *in dubio pro reo* e do *favor rei*. Ademais, o direito em jogo no processo penal é a própria liberdade do indivíduo, só restringível por condenação quando o juiz adquira pleno convencimento de que ficaram inteiramente evidenciadas a prática do crime e a sua autoria. Por isso tudo, a Carta Magna não se limitou a assegurar ao acusado o exercício de defesa, mas no art. 5º., LV, garantiu-lhe mais – a ampla defesa -, ou seja, defesa sem restrições, não sujeita a eventuais limitações impostas ao órgão acusatório.²⁵⁶

Significa dizer que, mesmo com todo o aparato estatal direcionado para a produção de provas da culpa do acusado, caso não seja possível a constatação robusta de sua responsabilidade, deve ser absolvido com base neste princípio.

Todavia, no decorrer do processo este princípio permanece dormente. “Na realidade, o *in dubio*, tendo estado adormecido desde o momento em que tinha sido dada a acusação, poderá reaparecer novamente, com todo o seu vigor, em sede de julgamento ao ser feita a valoração dada pelo juiz”.²⁵⁷

Mesmo que o direito à prova tenha sido plenamente exercido – não só pelo acusado, mas também pelo Ministério Público ou pelo querelante – é possível que, ao final do processo, haja dúvida sobre os fatos relevantes. Eis o momento em que o ônus objetivo da prova no processo penal irá efetivar a garantia da presunção de inocência, impondo a absolvição, como decorrência do *in dubio pro reo*.²⁵⁸

Assim, o princípio do *in dubio pro reo* se relaciona com a valoração da prova e terá sua aplicação quando do momento decisório sobre a situação.

²⁵⁵ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 78.

²⁵⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **O processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2010. p. 49.

²⁵⁷ VILELA, Alexandra. op. cit. p 79.

²⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Ivathy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 301.

Totalmente em sintonia e equilíbrio com o princípio acima, visto que “se embaralha e se apoia”²⁵⁹, encontra albergue constitucional também o princípio da presunção de inocência.

Após a desastrosa experiência da Segunda Guerra Mundial, o princípio se disseminou, embasado, sobretudo, pelo pensamento jurídico-liberal, sendo acolhido por importantes diplomas jurídicos internacionais, como meio de afirmação dos valores fundamentais da pessoa humana.²⁶⁰

No Brasil, a presunção de inocência está solidamente consagrada como “o princípio reitor do processo penal”²⁶¹ em cláusula pétrea no art. 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”²⁶². Todavia destaca-se que a CRFB/88 foi a primeira Constituição Brasileira a acolher expressamente este princípio²⁶³.

Reitera-se aqui o caráter principiológico deste enunciado, uma vez que sempre será valorado pelo juiz da causa ao longo do processo e sempre deverá ser sopesado.

Não há como aceitar que a presunção de inocência seja uma regra jurídica com normas a serem “sempre satisfeitas ou insatisfeitas”, numa aplicação nos moldes da teoria do tudo ou nada (*all or nothing*), pois isso inviabilizaria qualquer tipo de persecução penal, “inconstitucionalizando”, como afirmou Hassemer, toda e qualquer investigação (criminal ou administrativa) realizada pelo poder público.²⁶⁴

Importante frisar o destaque dado por Casara²⁶⁵ que lembra que o Código de Processo Penal Brasileiro é inspirado em seu semelhante italiano, cujo era vinculado ao movimento autoritário onde predisponha que no processo criminal haveria apenas uma presunção de não-culpabilidade. Ou seja, o acusado estaria numa

²⁵⁹ MACHADO, Luiz Alberto. A presunção constitucional de inocência. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 27, 1992, p. 37.

²⁶⁰ MIRZA, Flavio. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 5, n. 5, 2010, p. 544.

²⁶¹ LOPES JUNIOR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 191.

²⁶² BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro [recurso eletrônico]** / Fernando Brandini Barbagalo. – Dados eletrônicos. – Brasília : TJDF, 2015, p. 47.

²⁶³ MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, p. 30.

²⁶⁴ BARBAGALO, Fernando Brandini. op. cit., p. 65.

²⁶⁵ CASARA, Rubens. **Prisão e liberdade**. Organizadores Marcelo Semer, Marcio Sotelo Felipe. 1. ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014, p. 49.

situação neutra, na qual ainda que não possa ser considerado culpado, também não seria encarado como inocente.

Entretanto, após a CRFB/88, é patente que o Brasil deve adotar o princípio da inocência, no qual o magistrado considera o agente inocente até ser convencido do contrário pelo órgão acusador²⁶⁶.

Este princípio também vem expresso nas declarações internacionais de direitos humanos, como presunção ou na forma de “status” do acusado perante o processo²⁶⁷. Isso demonstra o compasso e compromisso do Brasil com a ordem internacional para a proteção dos direitos humanos/fundamentais.

Na linha de proteção dos direitos fundamentais por meio da presunção de inocência, foi sancionada a Lei n.º 13.964 em 24 de dezembro de 2019 que, em seu artigo 3º, determinou a inclusão do artigo 3º-A e 3º-B no Código de Processo Penal, as quais criam a figura do juiz de garantias, *in verbis*:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.’

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente [...]

No Brasil a normatização da figura do juiz de garantias é extremamente nova e bem-vinda, apesar de a sua discussão ser pertinaz há algum tempo, vez que está totalmente ligada aos princípios e procedimentos destacados na Constituição.

Podemos afirmar, com segurança, que a separação entre as funções judiciais atinentes à investigação e ao processo é uma tendência bem consolidada na experiência internacional. Basta evocar, como exemplos, o *giudice per le indagini preliminari* na Itália, o juiz da instrução em Portugal e o *juez de garantía* no Chile.²⁶⁸

Em síntese, com a leitura dos artigos adicionados ao Código de Processo Penal percebe-se que haverá um juiz responsável por analisar judicialmente os pedidos em desfavor do acusado como: decretação de prisão preventiva durante o

²⁶⁶ LOPES JUNIOR., Aury. op. cit., p. 193.

²⁶⁷ MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica). **Revista do Advogado**, n. 42, Abril de 1994, Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, p. 31.

²⁶⁸ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O código, as cautelares e o juiz de garantias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília v. 46, n. 183, julho/set. 2009, p. 88.

inquérito, autorizar quebra de sigilo telefônico, buscas e apreensão²⁶⁹. Da mesma forma, após o recebimento da denúncia haverá outro juiz que será instruído ao longo do processo e lavrará uma sentença.

Percebe-se que, ao contrário do atual sistema, não há prevenção ou vinculação do magistrado da instrução com aquele que atuou na fase pré-processual. Aquele estará livre para a apreciação dos fatos, sem ter tomado decisões em desfavor do acusado.

Isso significa dizer que esta especialização mira um segundo objetivo, qual seja, assegurar que o juiz do processo tenha plena liberdade crítica em relação aos trabalhos da fase investigativa. “Rompem-se, assim, vínculos ou laços de qualquer ordem em relação à etapa precedente”²⁷⁰.

Em outras palavras, acaba-se por se assegurar e reafirmar que o acusado mantenha a presunção de inocência durante seu julgamento, pois o magistrado do seu caso ainda não tomou nenhuma decisão em seu desfavor. Isso porque há “inegável comprometimento de resultado e vinculação psicológica que o magistrado que atuou na investigação carrega para dentro da ação penal”²⁷¹.

Também se encontra neste rol de princípios constitucionais processuais penais a ampla defesa e o contraditório. A primeira compreende a possibilidade de utilização dos diversos métodos admitidos em direito para se defender e, por isso ampla. Já o contraditório é a garantia de poder rebater todas as imputações que lhe são feitas.

Para operacionalizar a ampla defesa, Greco afirma que ela se dá através de: “a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, é essencial à Administração da Justiça; e e) poder recorrer da decisão desfavorável”²⁷².

²⁶⁹ GOMES, Luiz Flávio. O juiz [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 40, 2018, p. 3.

²⁷⁰ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O código, as cautelares e o juiz de garantias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília v. 46, n. 183, julho/set. 2009, p. 89.

²⁷¹ MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias”? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, a. 18, edição especial, ago. 2010, p. 22.

²⁷² GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 15.

Ou seja, são todas as etapas processuais que possibilitam ao acusado trazer ao processo, nas mais variadas formas, elementos que buscam esclarecer a veracidade dos fatos discutidos, inclusive na forma de silêncio²⁷³.

Interessante destacar que também está enquadrado no princípio da ampla defesa a defesa técnica. O acusado poderá exercer a sua defesa pessoal, exercida efetivamente durante seu interrogatório. Todavia, não há que se olvidar que este princípio será bem exercido por meio dos advogados, constituídos ou na qualidade de defensor público. E que, verificada a falta de efetiva defesa por este profissional, cabe ao Poder Judiciário a sua substituição.

“[...] ao Judiciário impõe-se o controle do efetivo exercício da ampla defesa. Nessa medida, se o defensor, constituído ou dativo, não a exerce, cabe ao julgador nomear defensor *unicamente* para aquele ato, tal como ocorre no plenário do júri, nos termo do art. 497, V, do CPP, prosseguindo-se com o processo.”²⁷⁴

Assim, compreende-se que o princípio da ampla defesa está visceralmente ligado ao processo penal constitucional. Tal qual já foi disposto pelo Superior Tribunal de Justiça que “[...] o direito à ampla defesa é irrenunciável, não podendo dele dispor o réu ou seu representante, seu advogado ou o Ministério Público, ainda que o acusado admita o cometimento da infração e queira cumprir a pena”²⁷⁵.

Em igual patamar de grandeza situa-se o princípio do contraditório, localizado no art. 5º, inc. LV da CRFB/88: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O contraditório desempenha um importante papel, uma vez que garante a participação, em simétrica paridade, da construção da decisão, a todos os afetados por ela. [...] ao ser compreendido no contexto do Estado Democrático de Direito como garantia constitucional e princípio da influência e da não surpresa pelos processualistas brasileiros, fará com que o processo se estruture de forma adequada à Constituição, definindo o papel das partes e do juiz no processo.²⁷⁶

²⁷³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 118.

²⁷⁴ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. P. 47.

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. HC n.º 42496/SP. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. 19 mai. 2005. T6: 6ª Turma. DJ 06 jun. 2005. p. 375.

²⁷⁶ FIORATTO, Débora Carvalho; CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 5, n. 5, 2010, p. 244.

A própria Constituição é que elenca essa paridade entre os litigantes, tanto a acusação como a defesa, permitindo que ambos possam impugnar os fatos e documentos postos à discussão. Esse movimento deve ser promovido pelo juiz, o qual também é obrigado a observá-lo. Não pode ele mesmo opor explicações e racionalizações sobre situações processuais as quais as partes não tiveram oportunidade de fazê-lo²⁷⁷. Deve o juiz provocar as partes ao exercício do contraditório efetivo.

Assim, se observa efetivado a “natureza essencialmente dialética do processo. De um lado, a vontade do juiz nunca é totalmente soberana, pois de outro modo condiciona-se à vontade e ao comportamento das partes, no que representam de iniciativa, estímulo, resistência ou concordância”²⁷⁸.

Deste modo, concebe-se que o processo penal, com base no princípio do contraditório elencado pela CRFB/88, é uma atividade dialética. As partes devem sempre debater racionalmente as situações postas em debate, não se verificando aqui parte possuidora da verdade. O juiz somente terá condições de decidir quando ouvir ambas as partes sob o prisma do contraditório efetivo.

Neste aspecto, os princípios de ampla defesa e contraditório estão ligados, podendo inclusive dizer que são os resultados lógicos que embasaram a decisão. O efeito democrático dessa argumentação é a evidenciação das razões do magistrado a decidir, o que se traduz no princípio da motivação das decisões. “Para que haja uma aceitabilidade racional da decisão, esta deve se fundar em argumentos jurídicos decorrentes do contraditório entre as partes”²⁷⁹.

Tão-somente poderá ser válida a decisão jurisdicional se esta expuser então os argumentos jurídicos válidos e passíveis de controle público. Significa dizer que o magistrado não poderá elencar fatos e argumentos fora aqueles já discutidos no procedimento como razão de decidir.

Como já exposto no primeiro capítulo, o princípio da fundamentação das decisões está indubitavelmente evidenciado no art. 93, inc. IX da CFRB/88, como fruto da Emenda Constitucional 45/04.

²⁷⁷ BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil reformado. In: BRÊTAS C. Dias, Ronaldo e NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). **Processo civil reformado**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 436.

²⁷⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 9, n. 9, 1993, p. 178.

²⁷⁹ FIORATTO, Débora Carvalho; CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. op. cit., p. 252.

Essa obrigatoriedade de motivação de toda decisão judicial visa efetivar a garantia contra a arbitrariedade do uso do poder estatal, fazendo com que o magistrado preste contas às partes e à sociedade explicando assim a formação de sua convicção²⁸⁰ que pode ser livre, mas não imotivada.

Nesse contexto, a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra *saber* que legitima o *poder*, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado. Mais, a fundamentação não deve estar apenas na “sentença”, mas também em todas as decisões interlocutórias tomadas no curso do procedimento, especialmente aquelas que impliquem restrições de direitos e garantias fundamentais, como decretos de prisão preventiva, interceptação das comunicações telefônicas, busca e apreensão etc.²⁸¹

Fica claro aqui que foi desenhado pelo poder constituinte um sistema voltado a proteger os cidadãos de toda e qualquer ingerência no abuso do poder estatal que pode ser desencadeado em um processo penal. É obrigatório que se demonstre o raciocínio lógico que leva o magistrado a tomar toda e qualquer decisão, em especial aquelas que suprimem direitos fundamentais, e não apenas “palavras mágicas” que dão aparência de legalidade. Por meio da proteção constitucional, resta posto que demais leis não poderão contrariá-la.

Conquanto, não é apenas a Constituição que irradia estes princípios no ordenamento jurídico brasileiro, os pactos internacionais assumidos pelo Brasil, os quais acabam constituindo o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, também constroem esta sistemática.

É uma nova faceta, agora amistosa, na relação entre os Direitos Humanos e o Direito Penal. Parte-se da constatação que, em um Estado Democrático de Direito, o Poder Público não pode se omitir na promoção dos direitos humanos, devendo protegê-los inclusive com o instrumento penal. Caso abra mão da tutela penal, o Estado incorre na proteção deficiente dos direitos fundamentais, violando a Constituição e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Consagra-se o princípio da proibição da proteção deficiente na esfera criminal, que consiste na vedação ao Estado de descriminalizar ou atenuar a tutela penal de certas condutas ofensivas a direitos fundamentais.²⁸²

²⁸⁰ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 110.

²⁸¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, p. 210.

²⁸² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 770.

Os pactos e tratados internacionais não colidem com o sistema penal e processual penal. Ao contrário, enfatiza a correta utilização dessas ferramentas para a persecução criminal. Somente por meio da total observância desses procedimentos é que o procedimento poderá ser encarado como válido.

3.2. A OBEDIÊNCIA AO PROCEDIMENTO COMO REFLEXO DA EFETIVIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL EM MATÉRIA DE PROCESSO PENAL

A CRFB/88 assentou o devido processo legal como um dos seus princípios para o curso dos procedimentos públicos. Todavia, isso não significa apenas ser fiel à lei processual, como pode parecer. Deve ser entendido sob dois primas: *substantive due process* e *procedural due process*, indicando o primeiro o direito material e o segundo quanto à forma a ser seguida²⁸³.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio do devido processo legal ao dispor acerca do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, bem assim deu ênfase à regra segundo a qual ninguém terá restrições em sua liberdade e em seus bens sem o processo legal devido. No entanto, não se conhece e exato perfil, a dimensão e peculiaridades do devido processo legal, vingando na doutrina, especialmente a norte-americana, o entendimento de que tal princípio deve ser visto sob dois aspectos, ou seja, o aspecto processual (*procedural due process of law*) e o material (*substantive due process of law*).²⁸⁴

Muitas vezes se vê, porém, a simples aplicação da forma como maneira de pretender cumprir o princípio do devido processo legal. Todavia, vê-se que a Constituição elenca também outros princípios como norte para a sua implementação.

Ou seja, também se pode compreender o princípio do devido processo legal como aquele que é comprometido com o “justo”, com a “correção”, com a “efetividade”, com a “presteza”. Têm-se o *due process of Law* como um super

²⁸³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal : processo civil, penal e administrativo** / 9. ed. rev.ampl. atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 81.

²⁸⁴ OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Expressões do devido processo legal**, REPRO. 27 abr/jun 2002, p. 299.

princípio que delimita e coordena o procedimento, o que inspira e realiza a proporcionalidade e a razoabilidade²⁸⁵.

Então não se pode apenas inferir que para contemplar o princípio do devido processo deve-se seguir os passos definidos pelo processo penal. Deve-se também seguir o devido processo substancial de modo a abranger todo aquele conjunto delineado pela Constituição, bem como pelos pactos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. No que “cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal tem se filiado à primeira corrente, extraindo a razoabilidade e proporcionalidade do devido processo legal em sentido substancial”²⁸⁶.

A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.²⁸⁷

Temos dispostos, então, outros parâmetros mais relevantes para controle das arbitrariedades no processo penal. “Fato é que o entendimento atual do devido processo legal substantivo permite o controle de atos normativos disciplinadores de liberdades individuais [...] em sua concepção substantiva, é fonte inesgotável de criatividade hermenêutica”²⁸⁸.

O processo que for capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, com participação concreta das partes, respeitando contraditório, ampla defesa, juiz natural, com pronunciamentos previsíveis, confiáveis e motivados em um processo

²⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Justo e Contraditório Dinâmico**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 33 (nov/dez 2009) – Porto Alegre: Magister, p. 9.

²⁸⁶ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. O devido processo legal substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 6, n. 60, 2004, p. 2.

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI n.º 1158-8/AM. Medida Liminar, Relator: Min. Celso de Mello. 19 dez. 1994, Tribunal Pleno. **DJ 26 mai. 1995**. p.58 Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14704766/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1158-am?ref=juris-tabs>> Acesso em: 06 jul. 2019

²⁸⁸ NETTO, André Luiz Borges. A razoabilidade constitucional (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos). **Revista Jurídica da Presidência**, v. 2, n. 12, 2000, p. 7.

público e com duração satisfatória é o processo que compreende o princípio do devido processo²⁸⁹.

O Poder Judiciário deve contemplar essa interpretação constitucional do princípio do devido processo substantivo ao conduzir processos criminais. Ainda mais no Brasil que conta com um Código de Processo Penal de 80 anos, o qual surgiu em um contexto de repressão aos direitos e liberdades individuais.

O ordenamento jurídico brasileiro já conta com mecanismos fundamentais para efetiva garantia do devido processo substantivo: a Constituição de 1988 e o Pacto de São José da Costa Rica são os dois marcos para tal.

Incumbe aos juízes e tribunais hoje, ao aplicar o CPP, mais do que buscar a conformidade constitucional, observar também a convencionalidade da lei aplicada, ou seja, se ela está em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. A Constituição não é mais o único referencial de controle das leis ordinárias. O tema é da maior relevância prática e teórica, até porque eventual violação da CADH justifica a interposição do Recurso Extraordinário para o STF.²⁹⁰

É necessária a revisão dos procedimentos processuais penais para que estes estejam adequados aos novos parâmetros definidos pelo Estado Brasileiro, pois enquanto se mantém válida a norma atual, se conserva a oportunidade para aplicação da norma pela norma, deixando a racionalização constitucional em segundo plano.

No âmbito jurídico nacional já foi demonstrado de distintas maneiras que há um descompasso entre a legislação processual penal e os princípios constitucionais que regem este sistema. Também o sistema interamericano de direitos humanos emitiu posicionamento pela necessidade de revisão e implementação de regras coerentes com os pactos assumidos pelo Brasil.

O Supremo Tribunal Federal vem exercendo suas funções com comprometimento ao Estado Democrático de Direito, em especial com as garantias e direitos fundamentais dos cidadãos definidos na Constituição. Assim se assegura estas garantias constitucionais ao processo²⁹¹. Sendo que “aplicação escorreita ou

²⁸⁹ MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental a um processo justo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 45, p.22-34, nov./dez. 2011., p. 26.

²⁹⁰ LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**, n. 17, p. 11-23, 2014, p 166.

²⁹¹ TEBET, Diogo. Processo penal e ativismo judicial: Supremo Tribunal Federal e a proteção à dignidade humana. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 4, n. 4, 2009, p. 270.

não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir civilização da barbárie”²⁹².

Também se revela de grande notoriedade a interpretação e a aplicação do direito por meio da jurisprudência como reconhecido pela Corte Constitucional e pelo Tribunal da Cidadania, os quais caracterizam como força normativa o princípio do devido processo legal no âmbito penal²⁹³.

Nessa linha, pode-se de largada, elencar a edição dos enunciados das Súmulas Vinculantes n. 11 e 14 como forma desse papel do STF²⁹⁴, pois é “papel emergente da Suprema Corte como último estágio da garantia das liberdades fundamentais”²⁹⁵.

O Estado não pode ignorar nem transgredir o regime de direitos e garantias fundamentais que a Constituição da República assegura a qualquer pessoa sob investigação criminal ou processo penal. Ninguém ignora, exceto os cultores e executores do arbítrio, do abuso de poder e dos excessos funcionais, que o processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda das liberdades individuais. Daí porque se impõe, às autoridades públicas, neste País, notadamente àquelas que intervêm no procedimento de investigação penal ou nos processos penais, o dever de respeitar, de observar e de não transgredir limitações que o ordenamento normativo faz incidir sobre o poder do Estado.²⁹⁶

Em julgamento paradigmático²⁹⁷ o STF concedeu o *Habeas Corpus* em favor do paciente que demonstrou ter sofrido restrições ao devido processo legal no curso do processo criminal. O magistrado proibiu a presença dos advogados do paciente, bem como coibiu a realização de perguntas nos interrogatórios dos corréus. Nessa toada é que o STF definiu que esta conduta, apesar de estar lastreada no Código de Processo Penal, feria o princípio do devido processo legal e estabeleceu 12

²⁹² FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Processual Penal**. Coimbra., Editora: Coimbra. 1974 (reimpressão, 2004). p. 74.

²⁹³ COSTA, Carlos Henrique Generoso. O Devido processo legal constitucional e sua aplicação no processo penal, sob a ótica interpretativa de Ronald Dworkin. **Revista CEJ**, 2018, p. 63.

²⁹⁴ TEBET, Diogo. op. cit., p. 272.

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 14. DF. Voto do Min. Menezes Direito, PSV 1/DF, Plenário 02 fev. 2009. **DJe n.º 59**. 27 mar. 2009. p.14 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_14__PSV_1.pdf> Acesso em: 14 dez. 2019.

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 14. DF. Voto do Min. Celso de Mello, PSV 1/DF, Plenário 02 fev. 2009, **DJe n.º 59**. 27 mar. 2009 p. 40-41. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_14__PSV_1.pdf> Acesso em: 14 dez. 2019.

²⁹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 94.016/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF. 16 set. 2008. **Dje n.º 038**. 27 fev. 2009. v. 02350/02, p. 266-330. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14718206/habeas-corpus-hc-94016-sp?ref=juris-tabs>> Acesso em: 16 dez. 2019.

prerrogativas essenciais para garantir a efetivação deste princípio no processo penal.

Resta claro que “o Princípio do Devido Processo Legal, previsto expressamente no texto constitucional, é de aplicação incontestada como fonte normativa ao Direito Processual Penal”²⁹⁸ e assim deve a lei infraconstitucional observá-la inteiramente.

Nesta mesma esteira de efetivação do princípio do devido processo legal, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos também é de edificante utilidade. Como visto no capítulo 2, o Brasil ratificou os pactos e aceitou a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sendo assim, é possível que este órgão externo emita luzes sobre situações singulares que prejudiquem os nacionais.

A possibilidade de o indivíduo recorrer às Cortes Internacionais de Direitos Humanos, para argüir direitos violados, veio dar ao princípio fundamental do acesso à Justiça uma nova e inquestionável configuração. Para garantir ao indivíduo o exercício dos direitos que lhe são assegurados na normativa internacional de proteção dos direitos humanos foram criados mecanismos que lhe permitem, independentemente do sistema clássico da proteção diplomática, buscar a proteção de seus direitos. Esses mecanismos compreendem petições individuais, que, no quadro regional americano, só podem ser acionados com recurso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, uma vez esgotadas todas as instâncias da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e, da mesma forma, quando não existir, na legislação interna do Estado, disposições legais que efetivem o devido processo legal para a proteção do direito ou dos direitos que se alegue tenham sido violados.²⁹⁹

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos o princípio do devido processo legal ficou consagrado por meio do respeito a todas as garantias processuais previstas no artigo 8^{o300} da CADH³⁰¹. Assim, toda vez que houver

²⁹⁸ COSTA, Carlos Henrique Generoso. O Devido processo legal constitucional e sua aplicação no processo penal, sob a ótica interpretativa de Ronald Dworkin. **Revista CEJ**, Brasília, ano XXI, n. 76, p. 55-66, 2018, p. 66.

²⁹⁹ PEREIRA, Antônio Celso Alves. Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 45, p. 88, 2009, p. 89.

³⁰⁰ Art. 8 Garantias Judiciais: 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal. b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido

desrespeito por qualquer autoridade pública do país a qualquer destas garantias, poderá ser acionado este sistema.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por meio dos seus órgãos competentes, bem evidenciou o princípio do devido processo legal como pedra angular de sua estrutura³⁰². Sendo que casos brasileiros já foram analisados e compreendidos como sendo portadores de violações ao princípio.

Um dos primeiros casos relacionados ao Brasil nesta seara foi o caso *Ximenes Lopes versus Brasil* (2006). Constatou-se que houve violação ao devido processo legal (tanto formal como material) visto que o Estado Brasileiro falhou na prevenção e proteção dos direitos à vida e à integridade física do de Ximenes Lopes que foi assassinado no estabelecimento penal em que se encontrava. Também as autoridades falharam na diligência da demora de investigação do caso³⁰³.

Durante o processo judicial deste caso, também se constatou falhas que impediram o direito ao um recurso efetivo por partes dos familiares de Ximenes Lopes, que acabou por demonstrar a existência de uma justiça meramente formal³⁰⁴.

Ou seja, o entendimento no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual o Brasil faz parte e se submete plenamente, o devido processo legal deve sempre ser respeitado. Isto não implica apenas na observância dos procedimentos da lei processual, mas também ao acatamento de alguns requisitos materiais.

por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos. g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

³⁰¹ SILVA, Fábio Agostinho da. A comissão e a corte interamericanas de direitos humanos e a necessidade de observância do devido processo legal nos países membros do MERCOSUL. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. p. 1328.

³⁰² QUIROGA, Cecília Medina. La Convención Americana: teoría y jurisprudência. Vida, integridade personal, libertadpersonal, debidoproceso y recurso judicial. Santiago: **Centro de Derechos Humanos**, Universidad de Chile, 2005, p. 267.

³⁰³ CAMPOS, Bernardo Mageste Castelar. O devido processo legal na corte interamericana de direitos humanos. O devido processo legal na corte interamericana de direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, n.37, p. 130-143, jan./abr. 2019, p. 134.

³⁰⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Voto Separado. In **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Caso Ximenes Lopes v. Brasil, julgamento de 04 de julho de 2006b, Série C, nº 149, p. 3.

Na opinião desta Corte, para que exista “devido processo legal” é preciso que um acusado possa exercer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros acusados. Com efeito, é útil recordar que o processo é um meio para assegurar, na maior medida possível, a solução justa de uma controvérsia. A esse fim responde o conjunto de atos de diversas características geralmente reunidos sob o conceito do devido processo legal. O desenvolvimento histórico do processo, coerente com a proteção do indivíduo e a realização da justiça, trouxe consigo a incorporação de novos direitos processuais.³⁰⁵

Em outras palavras, compreende-se então que o artigo 8º da CIDH soma novos direitos processuais necessários em razão de diferentes circunstâncias³⁰⁶. Ou seja, em todo e qualquer caso deve-se analisar a múltiplas circunstâncias existentes e a partir daí, tomando por base os princípios constitucionais e convencionais de devido processo legal, ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, verificar se os procedimentos adotados são suficientes para a devida prestação jurisdicional.

Aclara-se, portanto, que não há comprometimento para o procedimento quando seus atores processuais tomam precauções além daquelas já definidas na lei processual. É importante assim verificar no caso em concreto se a marcha processual está contemplando eficazmente os princípios aqui discutidos.

3.3. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Recentemente foi implementado no Brasil o sistema de audiência de custódia, a qual “é a apresentação do preso a presença do juiz, imediatamente a sua prisão, e está prevista no art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 9.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP)”³⁰⁷.

O termo custódia se refere ao ato de guardar ou proteger. É o momento em que acusação e defesa se reúnem com o magistrado, exercendo um controle

³⁰⁵ COSTA RICA. Opinião Consultiva. The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law. OC-16/99. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal. São José, 1º out. 1999, p. 59.

³⁰⁶ QUIROGA, Cecilia Medina. La Convención Americana: teoría y jurisprudência. Vida, integridade personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Santiago: **Centro de Derechos Humanos**, Universidad de Chile, 2005, p. 333.

³⁰⁷ THOMASI, Tanise Zago; SANTOS, Debora de Jesus Oliveira. Audiência de Custódia: como instrumento viabilizador do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. **Revista da AGU**, v. 17, n. 3, 2018, p. 329.

imediatamente da legalidade e sobre a necessidade da prisão, apreciando-se assim o acesso à jurisdição que é garantia de todo acusado e obrigação positiva do Estado³⁰⁸.

Também pode ser chamada de audiência de garantia, pois é um ato pré-processual “que assegura que todo cidadão preso em flagrante tem em face do Estado de ser apresentado pessoalmente e com rapidez à autoridade judiciária (juiz, desembargador ou ministro) competente para a aferição da legalidade de sua prisão”³⁰⁹.

A inovação agora é inserir, nesta fase, uma audiência onde o preso seja – após a formalização do auto de prisão em flagrante feito pela autoridade policial - ouvido por um juiz, que decidirá nesta audiência se o flagrante será homologado ou não e, ato contínuo, se a prisão preventiva é necessária ou se é caso de aplicação das medidas cautelares diversas (art. 319)³¹⁰

Assim, toda vez que uma pessoa for presa em flagrante, deverá ser apresentada ao juiz competente. Então o magistrado analisará o caso, ficando ciente das circunstâncias nas quais se deu a captura, se houve alguma violação da integridade física, se o acusado está íntegro e se aparenta alguma periculosidade ou não.

Este é o momento adequado para o pedido de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, na qual a autoridade policial, ou o Ministério Público, podem apresentar suas razões de convicção na qual se baseia para requerer que o acusado siga segregado.

Após o magistrado verificar a legalidade da prisão, deverá observar se estão presentes os requisitos da prisão preventiva, sendo essa a medida mais drástica e que só deve ser mantida se não for o caso de nenhuma das outras medidas cautelares diversas da prisão³¹¹.

Por conta desta dinâmica, é imprescindível que o preso esteja acompanhado de advogado, o qual deverá participar da audiência em par de igualdade com os

³⁰⁸ PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 31.

³⁰⁹ MASI, Carlos Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, v. 960, p. 77-120, 2015, p. 78.

³¹⁰ LOPES JUNIOR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 621.

³¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3.ed. rev. atual.e ampl., Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015, p. 115.

demais atores processuais. Fazendo requerimentos e inclusive apresentando seus argumentos contra o pedido de prisão ou mesmo pela liberdade.

O acusado deve contar com um advogado ou então na impossibilidade de contratar um, deverá ter um defensor público pois este se manifestará tecnicamente sobre o pedido de preventiva formulado pelo Ministério Público³¹².

No Brasil “[...] de plano nota-se a ausência de dispositivo que introduzisse no ordenamento pátrio a obrigação de apresentação imediata da pessoa presa – especialmente aquela em suposto flagrante delito – à autoridade judicial”³¹³, o que é uma clara transgressão aos princípios constitucionais e às convenções, pois a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) estabelece em seu artigo 7º, inciso V que:

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

E com redação muito similar ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que preceitua no artigo 9º, inciso III que:

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.

Ou seja, há mais de duas décadas que existe a norma para a apresentação imediata da pessoa presa ao Poder Judiciário, a qual também esclarece que a prisão preventiva não deve ser regra do procedimento, mas que não era efetivada, demonstrando, portanto,

[...] um sistema puramente cartorial, em que o Poder Judiciário, de forma asséptica, decide a partir do papel, sem garantir ao preso o direito de –

³¹² GOMES, Rodolfo Perini. O Ministério Público em audiência de custódia: o imperativo constitucional de seu comparecimento em juízo. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, n. 13, p. 371-398, 2017, p. 383.

³¹³ WEIS, Carlos. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. **Revista dos Tribunais**, ano 101, vol. 921, p. 331-355, jul./2012, p. 335.

pessoalmente— se fazer ouvir, revelando um padrão de comportamento judicial que, com o passar dos tempos, se tornou praticamente *gerencial*, uma atividade quase que burocrática, em que predomina a conversão do flagrante em prisão preventiva com base em elementos excessivamente abstratos, fomentando uma atividade decisória “em série” e *customizada*.³¹⁴

Em outros países membros da Organização dos Estados Americanos o sistema de audiência de custódia está em funcionamento há bastante tempo, sendo 28 países que garantem este procedimento³¹⁵. Na Argentina e no Chile o prazo para apresentação do acusado ao magistrado é inferior a 24 horas. Na Colômbia são 36 horas e no México são 48 horas³¹⁶.

O Brasil se encontra com Barbados, Cuba, Granada, Honduras, São Vicente e Granadinas e Suriname no rol de países que não contam com legislações que garantam a apresentação em pessoa do preso em flagrante à autoridade judicial³¹⁷.

No entanto, não foi por falta de iniciativa que esta normatização não produzia efeitos. Desde 2011 tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado n. 554/2011³¹⁸, o qual prevê alteração no §1º do artigo 306 determinando que no prazo de 24 horas o preso seja conduzido à presença do juiz competente. Até o momento, o projeto encontra-se aguardando apreciação do plenário da Câmara dos Deputados³¹⁹.

Contudo, no mundo real o Conselho Nacional de Justiça vinha acompanhando a situação dos presídios brasileiros que estavam superlotados, razão pela qual este órgão adotou vários Mutirões Carcerários de revisão. Nesta mesma toada, também provocou a atenção do Conselho a “constância (in)explicável

³¹⁴ PAIVA, Caio. op. cit., p. 56.

³¹⁵ INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC. **Brazil's custody hearings project in context: the right to prompt in-person judicial review of arrest across OAS member states**. Harvard Law School, October 20, 2015, p. 1. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/240a7b971d0b162c3c9a233ba2cb4b6d.pdf>> Acesso em: 15 dez. 2019.

³¹⁶ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Nota técnica n.º 6/2015. 25 ago. 2015. **Diário Oficial da União**. 23 set. 2015. p. 53-54. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Notas_Tecnicas/_Nota_Tecnica_n6_2015.pdf> Acesso em: 15 dez. 2019.

³¹⁷ INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC. op. cit., p. 8.

³¹⁸ ÁVILA, Thiago André Piero bom de. Audiência de custódia: avanços e desafios. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 53, n. 211, p. 301-333, jul./set. 2016., p. 302.

³¹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 6620/2016. Autor: Senado Federal: Antonio Carlos Valadares. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a prisão em flagrante .6 dez. 2016. <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120017>> Acesso em 15 dez. 2019

da prática de abusos policiais, eufemismo providencial para seu nome completo: prática de tortura”³²⁰.

Desta feita, coube ao Conselho Nacional de Justiça disciplinar a matéria por meio da Resolução 213, determinando que:

[...] toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

Por iniciativa de órgão administrativo do Poder Judiciário é que as audiências de custódia tiveram aplicação no Brasil, pois antes, apesar dos tratados internacionais, não se via nenhum juiz nacional fazendo tal observância.

No entanto, como se trata de normativa produzida por um órgão do Poder Judiciário houve a necessidade de se celebrar acordos com os tribunais do país para garantir a implementação deste procedimento em todo o território nacional. Segundo informações do órgão³²¹ com a exceção do estado de São Paulo, os demais estados da federação e todos os tribunais federais assinaram o termo de cooperação técnica para cumprimento da Resolução 213 CNJ.

Segundo este documento, na apresentação do preso ao magistrado “será registrada, preferencialmente, em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia” (art. 8.º, § 2.º). Isso indica que a metodologia deverá ser registrada e inserida no procedimento penal. Contudo, não se faz necessário que se consigne as declarações do acusado, evitando-se assim um possível registro de confissão.

A crítica que se faz nesse contato prévio entre magistrado e acusado é o possível “ingresso no mérito do caso penal durante a audiência de custódia é a sua total desvirtuação e transformação em instrumento para obtenção de condenações antecipadas por meio de coações e abusos arbitrários”³²². Ou seja, possível que

³²⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. Audiência de custódia: resultados preliminares e percepções teórico-práticas. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa técnica. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP)**, p. 105-126, 2016, p. 109.

³²¹ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Brasília. 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/>> Acesso em: 18 dez. 2019.

³²² VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória. **IBCCRIM, ANO**, v. 24, p. 5.

durante a audiência de custódia o juiz ouça uma confissão e se convença de imediato da culpabilidade do agente. Conquanto, isso não deve ocorrer, pois

[...] a oitiva do preso realizada em audiência de custódia não pode ser utilizada como prova para eventual condenação, caracterizando-se uma regra de exclusão probatória, pois: 1) isso desvirtuaria a finalidade da audiência de custódia, causando uma completa inversão em sua essência; 2) haveria violação ao contraditório e ao direito de defesa, pois se inverteria a ordem dos atos acusatórios e defensivos, já que o imputado se manifestaria antes do estabelecimento da denúncia e da delimitação da imputação; 3) isso violaria a sistemática adotada pela reforma de 2008, que deslocou adequadamente o interrogatório para o final do procedimento, em prol do contraditório e da ampla defesa;⁽¹³⁾ e 4) possibilitar-se-iam indevidos espaços para manifestações de arbitrariedades e ilegítimas negociações, visando à obtenção de condenações antecipadas por meio de barganhas, incompatíveis com o Processo Penal de um Estado Democrático de Direito.³²³

Ademais, existem mecanismos para evitar tal situação. O próprio magistrado ao perceber que já se convenceu do caso, antes mesmo da instrução e defesa do agente, deve com base no artigo 112 do CPP, consignar seu impedimento ou suspeição para atuar na causa.

Entende-se que com a aplicação das alterações feitas pela Lei n.º 13.964/2019, que institui o juiz de garantias, esta situação não irá ocorrer. Isso porque, segundo a nova redação, o juiz que atuar no controle de legalidade da prisão, ou seja, o juiz de garantias, não poderá desempenhar papel na instrução do processo.

A percepção deste procedimento então não é acelerar os procedimentos judiciais ou percepções do julgador, mas fazer realizar os direitos fundamentais do devido processo legal, por meio dos princípios da ampla defesa e do contraditório, garantidos aos cidadãos.

Daí a importância da audiência de custódia. A perspectiva de uma visão multifocal sobre (des)necessidade de manutenção da custódia cautelar proporcionada por essa dialética inicial decorrente do contato imediato entre o juiz e o flagrante abre os horizontes da cognição judicial, enriquecendo o próprio juízo de convalidação judicial da prisão em flagrante.³²⁴

³²³ Ibidem, p. 6.

³²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4º ed. Salvador: Editora Jus Podivn, 2016, pag.1257.

Inclusive, por dar essa visão ampliada ao julgador sobre a necessidade ou não da aplicação da prisão, Masi³²⁵ assevera que a audiência de custódia deveria ser aplicada para qualquer espécie de prisão cautelar. Isso dado que os tratados internacionais não fazem distinção de procedimentos e assim garante a máxima efetividade dos direitos humanos.

[...] a audiência de custódia não se limita aos casos de prisão em flagrante, senão que terá aplicação de toda e qualquer prisão, detenção ou retenção (dicção do art. 75 da CADH), sendo exigível na prisão temporária e também na prisão preventiva.³²⁶

Distingue-se ainda que a garantia do acusado ser ouvido, a fim do magistrado poder decidir sobre a prisão, se traduz na “possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *hisday in Court*”³²⁷.

Apesar de prospectiva, a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça não foi recebida de bom grado. Vários organismos envolvidos na persecução penal objetaram-se aos mecanismos delineados na Resolução 213 do CNJ.

Os Juízes criticaram a audiência; o Ministério Público de SP, na sua visão institucional criticou, desde um primeiro momento, a audiência e, depois, a associação de classe do Ministério Público de São Paulo chegou a aforar mandado de segurança contra a resolução paulista cujo destino foi o precoce reconhecimento de fulminante inépcia da inicial com o sepultamento da iniciativa. Por fim, delegados de polícia buscaram as portas do STF para açoiar a iniciativa legislativa.³²⁸

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5240³²⁹ ajuizada pela ADEPOL (Associação dos Delegados de Polícia do Brasil) alegou-se que a iniciativa do CNJ feria a CRFB/88, pois legislou sobre Direito Processual Penal. Além de violar o princípio da legalidade e da divisão funcional de poder ao obrigar os delegados de polícia em apresentar o preso em 24 em juízo.

³²⁵ MASI, Carlos Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, v. 960, p. 77-120, 2015, p. 78.

³²⁶ LOPES JUNIOR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p 622.

³²⁷ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2002 p. 42.

³²⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. op. cit., p. 115.

³²⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 5240/SP. Relator: Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. 20 ago. 2015, **DJe nº. 018**, Brasília, DF. 01 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>> Acesso em: 12 dez. 2019

Todavia, o STF julgou a ação improcedente, pois entendeu que a resolução organizou procedimentos administrativos ligados à audiência de custódia e que tal ato não viola a Constituição Federal.

A aplicação deste procedimento tem mostrado vários números interessantes. Destaca-se a pesquisa de Choukr³³⁰ que pouco tem após o início deste procedimento detectou-se que no Estado de São Paulo 277 presos em flagrante apresentaram indícios de terem sofrido tortura ou agressão por parte dos agentes de segurança. Destes 220 casos foram atribuídos à Polícia Militar e 45 à Polícia Civil.

Em consulta ao sítio do Conselho Nacional de Justiça³³¹ na área de “Estatísticas sobre as Audiências de Custódia Nacional” encontram-se vários dados sobre este procedimento. Já se realizaram 678.180 audiências de custódia, das quais 570 foram convertidas em prisão domiciliar, 271.393 foram concedidas a liberdade provisória e 406.217 resultaram em prisão preventiva.

No âmbito do Tribunal Federal da 4ª Região foram realizadas, ao total, 974 audiências de custódias, das quais 440 foram concedidas a liberdade provisória e 534 reverteram em prisão preventiva.

Na esfera estadual, no Paraná foram realizadas 76.111 audiências de custódia, das quais 19 foram convertidas em prisão domiciliar, 28.948 foram concedidas liberdade provisória e 47.144 resultaram em prisão preventiva. Já em Santa Catarina foram realizadas 18.504 audiências de custódia, das quais 13 foram convertidas em prisão domiciliar, 9.353 foram concedidas liberdade provisória e 9.138 decorreram em prisão preventiva. E, por fim, no estado do Rio Grande do Sul foram realizadas 31.423 audiências de custódia, das quais 36 procederam em prisão domiciliar, 8.295 foram concedidas liberdade provisória e 23.092 foram convertidas em prisão preventiva.

Por estes números vê-se que a audiência de custódia é de grande valia ao ajustar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos, evitando-se prisões desnecessárias e prevenindo tortura e maus-tratos³³².

³³⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. op. cit., p. 125.

³³¹ CNJ: Conselho Nacional de Justiça. Estatísticas sobre Audiências de Custódia Nacional. c2020 Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_I%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shSISTAC> Acesso em: 18 jan. 2020.

³³² THOMASI, Tanise Zago; SANTOS, Debora de Jesus Oliveira. Audiência de Custódia: como instrumento viabilizador do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. **Revista da AGU**, v. 17, n. 3, 2018, p. 340.

Diante disso também é assimilado que a ausência da audiência de custódia é causa de nulidade, pois fere os direitos delineados constitucionalmente. Isso se dá porque a mesma é prevista nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil; respeita e incorpora a realização dos direitos fundamentais de devido processo legal, ampla defesa, contraditório e da dignidade da pessoa humana quando é ouvida pela autoridade que pode lhe tirar a liberdade.

Por outro lado, não é este o juízo de algumas cortes brasileiras. Ainda é habitual que os tribunais de justiça encarem que a falta da realização da audiência de custódia não gera nulidade porque o juiz fundamentou sua decisão.

TJ-MG HABEAS CORPUS - EXTORSÃO - ILEGALIDADE DA PRISÃO NÃO CONFIGURADA - COMUNICAÇÃO DO FLAGRANTE NO PRAZO LEGAL - AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - MERA IRREGULARIDADE - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. - Se a prisão em flagrante do acusado foi devidamente comunicada ao d. Magistrado a quo no prazo de vinte e quatro horas, não há que se falar em sua ilegalidade. - **A não realização de audiência de custódia é incapaz de macular a prisão do acusado, uma vez que se trata de mera irregularidade, mormente quando os demais direitos do acautelado foram garantidos e já tendo sido a prisão preventiva decretada.** (sem grifos no original)³³³

A decisão colegiada entende que simplesmente por ter a prisão preventiva sido decretada com fundamentação não houve mácula aos direitos do acusado. Todavia, este não realizou seus direitos fundamentais de ampla defesa e contraditório perante a autoridade que lhe tirou a liberdade.

EMENTA HABEAS CORPUS. ART. 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/2006. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE MANTEVE A PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. MERA IRREGULARIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. ESTADO FLAGRANCIAL CONFIGURADO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. UNANIMIDADE. 1-A respeitável decisão guerreada atendeu o disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal, vez que alicerçou-se na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal, bem como na garantia da aplicação da lei penal, pois existem provas da existência do crime e de indícios da participação dos pacientes no nefasto comércio de entorpecentes, não havendo, portanto que se falar em falta de fundamentação. **2-A ausência de audiência de custódia prévia constitui mera irregularidade, não tendo o condão, por si só, de revogar a prisão preventiva dos ergastulados, quando presentes os requisitos autorizadores do art. 312 do CPP.** 3-Estado flagrancial configurado. Paciente que foram flagrados tentando receber à

³³³ TJMG. HC n.º 10000150489921000 MG, Julgamento: 16 jun. 2015, Relator: Cássio Salomé, 7ª Câmara Criminal, 23 jul. 2015.

droga que seria posta à comercialização. 4-Ordem denegada. Unanimidade.³³⁴ (sem grifos no original)

Outra decisão colegiada, a qual teve votação unânime, que afirma que desrespeitar os direitos convencionais e constitucionais não gera nulidade, mas mera irregularidade processual. Parece-se indicar que a decisão baseada unicamente nos registros trazidos pela polícia ou pela acusação, os quais não passaram pelo contraditório, são idôneos para sinalizar que estão presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal que autorizam a prisão preventiva. Todavia, sem o devido processo legal, não pode autoridade judicial inferir que os dados informados no processo são verídicos.

É exatamente esta a função do contraditório ou ampla defesa e que se realiza por meio da audiência de custódia. O acusado, pessoalmente ou através de seu defensor, irá elencar as razões que são cabíveis a partir do seu entendimento para rebater os dados informados pela acusação e assim permanecer em liberdade. O magistrado pode não admitir as alegações defensivas, mas com base nos princípios constitucionais é sua obrigação ponderá-los.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06 E ARTS. 14 E 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/03). PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. ILEGALIDADE DA APREENSÃO REALIZADA NO INTERIOR DO VEÍCULO. CRIME PERMANENTE. INGRESSO NO AUTOMÓVEL AUTORIZADO EXCEPCIONALMENTE. ADEMAIS, MATÉRIA SUPERADA COM A CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA. TÍTULO DA CUSTÓDIA DIVERSO. TESE ARREDADA. VÍCIO NÃO VERIFICADO. **ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NÃO OPORTUNIZADO AO MINISTÉRIO PÚBLICO E À DEFESA O DIREITO DE FORMULAR REQUERIMENTOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. VÍCIO NÃO VERIFICADO.** PLEITO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO. PROVAS DA MATERIALIDADE DELITIVA E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA PRESENTES. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECISÃO ADEQUADAMENTE MOTIVADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NÃO VERIFICADO. BONS PREDICADOS, ADEMAIS, QUE NÃO IMPEDEM O DECRETO PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS INVIÁVEL. PEDIDO DE ORDEM CONHECIDO E DENEGADO.³³⁵ (sem grifos no original)

³³⁴ TJMA. HC nº 0600222015 MA 0010586-24.2015.8.10.0000. Julgamento: 21 jan. 2016 Relator: José Bernardo Silva Rodrigues, **2ª Câmara Criminal**, 26 jan. 2016

³³⁵ TJSC, HC n.º 4029124-53.2019.8.24.0000, Balneário Camboriú. Relator: Des. Sidney Eloy Dalabrida, **4ª Câmara Criminal**. 17 out. 2019.

Em outra decisão colegiada aparece deformidade processual e principiológica ainda mais grave. Não foi oportunizado nem a defesa e tampouco à acusação a realização de requerimentos na audiência de custódia. Ou seja, o magistrado singularmente tomou posse do processo e decidiu conforme seu próprio discernimento. Dispensou-se qualquer participação das partes. Entretanto, grave é o tribunal de justiça permitir tal excrescência afirmando que não houve prejuízo e assim não há vício.

A relutância de alguns atores que compõem a audiência de custódia, reside na falta de lei que a efetive, sob o argumento de que a sua ausência não embaraça os princípios processuais. Este pensamento é acompanhado pelo autor Oliveira e outros ao acreditar que uma vez observadas as garantias fundamentais das partes e, particularmente, do apresentado, não haverá qualquer afronta ao princípio do devido processo legal.³³⁶

Apesar da existência de todo um sistema internacional e constitucional, consta que a necessidade de raciocínio jurídico e discernimento, por vezes, torna mais fácil e eficaz a aplicação da norma direta e clara. Então é urgente a necessidade de aprovação de lei ordinária que obrigue a realização da audiência de custódia, sob pena de nulidade.

Por maioria e nos termos do voto do relator, foi concedida a ordem para relaxar a prisão do paciente, uma vez que, em dissonância com o disposto no art. 7º, 5, do Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678/92, não foi determinada em primeira instância a apresentação do paciente, imediatamente após a sua prisão, ao magistrado de primeiro grau para fins de audiência de custódia, ficando assim ratificada a liminar deferida pelo relator. A divergência foi da segunda vogal, Desembargadora Rosita Maria de Oliveira Netto, que denegava a ordem nos termos de seu voto em separado.³³⁷

Todavia, há também entendimentos harmônicos com o arrazoado desta pesquisa, pois como demonstrado “a não realização da audiência de custódia torna a prisão ilegal, ensejando, conseqüentemente, o seu relaxamento, nos termos do art. 5º, LXV, da CF”³³⁸.

Vê-se assim que conforme os direitos fundamentais dispostos na CRFB/88 é garantia maior a oitiva pessoal dos acusados para que o Poder Judiciário possa

³³⁶ THOMASI, Tanise Zago; SANTOS, Debora de Jesus Oliveira. op. cit., p. 332.

³³⁷ TJRJ. HC nº 0064910-46.2014.8.19.0000 julgado em 03 de fevereiro de 2015 São Gonçalo, 3 Vara Criminal. Relator: Des. Luiz Noronha Dantas. **6ª Câmara Criminal**. 25 jan. 2016.

³³⁸ PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do direito, 2015. p. 89.

determinar sobre a necessidade ou não de uma prisão. Tonar-se, então, de obrigatória observância a realização da audiência de custódia.

3.4. AS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS QUE PRIVILEGIAM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS RELATIVOS AO PROCESSO PENAL

Observou-se ao longo da pesquisa que o Estado Brasileiro assumiu diversos compromissos com o Estado de Direito, com a democracia participativa e com os direitos fundamentais. Tanto é que, após elencar um desenvolvido rol de garantias individuais e coletivas na CRFB/88, tornou-as cláusulas pétreas impossíveis de serem suprimidas.

A interpretação deste conjunto de valores estabelecidos, no entanto, ainda não está robustecida por uma compreensão em defesa do cidadão. Sempre é reconhecida a validade e importância dos direitos fundamentais, mas se invoca uma “ponderação de princípios”, no que o indivíduo não é privilegiado.

Nessa mesma toada identifica-se que os direitos fundamentais daqueles cidadãos acusados de cometimento de crimes ficam aparentemente em um segundo plano, à mercê da apuração criminal. Objetiva-se o fim e descuida-se dos meios.

Os números apresentados indicam que no sistema criminal brasileiro utiliza-se em larga escala do aprisionamento processual. Mesmo com a implementação das audiências de custódia por meio da Resolução 213 do CNJ ou das cautelares diversas da prisão nos artigos 319 e seguintes do CPP, mecanismos legais para diminuir a segregação das pessoas.

A prática institucional relacionada à prisão processual precisa ser revista. Por vezes ela é necessária, mas os seus requisitos, condições e exigências precisam estar de acordo com os princípios constitucionais de presunção de inocência, ampla defesa, contraditório e dignidade da pessoa humana.

Os pressupostos esboçados no artigo 312³³⁹ do código processual vigente para a decretação da prisão preventiva necessitam de atualização, tanto dogmática

³³⁹ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o).

como social. Com base nos novos paradigmas constitucionais processuais penais não se pode apenas determinar encarceramento a partir, unicamente, da satisfação no preenchimento dos requisitos para prisão.

A ineficácia das prisões no Brasil é de conhecimento de todos e a falência carcerária coloca a sociedade refém de mais violência. Tal cenário é ainda a mais grave questão dos direitos humanos no Brasil. Mesmo conhecendo seus inconvenientes, perigo e inutilidade: “ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”. Nessa perspectiva, a audiência de custódia surge como uma forma de conter o poder punitivo e negligente do Estado, e proteger os direitos humanos daquele preso em flagrante delito. A audiência de custódia se “projeta como um paradigma internacionalmente aceito de processo penal justo”³⁴⁰

Como demonstrado, o aprisionamento não é uma solução para o problema da criminalidade, nem mesmo como pena a segregação é eficiente no Brasil. Pelo contrário, “a prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação”³⁴¹.

Há anos que o sistema penitenciário brasileiro não respeita os princípios constitucionais, quiçá os respeitou. “Não apenas presos provisórios, mas também aqueles já condenados pela Justiça, amontoam-se em condições subumanas, nas quais impera um sistema próprio de convivência, baseado na absoluta desvalia da vida”³⁴². Sendo esse um dos resultados expressos pela Comissão Parlamentar de Inquérito de 1994 que investigava o Sistema Penitenciário Brasileiro.

O Brasil definiu como regra para punição daqueles condenados por crimes, respeitado o devido processo legal e todas as garantias processuais penais e constitucionais, a pena de prisão. Ou seja, a segregação de cidadãos somente pode ocorrer em caso de pena, sendo uma exceção a essa regra a prisão processual. E esta, como sendo exclusão da regra, deve por óbvio observar irrestritamente todos os direitos do acusado.

Conclui-se, nada obstante, que as penitenciárias brasileiras não estão preparadas para tratar de qualquer pessoa.

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

³⁴⁰ THOMASI, Tanise Zago; SANTOS, Debora de Jesus Oliveira. op.cit., p. 341.

³⁴¹ MIRABETE, J. **Execução Penal**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 24.

³⁴² BRASIL. Congresso. Comissão Parlamentar de Inquérito. Relatório Final da CPI destinada a investigar a situação do sistema penitenciário brasileiro. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, n. 57 (suplemento), 19 abr. 1994.

As prisões são cenário de constantes violações de direitos humanos. Os principais problemas enfrentados, segundo a Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário (conhecida como CPI Carcerária) realizada nos presídios em todo País, são: a superlotação, a degradação da infraestrutura carcerária, a corrupção dos próprios policiais, a má administração carcerária, a violência, e a tortura.³⁴³

É imprescindível que para uma decisão fundamentada nos pressupostos constitucionais, o acusado possa exercer seu direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório. Não se trata de uma decisão que restrinja algum espectro dos direitos do cidadão. A decisão que determina uma prisão irá retirar todas as liberdades do cidadão. Não só aquelas constitucionalmente asseguradas como liberdade e inocência, mas irá suprimir todas as prerrogativas de uma vida digna como: intimidade, comodidades do lar, o trabalho, as amizades, o convívio familiar, etc.

A decisão que autoriza a prisão também sujeita o cidadão a viver, mesmo que por curto período, sob as diretrizes do Estado. Irá se vestir, comer, dormir, se exercitar, estudar, se comunicar, e se divertir somente quando autorizado. Essa submissão que sofre uma pessoa fere sua dignidade, cuja foi social e juridicamente aceita àquelas que são condenados. Entretanto, para aquele que é presumivelmente inocente esta situação de vivência é inconcebível.

Assim uma decisão justa, que se baseia nos princípios do devido processo substancial, ampla defesa, contraditório, dignidade da pessoa humana, é aquela que pondera todos os argumentos. Ouve as alegações das partes e daí, com base na legislação, decide conforme seu convencimento, “somente é efetiva uma persecução penal, a qual se atenha, no processo penal, ao conceito de formalização”³⁴⁴, a qual ocorre respeitando estes direitos fundamentais.

Diante disso, tem-se que a “dignidade da pessoa, como já visto, se confunde com o próprio Estado democrático de direito, no qual, sem forma, não há garantias e não há igualdade de direitos. Não se pode escolher quais direitos respeitar”³⁴⁵.

Percebe-se que, progressivamente, o sistema criminal brasileiro está se amoldando segundo os princípios constitucionais. Porém são mudanças pontuais e graduais. Várias são as leis pós CRFB/88 que alteraram o Código Penal e o Código

³⁴³ OLIVEIRA RIBEIRO, Rosângela de. Condições de vida nos presídios brasileiros. **ETIC- Encontro de Iniciação Científica-ISSN 21-76-8498**, v. 6, n. 6, 2010, p. 3.

³⁴⁴ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertatório**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 119.

³⁴⁵ THOMASI, Tanise Zago; SANTOS, Debora de Jesus Oliveira. Audiência de Custódia: como instrumento viabilizador do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. **Revista da AGU**, v. 17, n. 3, 2018, p. 332.

de Processo Penal, o que muitas vezes cria mais prejuízos do que benefícios ao retalhar o raciocínio esboçado originalmente pela norma.

A mais recente alteração introduzida neste sistema, como já indicado acima, foi a Lei 13.964/19. Vários institutos jurídicos relacionados ao procedimento penal foram modificados e aparentemente se privilegiou os direitos fundamentais aqui discutidos. Identificam-se vários pontos que obrigam o magistrado a consultar as partes e outros que impedem o juiz de tomar decisões de ofício.

Nessa linha temos a alteração do artigo 282, §2º do CPP no qual as cautelares são decretadas pelo juiz “a requerimento das partes”, determinando também o §3º do mesmo que a parte contrária se manifestará em 5 (cinco) dias sobre o pedido formulado.

Outra alteração foi no artigo 310 também do CPP que determina a realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas, período que transcorrido ensejará na ilegalidade da prisão (§4º) e a determinação de responsabilidade da autoridade que deu causa a não consumação deste procedimento (§3º).

A nova lei reforça e instiga, portanto, a participação dos autores processuais e cumula responsabilização aqueles que não oportunizem o diálogo. Estas alterações incorporam os direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa, respeitando-se assim o devido processo substancial em que todos os passos devem obrigatoriamente ser respeitados, não apenas formalmente e que geraria em tese uma irregularidade formal apenas.

Também houve mudança significativa que privilegia os direitos fundamentais na revisão fundamentada a cada 90 (noventa) dias das prisões preventivas. Determina o parágrafo único do reformulado artigo 316 do CPP:

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Compreende-se então que a nova legislação tratou de rever procedimentos antes tidos como “automáticos” pelo Poder Judiciário e força a um diálogo democrático e respeitoso aos direitos fundamentais.

Essas alterações no Estado democrático de direito, que “incorpore os direitos humanos, é trabalho árduo e contínuo que pressupõe uma democratização

econômica do povo brasileiro e um redimensionamento político do aparelho ideológico estatal”³⁴⁶. Pouco a pouco vão se absorvendo os direitos fundamentais expostos na Constituição e os exprimindo nas legislações infraconstitucionais.

No contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, verifica-se a responsabilização dos Estados-membros por não aplicarem os princípios de devido processo e celeridade da justiça criminal ao deixarem de implementar a audiência de custódia³⁴⁷ e procedimentos que privilegiam a ampla de defesa e contraditório.

Assim sendo, “o Poder Judiciário tem a obrigação de superar a omissão legislativa e aplicar diretamente a CADH através do denominado controle de Convencionalidade”³⁴⁸. Curiosamente, aconteceu o contrário. Surgiu uma legislação que incorpora alguns dispositivos da Convenção, entretanto o Poder Judiciário, através de seu órgão de cúpula deferiu uma medida cautelar que suspende a aplicação de diversos mecanismos da Lei n.º 13.964/19³⁴⁹.

Na decisão utilizaram-se argumentos secundários à proteção aos direitos fundamentais. Justificou-se a suspensão de dispositivos da nova legislação, pois haveria “ausência de dotação orçamentária prévia”, ferindo assim a autonomia financeira do Poder Judiciário. Também se invocou uma alteração na divisão dos serviços judiciários que gera uma “reorganização da justiça criminal no país”, o que requer um estudo e audiência pública para discutir a lei já aprovada pelo parlamento. Ademais, faz-se necessário avaliar outras fundamentações de transgressões a princípios constitucionais.

Contudo, imperioso lembrar que esta decisão revogou monocraticamente outro comando dado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal. Ambas as decisões foram proferidas durante o recesso judiciário.

Encerra-se, então, que não somente a legislação precisa se adaptar aos novos padrões postos pelos tratados e pactos internacionais de proteção aos direitos humanos e pela CRFB/88, mas também o discernimento do que os direitos fundamentais significam no Estado Democrático de Direito.

³⁴⁶ BARROS, Renata Furtado de; TECLES LARA, Paula Maria; FERREIRA, Juliana Maria Matos. **Direito e justiça**: estudos jurídicos contemporâneos. Estados Unidos da América: Lulu Publishing, 2013. p. 122.

³⁴⁷ THOMASI, Tanise Zago; SANTOS, Debora de Jesus Oliveira. op. cit., p. 337.

³⁴⁸ PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 1. ed. Florianópolis: Empório do direito, 2015. p. 37.

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 6.298 MC/DF. Relator: Luiz Fux. 22 jan. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>> Acesso em: 15 fev. 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito da presente pesquisa foi trazer à reflexão a urgente necessidade de revisão profunda e concreta sobre o instituto da prisão processual e a forma como o acusado é tratado pela legislação infraconstitucional e pelas autoridades públicas.

Identificou-se que os procedimentos para formalização de uma prisão são extremamente burocráticos e não tem como centro da metodologia a situação do acusado, mas sim, a rápida detecção de um sujeito culpado pela prática do ilícito, o qual deve ser imediatamente segregado.

A pesquisa iniciou-se pela análise da legislação processual vigente no país no tocante aos procedimentos para a prisão. Foi constatado que, por força constitucional, toda e qualquer prisão deve ser comunicada à autoridade judiciária competente para que esta possa fundamentadamente decidir sobre a necessidade da prisão. Todavia, constatou-se que os elementos sobre os quais o magistrado baseia sua decisão são unilaterais, ou seja, por norma o juiz toma por base aquilo que a autoridade policial amealhou aos autos sobre o autor e o suposto fato criminoso.

Assim, tendo por base essa sistemática, há uma aparente fundamentação da decisão sobre a prisão. Contudo, esse veredicto não reflete os princípios democráticos elencados na CRFB/88 e apenas reproduzem a consolidada sistemática de prisão automática, sem qualquer debate profundo com as partes sobre a sua necessidade.

Analisaram-se conjuntamente as hipóteses para a ocorrência da prisão processual, como: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão domiciliar e as recentes medidas cautelares diversas da prisão. Clarificou-se, entretanto, que o Código de Processo Penal é dissonante das premissas dos direitos fundamentais, pois sua lógica é profundamente inquisitória, na qual se busca incessantemente um culpado e não o esclarecimento da dinâmica do fato típico. Observou-se que houve inúmeras alterações ao longo dos quase 80 anos de vigência da norma processual. Todavia, por vezes, mais causam problemas do que inovações democráticas. Suas regras acabam se sobrepondo.

Alguns números reunidos pelo Ministério da Justiça por meio do Infopen foram apresentados e esses mesmos revelaram que a quantidade de prisões aumenta vertiginosamente ano após ano. Nesse passo, observou-se uma preocupação do Conselho Nacional de Justiça, cujo implementou administrativamente as audiências de custódia. Não obstante, o que se notou na jurisprudência dos tribunais do país foi uma desconsideração do procedimento. A partir disso, manteve-se o posicionamento no sentido de que a falta de cumprimento da audiência não geraria nenhuma nulidade, mantendo-se íntegras as decisões tomadas.

Preocupou-se durante a pesquisa em demonstrar como o sistema vigente no Brasil é tido pela comunidade internacional. Para tanto se buscaram os pactos e tratados internacionais os quais foram adotados livremente, com o comprometimento de submissão e adequação aos procedimentos por eles ditados. Nessa linha constatou-se que o Supremo Tribunal Federal abraçou a temática classificando estes instrumentos internacionais como de hierarquia supralegal e aqueles aprovados por 2/3 do Congresso Nacional como equivalentes às Emendas Constitucionais. Constatou-se assim a validade de toda a normativa da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto 678/92); o Protocolo de San Salvador (Decreto 3.321/99).

Nessa mesma perspectiva evidenciaram-se os órgãos que supervisionam o cumprimento pelos estados-membros das normativas pactuadas. Foram discutidos os procedimentos de verificação das violações e as possibilidades de defesa estatais ante estes órgãos. Porém, o mais preocupante nesta dimensão, foi constatar que a legislação e os procedimentos brasileiros para investigação criminal apresentam graves falhas, as quais geram inúmeras violações aos direitos fundamentais.

Em especial, constatou-se um descaso por parte dos governos brasileiros nos procedimentos que investigavam as violações. Sendo recorrentes refutações vagas, as quais informavam que o órgão externo não poderia realizar o procedimento dado que não havia se esgotado as vias internas de persecução.

Destarte, ficou claro que a prática brasileira desconsidera tanto os direitos fundamentais quanto os pactos internacionais aos quais e comprometeu em cumprir.

Finalmente, o último capítulo tratou de identificar que os procedimentos que analisam a possibilidade de privação da liberdade devem obrigatoriamente se curvar aos direitos fundamentais. Desse modo, é necessário observar os princípios de

ampla defesa, contraditório, devido processo legal e dignidade da pessoa humana. Neste contexto detectou-se que a audiência de custódia é o procedimento adequado para se discutir a viabilidade de uma prisão. Este procedimento é previsto nos tratados internacionais e na Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça. Todavia se ignorava amplamente a sua realização.

A promulgação da Lei n.º 13.964/19, cuja expressamente determinou a apresentação do acusado à autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, produz uma alteração no cenário interno. Resta agora observar se os agentes responsáveis pelos trâmites irão executar a audiência sob a luz dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 4. ed. Tradução Ernesto Valdés. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANDRADE, Daniela Patrícia dos Santos. A inconstitucionalidade da prisão temporária. **REVISTA DA ESMESE**, Nº 12, 2009.

ANNONI, Danielle. *Direitos humanos & acesso à justiça no plano internacional: responsabilidade internacional do Estado*. Curitiba: Juruá, 2009.

APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. **Breves reflexões sobre o aumento do controle punitivo do Estado pela via alternativa à prisão**. Pelotas: Editora Universitária UFPEL, 2011.

ÁVILA, Flávia de Cury; NASSER, Paula Maria. **Os Princípios Jurídicos e a efetividade das sentenças da Corte interamericana de direitos humanos no Brasil**. Revista de Direito da FHC/FUMEC. Belo Horizonte, v.4, n. 2, p. 209-235, jul/dez. 2009.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Audiência de custódia: avanços e desafios. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 53, n. 211, p. 301-333, jul./set. 2016.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiribghelli de; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. O inquérito policial em questão: situação atual e a percepção dos delegados de polícia sobre as fragilidades do modelo brasileiro de investigação criminal. **Sociedade e Estado**, v. 26, n. 1, p. 59-75, 2011.

_____. Criminalidade e justiça penal na América Latina. **Sociologias**, n. 13, p. 212-241, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3.ed. rev. atual. e ampl., Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.

_____. A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 381-408, 2008.

_____. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro [recurso eletrônico] / Fernando Brandini Barbagalo. – Dados eletrônicos. – Brasília : TJDF, 2015.

BARROS, Ana Maria de; JORDÃO, Maria Perpétua Dantas. A cidadania e o sistema penitenciário brasileiro, **Veredas FAVIP**, Caruaru-PE, v. 1, p. 9-91, 2004.

BARROS, Renata Furtado de; TECLES LARA, Paula Maria; FERREIRA, Juliana Maria Matos. *Direito e justiça: estudos jurídicos contemporâneos*. Estados Unidos da América: Lulu Publishing, 2013.

BICUDO, Hélio. Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais. **Estudos Avançados**, v. 17, n. 47, p. 225-236, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Monismo e Dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. **Revista Forense**, v. 350, 2000.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BORGES, Nadine. **Damião Ximenes Lopes: Primeira Condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas Cautelares Penais (LEI 12.403/11) Novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, v. 1, n. 1, 2013.

_____. Aspectos pragmáticos e dogmáticos do monitoramento eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito-UFU**, v. 36, 2008.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Contribuições teóricas latino-americanas para a universalização dos direitos humanos. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 13, n. 99, p. 11-31, 2011.

_____.; COUTINHO, Isabella Maraschin. A efetivação do direito à memória e à verdade no contexto brasileiro: o julgamento do caso Julia Gomes Lund pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, v. 9, n. 1, p. 125-142, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 6620/2016. Autor: Senado Federal: Antonio Carlos Valadares. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a prisão em flagrante .6 dez. 2016.

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120017>> Acesso em 15 dez. 2019

_____. Congresso. Comissão Parlamentar de Inquérito. Relatório Final da CPI destinada a investigar a situação do sistema penitenciário brasileiro. Diário do Congresso Nacional, Brasília, n. 57 (suplemento), 19 abr. 1994.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jul.1992.

_____. Decreto nº 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 União**, Brasília, 06 nov.1992.

_____. **Decreto-Lei n.º 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. 13 out. 1941, retificado em 24 out. 1941.

_____. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal, ADI n.º 1158-8/AM. Medida Liminar, Relator: Min. Celso de Mello. 19 dez. 1994, **Tribunal Pleno. DJ 26 mai. 1995**. p.58 Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14704766/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1158-am?ref=juris-tabs>> Acesso em: 06 jul. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 5240/SP. Relator: Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. 20 ago. 2015, **DJe nº. 018**, Brasília, DF. 01 fev. 2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>> Acesso em: 12 dez. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 6.298 MC/DF. Relator: Luiz Fux. 22 jan. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>> Acesso em: 15 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI n.º 791292 QO-RG, Relator: Min. Gilmar Mendes, Repercussão Geral – Mérito, Pernambuco 23 de jun. de 2010, **DJe n.º 149**. 13 de agosto de 2010, Ement. Vol-02410-06, PP-01289, RDECTRAB, Brasília, DF, v. 18, n. 203, 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n.º 349703/RS, Relator: Min. Carlos Britto. Relator p/ Acórdão: Gilmar Mendes. 03 dez. 2008. Tribunal Pleno. **DJe n.º 104**. 05 jun. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n.º 175070 AgR, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Sessão Virtual, 4 de out. de 2019, **DJe n.º 226**. 17 out. 2019. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=226&dataPublicacaoDj=17/10/2019&incidente=5770056&codCapitulo=5&numMateria=156&codMateria=3>> Acesso em: 16 dez. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 14. DF. Voto do Min. Celso de Mello, PSV 1/DF, Plenário 02 fev. 2009, **DJe n.º 59**. 27 mar. 2009 p. 40-41. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_14__P_SV_1.pdf> Acesso em: 14 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 14. DF. Voto do Min. Menezes Direito, PSV 1/DF, Plenário 02 fev. 2009. **DJe n.º 59**. 27 mar. 2009. p.14

Disponível em: <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_14__P_SV_1.pdf> Acesso em: 14 dez. 2019.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. HC n.º 42496/SP. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. 19 mai. 2005. T6: 6ª Turma. DJ 06 jun. 2005. p. 375.

BOLETIM DE JURISPRUDÊNCIA. n. 2. nov. 2015/abr. 2015. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Unión Europea. p. 10. Disponível em: <
<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/boletin2por.pdf>> Acesso em: 06 jul. 2019.

BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil reformado. In: BRÊTAS C. Dias, Ronaldo e NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). *Processo civil reformado*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CAMBIAGHI, Cristina Timponi; VANNUCHI, Paulo. Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH): reformar para fortalecer. **Lua Nova**, n. 90, p. 133-165, 2013.

CAMPOS, Bernardo MagesteCastelar. O devido processo legal na corte interamericana de direitos humanos. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOSBERNARDO MAGESTE CASTELAR CAMPOS. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, n.37, p. 130-143, jan./abr. 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**: Workshop. STJ. São Paulo, 2000, p.56.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Voto Separado. In Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ximenes Lopes v. Brasil, julgamento de 04 de julho de 2006b, Série C, nº 149.

CARVALHO, Salo. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo. O exemplo privilegiado da aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASARA, Rubens. **Prisão e liberdade**. Organizadores: Marcelo Semer, Marcio Sotelo Felipe. 1. ed. São Paulo: Estúdio Editores, 2014.

CASCALDI, R. U. I. Prisão temporária: inconstitucionalidade. **Revista dos Tribunais**, v. 667, 1991.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Audiência de custódia: resultados preliminares e percepções teórico-práticas. **Audiência de custódia: da boa intenção à boa**

técnica. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), p. 105-126, 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. MC n.º 60-15. Resolução 71/2015, 31 dez. 2015. Disponível em <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/cautelares.asp>> Acesso em: 15 dez. 2019

_____. MC n.º 302-15. Resolução 43/2016, 21 jul. 2016. Disponível em <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/cautelares.asp>> Acesso em: 15 dez. 2019

_____. MC n.º 1358-18. Resolução 89/2018 07 dez. 2018. Disponível em <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/cautelares.asp>> Acesso em: 15 dez. 2019.

_____. MC n.º 1489-18. Resolução 92/2018 31 dez. 2018. Disponível em <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/cautelares.asp>> Acesso em: 15 dez. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. **O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos**, 2001. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>, acesso em 06.07.2019

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Brasília. 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/>> Acesso em: 18 dez. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Estatísticas sobre Audiências de Custódia Nacional. c2020 Disponível em: <https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=qvw_I%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shSISTAC> Acesso em: 18 jan. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Nota técnica n.º 6/2015. 25 ago. 2015. **Diário Oficial da União**. 23 set. 2015. p. 53-54. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Notas_Tecnicas/_Nota_Tecnica_n6_2015.pdf> Acesso em: 15 ago. 2015.

CORREA, Alzira Josiane; CARNEIRO, Simone Rezende. O sistema interamericano de proteção dos direitos Humanos e o caso Maria da Penha. **Revista CEPPG**, n. 23, 2010.

COSTA RICA. Caso Suárez Rosero VS. Ecuador. 12 de noviembre de 1997. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 15 nov. 1997. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf>. Acesso em 4 de fevereiro de 2009.

COSTA RICA. Opinião Consultiva. The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the due Process of Law. OC-16/99. **Corte Interamericana de Derechos Humanos**. O Direito à Informação sobre a Assistência

Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal. São José, 1º out. 1999, p. 59.

COSTA, Carlos Henrique Generoso. O DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSTITUCIONAL E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL, SOB A ÓTICA INTERPRETATIVA DE RONALD DWORKIN. **Revista CEJ**, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson. Novo Código de Processo Penal, Nova Mentalidade. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, no33, abr.-jun. 2009.

_____. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. In: Separata ITEC, ano 1, nº 4 – jan/fev/mar 2000.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar**. Dramas, princípios e alternativas, 4.ed. rev. e ampl., Editora Jus Podium: São Paulo, 2018.

D'OLIVEIRA, Marcele Camargo; D'OLIVEIRA, Mariane Camargo; CAMARGO, Maria Aparecida Santana. **O estudo da principiologia penal a partir da perspectiva da celeridade processual**. In: XVI SEMINÁRIO INTERINSTITUCIONAL DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO. UNICRUZ, 4-6 out. 2011. Cruz Alta, RS, Anais do XVI Seminário. 2011. Disponível em: <<https://home.unicruz.edu.br/seminario/anais/anais-2011/sociais/>> Acesso em 16 dez. 2019.

DEPARTAMENTO Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília, c2017. Org: Marcos Vinícius Moura. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br>> Acesso em> 14 fev. 2019.

DOTTO, Adriano Cielo; CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele. Proteção Internacional dos Direitos Humanos nos Planos Global e Regional Interamericano. **Revista EVS-Revista de Ciências Ambientais e Saúde**, v. 35, n. 4, p. 503-514, 2008.

FAGUNDES, Pedro Ernesto. A atuação da Organização dos Estados Americanos (OEA) nas crises políticas contemporâneas. **Meridiano 47-Boletim de Análise de Conjuntura em Relações Internacionais**, n. 117, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, 2009.

_____. Prisão temporária e “fermo”: estudo comparativo. **Justitia. São Paulo: Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público**, n. 157, 1992.

_____. **Processo penal constitucional**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, David Augusto. O Tribunal Penal Internacional: A Concretização de um Sonho. **APOIO-UNISAL**, v. 29, n. 2, p. 301-334, 2013.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. O devido processo legal substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 6, n. 60, 2004.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito Processual Penal. Coimbra editora: Coimbra. 1974 (reimpressão, 2004).

FIORATTO, Débora Carvalho; CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do estado democrático de direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 5, n. 5, 2010.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Nascimento da prisão. Tradução Pedro Elói Duarte. Edições 70: Lisboa, 2013.

GASPAROTO, A. L. & GASPAROTO, J. W. & VIEIRA, O. V. O Brasil e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, Vol. 7. Pp.42 –68, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. O prazo razoável como conceito indeterminado no Processo Penal. In: FAYET JÚNIOR, Ney; WEDY, Miguel Tedesco (Orgs.). Estudos críticos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio. O juiz [das] garantias projetado pelo novo Código de Processo Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 40, 2018.

_____.; DE OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional?. **Revista de direito**, v. 12, n. 15, 2015.

GOMES, Rodolfo Perini. O Ministério Público em audiência de custódia: o imperativo constitucional de seu comparecimento em juízo. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, n. 13, p. 371-398, 2017.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. Direitos humanos das mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Trad. de notas e citações Luciana Yonekawa. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRANDE, Cristiane Emanuelle Pereira de; MAIA, Marrielle. A Relação entre o Brasil e o SIDH à luz da Política Externa Brasileira para os Direitos Humanos após a

redemocratização. SEMINÁRIO AMÉRICA LATINA: CULTURA, HISTÓRIA E POLÍTICA. Uberlândia, MG. **Anais do Seminário América Latina (Recurso eletrônico)**. 18-21 mai. 2015. p. 5. Disponível em: <<http://seminarioamericalatina.com.br/wp-content/uploads/2015/07/A-Relação-entre-o-Brasil-e-o-SIDH-à-luz-da-Política-Externa-Brasileira-para-os-Direitos-Humanos-após-a-redemocratização-Cristiane-Emanuelle-Per.pdf>> Acesso em: 14 dez. 2019.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 4.ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

GUERRA, Sidney. A proteção internacional dos Direitos humanos no âmbito da corte interamericana e o controle de convencionalidade. **Nomos**, v. 32, n. 2, 2012.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertatório**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HENRIQUE JÚNIOR, Moacir; COSTA, Edinamar Aparecida da Silva. OS ESTABELECIMENTOS PENAIIS. **Idea**, v. 3, n. 1, 2012.

HERZ, Mônica. Does the Organisation of American States Matter? **Crisis States Working Papers Series**, n. 2, Working Paper 34, April 2008, p. 26.

ILLESCAS RUS, Angel-Vicente. Las Medidas Cautelares Personales en el Procedimiento Penal. In: **Revista de Derecho Procesal**, 1995, nº 1, p. 103.

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC. **Brazil's custody hearings project in context: the right to prompt in-person judicial review of arrest across OAS member states**. Harvard Law School, October 20, 2015, p. 1. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/240a7b971d0b162c3c9a233ba2cb4b6d.pdf>> Acesso em: 15 dez. 2019.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **O princípio da universalidade da jurisdição no Direito Internacional Penal**: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional. 2005. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas) – Curso de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2005.

JESUS, Sérgio Nunes de. **Discurso policial: a subjetividade em Boletins de Ocorrência**. 2008. Dissertação (Mestrado em Lingüística) – Fundação Universidade Federal de Rondônia, Guajará-Mirim, RO, 2008, p. 70. Disponível em: <http://www.leffa.pro.br/tela4/Textos/Textos/Dissertacoes/disserta_181_200/Sergio_Jesus.pdf> Acesso em: 12 dez. 2019.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno: um estudo sobre a jurisprudência do STF. **REVISTA ESMAFE**: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Recife: TRF 5ª Região, nº 14. Março 2007., p. 145-164.

LACERDA, Jan Marcel Almeida Freitas; DE FREITAS, Jeane Silva. A atuação da Organização dos Estados Americanos (OEA) e de sua burocracia internacional na

defesa da democracia no continente americano. **Sociedade e Cultura**, v. 21, n. 2, 2018.

LENART, André. O STF E A FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. **Revista da SJRJ**, v. 15, n. 22, p. 61-80, 2010.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Estudos avançados**, v. 16, n. 45, p. 187-197, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4^o ed. Salvador: Editora Jus Podivn, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**, n. 17, p. 11-23, 2014.

_____. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **Direito processual penal**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas – Lei 12.403/2011**. 2^a edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

_____. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas – Lei 12.403/2011**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

_____. **Prisões Cautelares**. 4^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Inez. Breves considerações sobre os princípios constitucionais das relações internacionais. **Consilium-Revista Eletrônica de Direito, Brasília/DF**, n. 3, 2012.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 4.ed. Madrid: Tecnos, 1991.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Juliana. **Prisão preventiva**: periculosidade do crime em abstrato como fundamento para a prisão. 2009. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí. Biguaçu. 2009 p. 72. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Juliana%20Machado.pdf>> Acesso em: 10 dez. 2019

MACHADO, Luiz Alberto. A presunção constitucional de inocência. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 27, 1992.

MACIEL, Débora Alves; FERREIRA, Marrielle Maia Alves; KOERNER, Andrei. Os Estados Unidos e os mecanismos regionais de proteção dos direitos humanos. **Lua Nova**, n. 90, p. 271-297, 2013.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica). **Revista do Advogado**, n. 42, Abril de 1994, Associação dos Advogados de São Paulo - AASP.

_____. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

MAIA, Luciano Mariz. O Brasil antes e depois do Pacto de San José. Boletim Científico. **ESMPU**, Ano I, v. 4, p. 81-98, 2002, p. 83.

MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e cooperação normativa no plano internacional: reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 466.343-1. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 9, n. 2, p. 113-124, 2008.

_____. **Estado e Século XXI: A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional**. Renovar, 2006.

MARQUES, Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, vol. II. São Paulo: Bookseller, 1998.

MASI, Carlos Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. **Revista dos Tribunais**, v. 960, p. 77-120, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. A opção do judiciário brasileiro em face dos conflitos entre tratados internacionais e leis internas. **Revista CEJ**, v. 5, n. 14, p. 112-120, 2001.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo, Método, 2011.

MILHOMENS, Heitor Antunes. Da jurisprudência à declaração: a trajetória inversa do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: Manual de jurisprudência dos direitos indígenas 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais. – Brasília: MPF, 2019.

MIRZA, Flavio. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 5, n. 5, 2010.

MISSE, Michel. O inquérito policial no Brasil: Resultados gerais de uma pesquisa. **Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 3, n. 7, p. 35-50, 2010.

_____. A construção social do crime no Brasil: Esboços de uma interpretação. In Michel Misse (org.), **Acusados e Acusadores; Estudos sobre ofensas, acusações e incriminações**. Rio de Janeiro: REVA/FAPERJ, 2008.

MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental a um processo justo. **Revista Magister de Direito**

MORAES SÁ, Rodrigo TUTELA CAUTELAR PENAL E A PRISÃO PREVENTIVA. **Revista Científica Semana Acadêmica**. Fortaleza, ano MMXII, Nº. 9, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do “juiz das garantias”? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, a. 18, edição especial, ago. 2010.

NAÇÕES Unidas. Brasil. c2018. Disponível em
<<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>> Acesso em: 06 jul. 2019.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal : processo civil, penal e administrativo** / 9. ed. rev.ampl. atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

NETO, Raul Godoy. O inquérito policial e os Princípios Constitucionais do contraditório e ampla defesa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 14, n. 1, p. 101-195, 2009.

NETTO, André Luiz Borges. A razoabilidade constitucional (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos). **Revista Jurídica da Presidência**, v. 2, n. 12, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 16ª ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019

NUNES DA SILVA JÚNIOR, Walter; QUEIROZ BEZERRA CAVALCANTI, Francisco de. **Teoria constitucional do direito processo penal: limitações fundamentais ao exercício do direito de punir no sistema jurídico brasileiro**. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

OEA. Relatório n.º 54/01. De abril de 2001. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Brasil. Disponível em:
<<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>> Acesso em: 07 jul. 2019

OEA. Departamento de Derecho Internacional. Costa Rica. c2014. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm> Acesso em 14 dez. 2019

_____. Mais direitos para mais pessoas. Casos na Corte. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. CIDH. c2011 <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/demandas.asp>> . Acesso em 15 dez. 2019

_____. Manual de Direito Penal. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. CIDH. c2011 <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/admisibilidades.asp>> Acesso em 15 dez. 2019.

_____. Manual de Direito Penal. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. . Comisión Interamericana de Derechos Humanos. CIDH. c2011 <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/archivos.asp>> Acesso em 15 dez. 2019. Acesso em 15 dez. 2019.

_____. Manual de Direito Penal. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. CIDH. c2011 <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/inadmisibilidades.asp>> Acesso em 15 dez. 2019.

_____. Manual de Direito Penal. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. . Comisión Interamericana de Derechos Humanos. CIDH. c2011 <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/cautelares.asp>> Acesso em 15 dez. 2019.

OLIVEIRA RIBEIRO, Rosangela de. Condições de vida nos presídios brasileiros. **ETIC- Encontro de Iniciação Científica-ISSN 21-76-8498**, v. 6, n. 6, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito**, v. 9, n. 9, 1993.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

_____. Manual de Direito Penal. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

_____. Curso de processo penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Expressões do devido processo legal**, REPRO. a. 27 – abril-junho – 2002.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1 ed. Florianópolis: Empório do direito, 2015.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da EMERJ**, v. 12, n. 45, p. 88, 2009.

_____. Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos In: GUERRA, Sidney. Temas emergentes de direitos humanos. Campos dos Goitacazes: FDC, 2006.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Direitos Fundamentais. Tradução António Francisco de Sousa, António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Prisão Provisória: cautelaridade ou banalidade. Revista De Estudos Criminais nº 03. Porto Alegre: ITEC, Notadez, 2001.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: M. Limonad, 2004.

_____. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil: Workshop**. 2000. Disponível em:
<<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/API/article/view/3516>>

_____. Código de direito internacional dos direitos humanos anotado. São Paulo: DPJ Editora 2008.

_____. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006b.

_____. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v. 6, 2008.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da Prisão Provisória – Comentários ao artigo 311-318 do CPP, na redação da Lei 12.403/11. In: FERNANDES, Og. **Medidas Cautelares no Processo Penal: Prisões e suas alternativas**. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

QUIROGA, Cecilia Medina. La Convención Americana: teoría y jurisprudência. Vida, integridade personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 16. ed. Lumen Juris: São Paulo, 2009, p. 89.
RE 439.703/RS, p. 788, In www.stf.jurisprudencia

REIS JÚNIOR, Almir Santos; DA SILVA FERREIRA, Roberta. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES SUBSTITUTIVAS DA PRISÃO. **Revista Diálogos & Saberes**, v. 10, n. 1, 2016.

REIS, Alexandre Cebiran Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Processual Penal Esquematizado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA REBOUÇAS, Ramiro Carlos; MORALES SIERRA, Vânia. Poder Judiciário no Brasil: Incompatibilidades e Resistências ao Pacto de San Jose da Costa Rica. DOI: <[http://dx. doi. org/10.15600/2238-1228/cd.](http://dx.doi.org/10.15600/2238-1228/cd.)> **Cadernos de Direito**, v. 14, n. 26, p. 71-86, 2014.

ROLIM, Rivail Carvalho. Estado, sociedade e controle social no pensamento jurídico-penal no governo Vargas-1930/1945. **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, v. 2, n. 5, p. 69-88, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da, e KHALED JR, Salah H. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. 3. ed rev. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTANA, Henrique Antonio Brito. A Lei 12.403/11 à luz do princípio do devido processo legal. **Direito UNIFACS–Debate Virtual**, n. 149, 2012.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **O Novo Processo Penal Cautelar: À luz da lei 12.403/11**. Salvador: Juspodivm, 2011.

SANTOS, Vinicius Lang dos. O direito constitucional ao prazo razoável e a duração da prisão preventiva. 2008. 138 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13ª ed. rev. e atual. Livraria do Advogado. 2018.

SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos Eduardo Martins. A Reparação do Dano ao Projeto de Vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n. 13, p. 179-197, 2013.

SICA, Leonardo. Prisão preventiva para garantia da ordem econômica. **De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2009.

SILVA ALVES, Adréa Karla da. Habeas Corpus Coletivo n. 143.641 e a tutela dos direitos humanos fundamentais no caso das gestantes e mães presas preventivamente. **Revista Fides**, v. 10, n. 1, p. 283-298, 2019.

SILVA, Amaury e SANTOS, Felipe Miranda dos. **Liberdade Provisória e Outras Medidas Cautelares**. São Paulo: Editora J. H. Mizuno, 2011.

SILVA, Bruno César Gonçalves da. Uma vez mais: da garantia da ordem pública como fundamento de decretação da prisão preventiva. **Boletim Jurídico (Uberaba)**, Uberlândia, v. 134, n.134, p. 01-04, 2005.

SILVA, Fábio Agostinho da. A comissão e a corte interamericanas de direitos humanos e a necessidade de observância do devido processo legal nos países membros do MERCOSUL. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-

Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011.

SILVA, G. E. do N. e; ACCIOLY, H. **Manual de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Larissa de Fátima Cavalcante Pereira; COSTA, Larissa Aparecida. Nazismo e o Surgimento dos Direitos de 3ª Dimensão. **ETIC - Encontro de Iniciação científica – ISSN 21-76-8498**, v. 12, n. 12, 2016.

SILVA, Marcelo Cardozo da. **A prisão em flagrante na constituição**. 2005. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005, p. 57. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/7316>> Acesso em: 15 dez. 2019.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O código, as cautelares e o juiz de garantias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília v. 46, n. 183, julho/set. 2009.

SOUSA, Andressa de, et al. A Corte Interamericana de direitos humanos. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 8, n. 79, p. 47-61, 2006.

SOUZA, Alberto Vitor Bezerra Araújo. Investigação Criminal Preliminar: estado atual e tendências. **Estudos em Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará**, 1. ed. Fortaleza: Macuripe, 2018.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; DE MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, p. 189-224, 2017.

TAVORA, N.; ARAÚJO, F. R.; Código de Processo Penal para concursos; 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

TEBET, Diogo. Processo penal e ativismo judicial: Supremo Tribunal Federal e a proteção à dignidade humana. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 4, n. 4, 2009.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Revisão dos conceitos de autoridade, autorização, permissão, direito subjetivo e norma jurídica. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 72, n. 1, p. 109-129, 1977.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Justo e Contraditório Dinâmico**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 33 (nov/dez 2009) – Porto Alegre: Magister.

THÉRIEN, Jean-Philippe; GOSSELIN, Guy. A democracia e os direitos humanos no hemisfério ocidental: um novo papel para a OEA. **Contexto Internacional**, v. 19, n. 2, p. 199, 1997.

THOMASI, Tanise Zago; SANTOS, Debora de Jesus Oliveira. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: como instrumento viabilizador do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. **REVISTA DA AGU**, v. 17, n. 3, 2018.

TJMA. HC nº 0600222015 MA 0010586-24.2015.8.10.0000. Julgamento: 21 jan. 2016 Relator: José Bernardo Silva Rodrigues, **2ª Câmara Criminal**, 26 jan. 2016

TJMG. HC n.º 10000150489921000 MG, Julgamento: 16 jun. 2015, Relator: Cássio Salomé, **7ª Camara Criminal**, 23 jul. 2015.

TJRJ. HC nº 0064910-46.2014.8.19.0000 julgado em 03 de fevereiro de 2015 São Gonçalo, 3 Vara Criminal. Relator: Des. Luiz Noronha Dantas. **6ª Câmara Criminal**. 25 jan. 2016.

TJSC, HC n.º 4029124-53.2019.8.24.0000, Balneário Camboriú. Relator: Des. Sidney Eloy Dalabrida, **4ª Câmara Criminal**. 17 out. 2019.

TONIAL, Maira Angélica Dal Conte; PIUCCO, Micheli. Controle de convencionalidade das leis. **Revista da Escola Judicial do TRT4**, v. 1, n. 01, p. 15-39, 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 28. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva: 2006.

_____. Processo penal. v. 3, 12.ed., São Paulo: Saraiva, 1990.

VARGAS, Joana Domingues; RODRIGUES, Juliana Neves Lopes. Controle e cerimônia: o inquérito policial em um sistema de justiça criminal frouxamente ajustado. **Sociedade e Estado**, v. 26, n. 1, p. 77-96, 2011.

VASCONCELLOS, Vinicius G. A Inserção de Medidas Cautelares Diversas no Sistema Processual Penal Brasileiro: entre a expansão do controle punitivo e sua limitação. **Revista de Estudos Criminais**, n. 51, p. 125-142, 2013.

_____. Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória. **IBCCRIM, ANO**, v. 24.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira. As hipóteses de prisão preventiva da lei Maria da Penha na visão do Superior Tribunal de Justiça. **De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A gramática dos direitos humanos, Boletim Científico. Brasília: **ESMPU**, Ano I. v. 4. jul/set 2002. p.31.

VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2000.

WEIS, Carlos. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. **Revista**.