



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A (IN)EFICÁCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Julia Rubim Pimentel

Rio de Janeiro
2018

JULIA RUBIM PIMENTEL

A (IN)EFICÁCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da
Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Bernardo Braga e Silva

Coorientadora:

Prof^a Néli L. C. Fetzner

Rio de Janeiro
2018

JULIA RUBIM PIMENTEL

A (IN)EFICÁCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da
Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em ____ de _____ de 2018 – Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Prof. Des. Luciano Silva Barreto – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Convidada: Prof. Claudia das Graças Matos de Oliveira Portocarrero – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Orientador: Prof. Bernardo Braga e Silva – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

Aos meus pais, pelo amor e apoio incondicionais.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tornar tudo possível.

Ao professor e orientador Bernardo Braga, que desde o início demonstrou interesse pelo tema, conferindo motivação ao desenvolvimento do trabalho.

À professora e coorientadora Néli Fetzner, que, com dedicação e empenho, concentrou-se em cada detalhe desse texto, além de auxiliar com estímulos e direcionamentos aos estudos.

À equipe do SEMON, por seus auxílios fundamentais.

À Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por proporcionar um ambiente de amadurecimento nos estudos e de reflexões.

Aos meus pais, Rachel Cardoso Rubim e Gedir de Oliveira Pimentel (*in memoriam*), a quem devo tudo o que sou hoje, por sempre acreditarem nos meus sonhos e possibilitarem o meu crescimento pessoal e profissional.

Aos colegas Caio de Vries e Renan Lemos, pelos conselhos e dicas na elaboração desse trabalho, com constantes palavras de incentivo.

A todas as pessoas do meu convívio que acreditaram e contribuíram, mesmo que indiretamente, para a conclusão deste curso.

“A essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos”.

Hannah Arendt

SÍNTESE

O advento da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 representou a quebra de um regime ditatorial e a construção de um Estado Democrático de Direito, com destaque para a garantia de direitos fundamentais. A ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e a aceitação da jurisdição a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na década seguinte, demonstraram a preocupação do Brasil em assegurar, de igual modo, a proteção dos direitos humanos. Tal comprometimento revela a intenção do Estado Brasileiro em adaptar suas legislações e jurisprudências ao entendimento dos organismos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Assim, o presente trabalho tem como objetivo avaliar a (in)eficácia desse sistema no âmbito do processo penal brasileiro. Apesar do impacto positivo em relação à proteção dos direitos humanos, com destaque para implementação das Audiências de Custódia e a edição da Lei nº 11.340/2006 – “Lei Maria da Penha”, observa-se que o Supremo Tribunal Federal ainda precisa adaptar seus entendimentos à visão protetiva do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sobretudo no que diz respeito ao processo penal. Nessa perspectiva, enfatiza-se o julgamento da Ação Penal nº 470 e do *Habeas Corpus* nº 126.292 pela Suprema Corte brasileira e o modo como foram afastadas garantias expressas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A INFLUÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL	13
1.1. Convenção Americana de Direitos Humanos e Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos	14
1.2. A controvérsia a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil	18
1.3. O controle de convencionalidade e a possibilidade de responsabilização internacional no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos	29
2. MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO E NAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS DECORRENTES DE CASOS SUBMETIDOS À COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	34
2.1. A Audiência de Custódia e o art. 7º, item 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos	35
2.2. A Lei Maria da Penha e o Relatório nº 54/2001 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos	43
3. O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E NA JURISPRUDÊNCIA DO STF – O CASO DO “MENSALÃO”	50
3.1. A garantia do duplo grau na Ação Penal nº 470 julgada pelo STF (caso "Mensalão")	53
3.2. Precedente da Corte Interamericana sobre a aplicação da garantia do duplo grau (Caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”)	59
3.3. A possibilidade de condenação do Brasil pela Corte Interamericana em virtude da violação ao duplo grau de jurisdição	61
4. O CONFLITO ENTRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – O CASO DO HC Nº 126.292, DE 2016, E O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	65
4.1. O histórico dos entendimentos do STF e do STJ acerca da execução provisória da pena	66
4.2. A extensão do princípio da presunção de inocência na Constituição Brasileira de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos	72
4.3. O retrocesso do atual entendimento do STF acerca da admissibilidade da execução da pena com o acórdão condenatório em segunda instância (STF, HC nº 126.292 de 2016)	77
4.3.1. A necessidade de análise da constitucionalidade do art. 283, CPP pelo STF – ADCs nº 43 e 44	91
CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS	98

SIGLAS E ABREVIATURAS

ACP – Ação Civil Pública
ADC – Ação Direta de Constitucionalidade
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AP – Ação Penal
Art. – Artigo
CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CEDAW – Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher
CEJIL – Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional
CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CLADEM – Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPP – Código de Processo Penal
CVDT – Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
EC – Emenda Constitucional
OEA – Organização dos Estados Americanos
ONU – Organização das Nações Unidas
HC – *Habeas Corpus*
IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa
LEP – Lei de Execução Penal
PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
RE – Recurso Extraordinário
RHC – Recurso em *Habeas Corpus*
SIDH – Sistema Interamericano de Direitos Humanos
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

INTRODUÇÃO

Com a previsão do art. 5º, §2º, da atual Carta Magna, segundo a qual “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”, além de incorporar diversas garantias expressamente no texto constitucional, o constituinte brasileiro optou por permitir o complemento desses direitos fundamentais por outros previstos em convenções internacionais das quais o Brasil fosse signatário.

Ao ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos e aceitar a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na década de 1990, o Estado Brasileiro demonstrou a sua preocupação em assegurar a proteção desses direitos, na medida em que formalizou seu comprometimento e sua sujeição a decisões e entendimentos dos organismos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

No entanto, não é isso que se tem observado. Apenas alguns casos submetidos à Comissão Interamericana, destacando-se a implementação da Audiência de Custódia e a elaboração da Lei Maria da Penha, tiveram impacto positivo no país, enquanto a maioria das decisões e recomendações internacionais têm sido solenemente ignoradas, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro. Assim, percebe-se um enorme retrocesso na proteção dos direitos humanos.

É diante dessa tensão que se desenvolve o tema da pesquisa. Nesse sentido, a proposta desse trabalho é refletir sobre a influência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a verificar a sua (in)eficácia e discutir os impactos causados no processo penal interno.

Busca-se, então, a partir da análise de casos concretos levados à Comissão e à Corte Interamericanas de Direitos Humanos e de outros julgados pela Corte Suprema Brasileira, verificar até que ponto as decisões dos mencionados organismos internacionais são respeitadas pelo ordenamento jurídico interno e pelos Tribunais Brasileiros.

No primeiro capítulo, aborda-se a ausência de conflito entre a aplicação de normas de Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos, bem como de decisões de organismos internacionais e a soberania do Estado Brasileiro, a elas sujeito. Além disso, é levantada a

controvérsia acerca da hierarquia das normas de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio.

No segundo capítulo, são ressaltados o aspecto positivo e os avanços ocorridos no Brasil no que se refere à proteção dos direitos humanos, destacando-se a implementação das Audiências de Custódia e a edição da Lei nº 11.340/2006 – “Lei Maria da Penha”.

Por fim, nos terceiro e quarto capítulos, observa-se que, apesar desse movimento positivo de proteção dos direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal ainda precisa adaptar seus entendimentos e voltar sua atuação não apenas ao âmbito interno, de respeito a garantias constitucionais, mas também ao externo, de observância de direitos humanos.

Assim, nessa parte final do trabalho, questiona-se se os entendimentos da Suprema Corte do Brasil têm sido no sentido de dar eficácia ou não à noção protetiva do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no que diz respeito ao processo penal, na Ação Penal nº 470 e no *Habeas Corpus* nº 126.292, respectivamente.

Avalia-se, desse modo, no terceiro capítulo, se teria havido violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no julgamento do caso conhecido como “Mensalão”, em virtude da reunião de processos de réus que não detinham foro por prerrogativa de função no STF.

A outra análise feita, no quarto capítulo, refere-se à possível afronta aos princípios da presunção de inocência e do *pro homine*, em razão da mudança de tese adotada em 2016 pelo Supremo acerca da admissibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade.

Tratando dos procedimentos metodológicos, quer-se reconhecer, de antemão, ser inegável a descontinuidade da evolução do conhecimento, porém é necessário estabelecer um recorte epistemológico que garanta sistematicidade e cientificidade à pesquisa desenvolvida, a fim de garantir que ela traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica e para os operadores de direito em geral.

A proposta é encaminhar a pesquisa pelo método explicativo, com a utilização de alguns casos concretos, tanto no âmbito nacional, quanto no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para analisar o tema proposto, embasando a tese a ser defendida argumentativamente.

Para isso, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, de modo que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática

em análise, sobretudo jurisprudência, mas também legislação e doutrina, com o objetivo de sustentar sua tese.

1. A INFLUÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Desde o fim do regime ditatorial, o Brasil tem buscado resgatar sua atuação em matéria de proteção dos direitos humanos no âmbito das Américas, sobretudo com a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹ (Pacto de São José da Costa Rica), em 1992, e a aceitação da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1998.

Dessa forma, houve o comprometimento do Estado em implementar políticas protetivas desses direitos, sujeitando-se às decisões e aos entendimentos da Comissão e da Corte Interamericanas. Nesse sentido, a submissão, anuída pelo Brasil, deveria indicar um movimento de adaptação das legislações e jurisprudências brasileiras ao entendimento dos organismos internacionais no que diz respeito aos diversos temas de direitos humanos, nos termos do art. 27, da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados², ratificada pelo Brasil, em 2009³.

Para possibilitar a análise desse movimento de cooperação entre os sistemas interno e interamericano, é preciso, inicialmente, entender como se deu a ratificação do chamado Pacto de São José da Costa Rica⁴, pelo Brasil, além de conhecer as funções da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos. Ademais, verifica-se essencial analisar as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da hierarquia do referido tratado no âmbito interno e o impacto do chamado “controle de convencionalidade” no ordenamento jurídico brasileiro.

¹ COSTA RICA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 11 ago. 2016.

² ÁUSTRIA. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Disponível em: <<https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2016/07/portugal-declaracao-sobre-a-cv-69.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

³ BRASIL. *Decreto nº 7.030/2009*. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/820608/decreto-7030-09>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

⁴ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

1.1. Convenção Americana de Direitos Humanos e Comissão e Corte Interamericanas de Direitos Humanos

A região da América Latina sempre foi cenário de intensa desigualdade e exclusão, sobretudo em razão da violência e da impunidade inerentes a regimes ditatoriais. Nesse contexto, a democratização só se viabilizaria com o implemento de duas transições: primeiramente a de um regime autoritário para um governo democrático – já alcançada na região –, e, posteriormente, desse governo democrático para um efetivo regime democrático – etapa ainda em curso⁵.

Dessa forma, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), consistente no conjunto de instrumentos internacionais, adotados por Estados das Américas para promoção e proteção de direitos humanos, surgiu com o desafio de romper com o legado antidemocrático, presente na região, para consolidar um regime de efetiva garantia desses direitos, no território latino-americano.

Embora o referido sistema tenha nascido formalmente com a aprovação da Carta da Organização dos Estados Americanos⁶ – Carta de Bogotá – e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁷, ambas ocorridas em 1948⁸, o seu instrumento de maior importância foi a Convenção Americana sobre Direito Humanos⁹, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969¹⁰.

⁵ PIOVESAN, Flávia. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI MORALES, Mariela. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 336.

⁶ COLÔMBIA. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_carta_oea_1948.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

⁷ Id. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 11 ago. 2016.

⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 896.

⁹ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

¹⁰ JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 71.

A sua entrada em vigor se deu somente em 18 de julho de 1978, quando o décimo primeiro instrumento de ratificação de um membro da OEA foi depositado, e sua ratificação¹¹ pelo Brasil, ocorreu apenas em 06 de novembro de 1992, por meio do Decreto nº 678¹².

Primeiramente, no que diz respeito à competência para resguardar os direitos humanos, o preâmbulo da Convenção Americana¹³ prevê “uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”. Nesses termos, não restam dúvidas de que a competência primária para assegurar o respeito aos direitos essenciais ao homem permanece com os Estados, podendo, entretanto, atuar subsidiariamente o Sistema Interamericano nessa preservação.

No sentido de efetivar a proteção dos direitos humanos, revelam-se de extrema importância as disposições previstas nos artigos 2º e 26 da Convenção¹⁴, que estabelecem o compromisso de os Estados Partes adotarem providências legislativas ou de qualquer outra natureza, no âmbito interno ou por meio de cooperação internacional, para garantir a efetividade do cumprimento dos direitos nela previstos.

Com o objetivo de salvaguardar os direitos essenciais do homem no continente americano, a Convenção¹⁵ estabeleceu a competência de dois órgãos para velar sobre o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes na proteção de direitos humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão foi criada em 1959, por proposta aprovada na V Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores, e iniciou suas funções em 1960, antes, portanto, da criação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁶, quando o Conselho da OEA aprovou seu Estatuto e elegeu seus primeiros membros¹⁷.

Na qualidade de órgão competente para verificar o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes, conjuntamente com a Corte Interamericana, a Comissão, composta por sete membros, da alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de

¹¹ BRASIL. *Decreto nº 678/1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 11 ago. 2016.

¹² MAZZUOLI, op. cit., p. 897.

¹³ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ JAYME, op. cit., p. 70.

direitos humanos, tem basicamente todas as suas competências previstas no artigo 41 da Convenção Americana¹⁸.

Sua função principal, em linhas gerais, é a de promover a observância e a defesa dos direitos humanos, servindo de órgão consultivo da Organização dos Estados Americanos sobre esse tema. Dentre suas competências políticas, destacam-se a realização de visitas *in loco* e a preparação de relatórios sobre a situação dos direitos humanos nos Estados Membros.

Há, ainda, um papel de fundamental importância, com um caráter menos político e mais judicial, que é o recebimento das denúncias de particulares ou de organizações referentes a violações de direitos humanos, o exame dessas petições e o seu juízo de admissibilidade, para eventual encaminhamento à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

As denúncias feitas à Comissão deverão observar os requisitos do art. 46 da Convenção Americana¹⁹, principalmente o prévio esgotamento de recursos na jurisdição interna e o reconhecimento de que, em tese, o fato alegado representa lesão a direito assegurado no referido tratado, para que sejam admitidas. Após o juízo positivo de admissibilidade, ocorrerá a instauração de um procedimento, a ser desenvolvido em etapas sucessivas.

Ao longo do mencionado procedimento, a Comissão privilegia a conciliação, dirigindo recomendações e relatórios ao Estado denunciado, para que as questões sejam solucionadas da melhor forma possível. No entanto, caso essas proposições não sejam cumpridas, é facultado à Comissão instaurar um processo perante a Corte.

Sobre esse último órgão, cumpre esclarecer que, embora tenha sido criado pela Convenção Americana²⁰, somente pode se estabelecer e se organizar anos depois. Assim, em 22 de maio de 1979, os Estados Partes elegeram, durante o Sétimo Período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral da OEA, os sete juristas que fariam parte da primeira composição da Corte Interamericana. Sua primeira reunião foi celebrada nos dias 29 e 30 de junho de 1979, na sede da OEA, em Washington²¹.

Do mesmo modo que a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é um tribunal regional de proteção dos direitos humanos. Trata-se de instituição judicial autônoma, de órgão

¹⁸ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ JAYME, op. cit., p. 82.

supremo da jurisdição internacional no SIDH, responsável pela interpretação e aplicação da CADH²², em caráter definitivo e irrecurável.

A Corte possui basicamente três competências, definidas nos artigos 62 a 64 do Pacto de São José²³: a consultiva, referente à interpretação de disposições da Convenção²⁴ e de outros tratados de direitos humanos no âmbito dos Estados Americanos; a contenciosa, dentro da qual se encontra a resolução de casos concretos jurisdicionais; e a provisória, que permite que, em casos de extrema gravidade e urgência, sejam proferidos provimentos provisórios, nos termos do art. 63.2 do Pacto de São José²⁵.

No que diz respeito ao reconhecimento dessas competências, enquanto o relativo à função consultiva é automático, isto é, ocorre com a própria ratificação à Convenção²⁶, o da contenciosa é facultativo²⁷. Porém, a partir do momento em que esse ocorre, o Estado Parte passa a se submeter à possibilidade de ser demandado perante a Corte.

A competência consultiva representa um método judicial alternativo que se propõe a auxiliar os Estados no cumprimento e na aplicação dos tratados de direitos humanos, sem que eles sejam submetidos ao formalismo e às sanções próprias do processo contencioso.

Nesse sentido, inclusive, as opiniões emitidas no exercício da função consultiva não terão “o mesmo efeito vinculante que se reconhece para suas sentenças em matéria contenciosa”²⁸. Além do mencionado efeito, as sentenças proferidas pela Corte são definitivas e inapeláveis, de acordo com a previsão do art. 67 da Convenção²⁹.

O julgamento, na jurisdição contenciosa, tem como objetivo decidir a respeito da existência de violação a direitos e/ou liberdades consagrados no Pacto de São José da Costa Rica³⁰ e determinar a forma de reparação à lesão causada em decorrência dessa violação.

Cumprir esclarecer, porém, que o comparecimento dos Estados diante do Tribunal não os transforma em “sujeitos de um processo penal, pois a Corte não impõe penas às pessoas

²² COSTA RICA, op. cit., nota 1.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ O Brasil apenas reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 03 de dezembro de 1998, por meio da promulgação do Decreto Legislativo nº 89. Nesse sentido, MAZZUOLI, op. cit., nota 8, p. 905.

²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS apud JAYME, op. cit., p. 107.

²⁹ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

³⁰ Ibid.

culpadas pela violação dos direitos humanos”³¹. A sua função é a de “proteger as vítimas e determinar a reparação dos danos ocasionados pelos estados responsáveis por tais ações”³².

Por fim, no que diz respeito à competência provisória, Fix-Zamudio³³ destaca a importância das medidas provisórias, sobretudo pelo fato de que “*si no se dictan de manera oportuna y adecuada, los daños que se pueden causar a los afectados por la conducta de las autoridades estatales, pueden ser (...) de carácter irreparable, ya que las violaciones que se reclaman se refieren a los derechos esenciales de la persona humana*”.

Assim, a possibilidade de causar danos irreparáveis a direitos fundamentais justificaria a concessão de medidas provisória no âmbito da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1.2. A controvérsia a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil

Um Estado, ao aderir um tratado internacional, como a Convenção Americana de Direitos Humanos³⁴, assume “um compromisso transcendente aos limites do poder soberano interno: o de cumprir decisões de um órgão jurisdicional não sujeito à sua soberania. Nesta hipótese, supera-se de forma irreversível, o dogma da soberania absoluta”³⁵.

Nesse sentido, constatada a relatividade da soberania, surge relevante debate doutrinário e jurisprudencial acerca da hierarquia das normas de tratados internacionais de direitos humanos.

Em 1988, com a entrada em vigor da atual Constituição da República³⁶, desenvolveu-se a controvérsia a respeito da hierarquia desses tratados, tendo em vista a disposição do seu art. 5º, §2º, que prevê que “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”.

³¹ JAYME, op. cit., p. 97.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS apud ibid.

³³ FIX-ZAMUDIO apud ibid., p. 99.

³⁴ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

³⁵ FIX-ZAMUDIO apud JAYME, op. cit., p. 61.

³⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45³⁷ de 2004, dentre outras alterações que realizou, inseriu o §3º ao art. 5º, da Constituição³⁸, estabelecendo que “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”, o que intensificou ainda mais o debate a respeito do *status* hierárquico das normas de tratados sobre direitos humanos.

Surgem, então, diversos questionamentos, como: Os tratados internacionais de direitos humanos que já foram ratificados pelo Brasil têm *status* de normas de direitos fundamentais ou de lei ordinária? Os tratados de direitos humanos já ratificados no Brasil precisam ser novamente votados pelas duas Casas Legislativas? Afinal, qual seria o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos perante o ordenamento jurídico brasileiro?

Para responder a essas questões, diversos juristas, dentre os quais se inclui Gilmar Mendes³⁹, analisam quatro correntes que sustentam os seguintes *status*: a) supraconstitucional; b) constitucional; c) supralegal; d) legal (equivalente ao de lei ordinária).

O principal defensor da tese da supraconstitucionalidade é o professor Celso de Albuquerque Mello⁴⁰, que, embora admita a constitucionalização das normas de direitos humanos consagradas nos tratados, em razão do disposto pelo §2º do art. 5º da Constituição⁴¹, sustenta posição mais radical, afirmando a prevalência da norma internacional sobre a norma constitucional.

Para o autor, verifica-se essa preponderância ainda na hipótese em que haja a tentativa de revogação de uma norma internacional constitucionalizada por uma norma constitucional posterior. Em seu entendimento, deve haver a aplicação da norma mais favorável ao ser humano, independentemente da sua origem interna ou internacional, de acordo com o consagrado pela jurisprudência e pelo tratado internacional.

³⁷ Id. *Emenda Constitucional nº 45 de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.

³⁸ Id. op. cit., nota 36.

³⁹ Id. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 349.703/RS*, Rel. orig. Min. Carlos Britto, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Voto Min. Gilmar Mendes, p. 36, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 09 out. 2016

⁴⁰ MELLO apud GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 232.

⁴¹ BRASIL, op. cit., nota 36.

Agustín Gordillo⁴² também adota essa tese e afirma que “as características da Constituição⁴³, como ordem jurídica suprema do direito interno, são aplicáveis em um todo às normas da Convenção⁴⁴, enquanto ordem jurídica suprema supranacional”.

No mesmo sentido entendem os juristas portugueses André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros⁴⁵. Os autores, ao compararem o art. 5º, §2º, da CRFB de 1988⁴⁶, com o art. 16, nº 1, da Constituição Portuguesa de 1976⁴⁷, sustentam que a expressão “não excluem”, prevista nos dois dispositivos, pode ser interpretada no sentido de que “em caso de conflito entre as normas constitucionais e o Direito Internacional em matéria de direitos fundamentais, será este que prevalecerá”.

Não há dúvidas com relação à importância dessa tese para a proteção dos direitos humanos, porém haveria grande dificuldade de adequá-la à realidade brasileira, que adota o princípio da supremacia formal e material da Constituição⁴⁸ sobre todo o ordenamento jurídico.

Ademais, haveria uma limitação prática, refletida na verificação do controle de constitucionalidade dos tratados internacionais⁴⁹. Nesse sentido, cumpre mencionar o entendimento do Ministro aposentado Sepúlveda Pertence, em seu voto no julgamento do RHC nº 79.785/RJ⁵⁰:

Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submete a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle de constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b).

⁴² GORDILLO apud PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro: hierarquia dos tratados de direitos humanos à luz da Constituição Brasileira. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2010, p. 59.

⁴³ BRASIL, op. cit., nota 36.

⁴⁴ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

⁴⁵ PEREIRA; QUADROS apud PIOVESAN, op. cit., p. 59-60.

⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 36.

⁴⁷ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

⁴⁸ BRASIL, op. cit., nota 36.

⁴⁹ GUERRA, op. cit., p. 232-234.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC nº 79.785/RJ*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Voto Min. Sepúlveda Pertence, p. 21, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 09 out. 2016.

O Ministro Gilmar Mendes⁵¹ também discorda da possibilidade de adoção da tese que defende a supraconstitucionalidade, esclarecendo que os poderes públicos brasileiros, em sua atuação internacional de exercício do *treaty-making power*, não deixam de se submeter à Constituição⁵². Assim, os tratados internacionais devem observar o procedimento formal constitucional, bem como o conteúdo material da Carta Magna⁵³.

A orientação que adota o *status* constitucional das normas de tratados internacionais de direitos humanos é apoiada por diversos autores, tais como Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan e Valerio de Oliveira Mazzuoli.

De acordo com o internacionalista Cançado Trindade⁵⁴, os tratados que visam à proteção aos direitos humanos possuem um caráter especial, reconhecido pela própria Constituição Brasileira⁵⁵, que os diferencia dos demais. Para o autor, enquanto os tratados em geral exigem ato do Poder Legislativo para que possuam vigência ou obrigatoriedade no plano interno, os tratados de direitos humanos, conforme disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 5º, da CRFB⁵⁶, passam a integrar direta e imediatamente o rol dos direitos constitucionalmente protegidos, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

No mesmo sentido, Flávia Piovesan⁵⁷, esclarece que é possível dividir os direitos fundamentais em três grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição⁵⁸; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Constitucional⁵⁹; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

Assim, para a autora, o §2º do art. 5º da Constituição⁶⁰ representa uma inovação, já que inclui os direitos previstos nos tratados internacionais assinados pelo Brasil no rol dos direitos constitucionalmente protegidos. De acordo com ela, portanto, essas normas internacionais possuiriam *status* constitucional.

Em sentido oposto, o Ministro Gilmar Mendes⁶¹ sustenta que houve o esvaziamento

⁵¹ Id., op. cit., nota 39, Voto Min. Gilmar Mendes, p. 38.

⁵² Id., op. cit., nota 36.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ TRINDADE apud GUERRA, op. cit., p. 235-236.

⁵⁵ BRASIL, op. cit., nota 36.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ PIOVESAN, op. cit., p. 51.

⁵⁸ BRASIL, op. cit., nota 36.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Id., op. cit., nota 39, Voto Min. Gilmar Mendes, p. 43.

dessa teoria com a promulgação da EC nº 45/2004⁶², que acrescentou o §3º ao art. 5º, da Constituição Brasileira⁶³, na medida em que o referido dispositivo reflete “uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais”.

Esse não parece ser o melhor entendimento, no entanto. Isso porque os parágrafos 2º e 3º do art. 5º, da Constituição⁶⁴, embora abordem a questão dos tratados internacionais no âmbito do ordenamento jurídico interno, tratam de aspectos distintos.

Valerio Mazzuoli⁶⁵ esclarece que uma interpretação *a contrario sensu* do disposto na parte final do §2º do art. 5º permite concluir que os tratados internacionais de direitos humanos passam a deter *status* de norma constitucional, ampliando-se o chamado “bloco de constitucionalidade” material. Segundo o autor, o §3º do mesmo artigo, prevê, porém, que os tratados internacionais de direitos humanos que observarem o procedimento descrito nesse dispositivo serão equivalentes às emendas constitucionais, de modo a integrar formalmente o texto da Constituição⁶⁶.

Em outras palavras, Flávia Piovesan⁶⁷ apoia e sintetiza o mesmo posicionamento de Mazzuoli:

Reitere-se que, por força do art. 5º, §2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno.

Entende-se, assim, que o fato de o §3º do art. 5º prever procedimento próprio para a constitucionalização formal dos tratados internacionais de direitos humanos que, respeitadas as exigências, passam a ser equivalentes às emendas constitucionais, não exclui a possibilidade de ser considerada a hierarquia – material – constitucional dos demais tratados

⁶² Id., op. cit., nota 37.

⁶³ Id., op. cit., nota 36.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ MAZZUOLI, op. cit., p. 853-854.

⁶⁶ BRASIL, op. cit., nota 36.

⁶⁷ PIOVESAN, op. cit., p. 62.

de direitos humanos, nos termos do art. 5º, §2º, da Constituição⁶⁸, o que afastaria o argumento de Gilmar Mendes.

Seguindo a apresentação das teses a respeito da hierarquia dos tratados de direitos humanos, a teoria que conferiu *status* de lei ordinária a essas normas conta como defensor o jurista José Francisco Rezek⁶⁹. Para ele, nenhuma norma de tratado poderia prevalecer sobre a Constituição⁷⁰, mas somente sobre a legislação interna anterior. Assim, considerando que as normas internacionais possuem o mesmo nível hierárquico que as leis internas, aquelas não poderiam prevalecer sobre lei posterior, que poderia revogá-la ou derogá-la.

No mesmo sentido, o autor Manoel Ferreira Filho⁷¹ defende que “as normas do Pacto de São José da Costa Rica⁷², a que adere o Brasil, não prevaleceriam sobre o direito constitucional positivo brasileiro. Teriam apenas a força de legislação ordinária.”

Essa tese também foi defendida durante muitos anos pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento, em 1977, do Recurso Especial nº 80.004/SE⁷³, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque, sendo superada apenas em 2008.

Tratava-se de conflito envolvendo a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 57.663/66⁷⁴, e o Decreto-Lei nº 437/69⁷⁵, lei interna posterior. O debate se resumia à obrigatoriedade ou não de existência do aval apostado na nota promissória, tendo em vista a ausência dessa exigência formal no texto internacional.

Como conclusão, o Supremo estabeleceu a prevalência do mencionado Decreto-Lei⁷⁶ em detrimento da norma internacional, utilizando-se do critério cronológico (*lex posterior*

⁶⁸ BRASIL, op. cit., nota 36.

⁶⁹ REZEK apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 125.

⁷⁰ BRASIL, op. cit., nota 36.

⁷¹ REZEK apud FERREIRA FILHO, op. cit.

⁷² COSTA RICA, op. cit., nota 1.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 80.004/SE*, Rel. orig. Min. Xavier de Albuquerque, Rel. p/ acórdão. Min. Cunha Peixoto, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 28 out. 2016.

⁷⁴ Id. *Decreto nº 55.663/66*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d57663.htm>. Acesso em: 28 out. 2016.

⁷⁵ Id. *Decreto-Lei nº 437/69*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-437-27-janeiro-1969-374112-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 28 out. 2016.

⁷⁶ Ibid.

derogat priori)⁷⁷.

Por essa razão, inclusive, é que o Pleno do Excelso Pretório, nos julgamentos do HC nº 72.131/RJ⁷⁸ e do HC nº 75.306/RJ⁷⁹, anteriores à promulgação da EC nº 45/2004⁸⁰, concluiu pela constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, considerando a natureza geral das normas do Pacto de São José da Costa Rica⁸¹ em face às normas especiais previstas em lei ordinária a respeito da referida prisão⁸².

Esse posicionamento doutrinário e jurisprudencial, ainda mais após a reforma que incluiu o §3º ao art. 5º, da Constituição⁸³, é considerado insustentável por Gilmar Mendes⁸⁴. Para o Ministro, a proteção dos direitos humanos deve ser vista como um instrumento concreto para se exigir a eficácia “das normas (...) que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana”.

Por fim, merece destaque a teoria que defende a hierarquia suprallegal das normas de tratados internacionais de direitos humanos, atualmente adotada pelo Supremo Tribunal

⁷⁷ Cumpre destacar o esclarecimento, citado pelo Min. Gilmar Mendes, em seu voto no RE nº 349.703, de 2008, a respeito do entendimento do Min. Leitoão de Abreu, no *leading case* de 1977: “(...) a Constituição não atribui ao judiciário competência, seja para negar aplicação a leis que contradigam tratado internacional, seja para anular, no mesmo caso, tais leis, a consequência, que me parece inevitável, é que os tribunais estão obrigados, na falta de título jurídico para proceder de outro modo, a aplicar as leis incriminadas de incompatibilidade com tratado. Não se diga que isso equivale a admitir que a lei posterior ao tratado e com ele incompatível reveste eficácia revogatória deste, aplicando-se, assim, para dirimir o conflito, o princípio ‘lex posterior revogat priori’. A orientação, que defendo, não chega a esse resultado, pois, fiel à regra de que o tratado possui forma de revogação própria, nega que este seja, em sentido próprio, revogado pela lei. Conquanto não revogado pela lei que o contradiga, a incidência das normas jurídicas constantes do tratado é obstada pela aplicação, que os tribunais são obrigados a fazer, das normas legais com aqueles conflitantes. Logo, a lei posterior, em tal caso, não revoga, em sentido técnico, o tratado, senão que lhe afasta a aplicação. A diferença está em que, se a lei revogasse o tratado, este não voltaria a aplicar-se, na parte revogada, pela revogação pura e simples da lei dita revogatória. Mas como, a meu juízo, a lei não o revoga, mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis, voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas.”.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 72.131/RJ*, Rel. Min. Marco Aurélio, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 28 out. 2016.

⁷⁹ Id. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 75.306/RJ*, Rel. Ministro Moreira Alves, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=176&dataPublicacaoDj=12/09/1997&incidente=1670113&codCapitulo=5&numMateria=27&codMateria=2>>. Acesso em: 28 out. 2016.

⁸⁰ Id., op. cit., nota 37.

⁸¹ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

⁸² A partir do julgamento desses casos, o STF estendeu a possibilidade de adoção do critério da especialidade (*lex specialis derogat generalis*), além do critério cronológico, antes o único utilizado. Além disso, após o julgamento do HC nº 72.131/RJ, o Supremo estabeleceu o entendimento de que a norma de caráter especial, ainda que mais antiga, prevalece sobre a norma de caráter geral (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*).

⁸³ BRASIL, op. cit., nota 36.

⁸⁴ Id., op. cit., nota 39, p. 47-48.

Federal, desde o julgamento dos Recursos Extraordinários nº 466.343-SP⁸⁵ e nº 349.703-RS⁸⁶ e do *Habeas Corpus* nº 87.585-TO⁸⁷, em 2008.

Não se trata de entendimento tão recente, pois já havia sido apresentado pelo Ministro aposentado Sepúlveda Pertence, no seu voto proferido no julgamento do RHC nº 79.785/RJ⁸⁸, em 2000, mas à época não se consolidou. Pertence⁸⁹ entendeu que as convenções de direitos humanos têm força supralegal, com a aplicação direta de suas normas, inclusive, se fosse o caso, contrariando lei ordinária, “sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes”.

Como dito, essa foi a posição adotada pelo Pleno da Corte Suprema, no RE nº 349.703⁹⁰, e é a que persiste na jurisprudência atualmente. O mencionado julgado tratava, basicamente, do conflito entre a previsão do art. 5º, inciso LXVII, da CRFB⁹¹, que proíbe a prisão civil por dívida, “salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”, e a do art. 7º, 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁹², que estabelece, como única exceção à prisão por dívidas, a hipótese de “mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

No julgamento, destacou-se o voto do Ministro Gilmar Mendes, que defendeu a supralegalidade das normas de tratados internacionais de direitos humanos, sobretudo após a reforma realizada pela promulgação da EC nº 45/2004⁹³, ao enfatizar “o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico”⁹⁴.

Até então, a tese que prevalecia no Supremo, desde 1977, era a que conferia *status* hierárquico de lei ordinária aos tratados internacionais de direitos humanos, a qual, de acordo com Gilmar Mendes, precisava ser alterada⁹⁵. Assim, o Ministro defendeu que a legislação

⁸⁵ Id., RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 09 out. 2016.

⁸⁶ Id., op. cit., nota 32.

⁸⁷ Id., Supremo Tribunal Federal. HC nº 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 09 out. 2016.

⁸⁸ Id., op. cit., nota 50.

⁸⁹ Ibid., p. 22.

⁹⁰ BRASIL, op. cit., nota 39.

⁹¹ Id., op. cit., nota 36.

⁹² COSTA RICA, op. cit., nota 1.

⁹³ BRASIL, op. cit., nota 37.

⁹⁴ Id., op. cit., nota 39, p. 43.

⁹⁵ Ibid., p. 51.

infraconstitucional posterior a diplomas normativos internacionais que com eles fosse conflitante deveria ter sua eficácia paralisada, em virtude do caráter supralegal dessas normas⁹⁶.

Embora seja essa a teoria dominante na nossa Corte Suprema, cumpre tecer algumas observações, no que diz respeito ao julgamento do RE n° 349.703/RS⁹⁷, que juntamente com o RE n° 466.343-SP⁹⁸ e o HC n° 87.585⁹⁹, determinou que somente seria cabível a prisão civil por dívida de alimentos.

Primeiramente, deve ser destacado que, ainda que a Constituição Brasileira¹⁰⁰ estabeleça que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”¹⁰¹, prevaleceu, no mencionado julgado, a disposição da Convenção Americana¹⁰² do art. 7º, 7, que prevê apenas a possibilidade de prisão civil na hipótese de inadimplência do responsável por obrigação alimentícia.

Dessa forma, mostra-se evidente que, nesses julgados, na análise do conflito entre uma norma interna e uma norma de tratado internacional de direitos humanos, houve a prevalência dessa última. A teoria que admite o *status* supraconstitucional dessas normas, no entanto, mostra-se inadequada, em termos práticos, em virtude do princípio da supremacia da Constituição¹⁰³, adotado no Brasil, como já esclarecido. Assim, o entendimento mais razoável, considerando-se a conclusão a que se chegou nos acórdãos – a impossibilidade de prisão civil do depositário infiel –, seria o da hierarquia constitucional da CADH¹⁰⁴.

Para justificar a adoção da tese da supralegalidade, porém, o Ministro Gilmar Mendes¹⁰⁵ esclarece que, no momento em que ocorre a internalização de tratados internacionais protetores de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, as normas infraconstitucionais que com aqueles conflitam têm sua eficácia jurídica paralisada. Assim, de acordo com Mendes:

⁹⁶ Ibid., p. 60.

⁹⁷ BRASIL, op. cit., nota 39.

⁹⁸ Id., op. cit., nota 85.

⁹⁹ Id., op. cit., nota 87.

¹⁰⁰ Id., op. cit., nota 36.

¹⁰¹ Ibid., artigo 5º, LXVII.

¹⁰² COSTA RICA, op. cit., nota 1.

¹⁰³ BRASIL, op. cit., nota 36.

¹⁰⁴ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

¹⁰⁵ BRASIL, op. cit., nota 39, p. 59-60.

[...] diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei 911, de 1º de outubro de 1969.

Ainda que relevante tal posicionamento, ele não se mostra o mais adequado. De fato, a partir do momento em que são internalizados tratados de direitos humanos, ocorre a paralisação da eficácia jurídica das normas infraconstitucionais contrárias a eles. Porém, no caso da prisão do depositário infiel, a Constituição Brasileira¹⁰⁶ prevê expressamente a sua possibilidade, como exceção à regra da proibição de prisões civis no ordenamento jurídico.

Dessa forma, além de as normas infraconstitucionais terem perdido efeito, a parte final do art. 5º, LXVII, que cita a prisão do depositário infiel, também se tornou inaplicável, o que somente se sustenta se considerarmos o *status* constitucional da Convenção Americana¹⁰⁷.

Embora defenda a tese da constitucionalidade, Celso de Mello¹⁰⁸ se aproxima do entendimento de Gilmar Mendes nesse ponto, sustentando que a Constituição Brasileira¹⁰⁹, no dispositivo mencionado, apenas previu duas possibilidades excepcionais de o legislador ordinário instituir prisões civis, de modo que elas não teriam sido propriamente instituídas pela Carta Magna¹¹⁰. Desse modo, segundo Mello:

a regra inscrita no inciso LXVII do art. 5º da Constituição não tem aplicabilidade direta, dependendo, ao contrário, da intervenção concretizadora do legislador (“*interpositio legislatoris*”), eis que cabe, a este, cominar a prisão civil, (...) definindo-lhe o rito de sua aplicação, a evidenciar, portanto, que a figura da prisão civil, se e quando instituída pelo legislador, representará a expressão de sua vontade, o que permite examinar esse instrumento coativo sob uma perspectiva eminentemente infraconstitucional e consequentemente viabilizadora da análise – que me parece inteiramente pertinente ao caso em questão – das delicadas relações que se estabelecem entre o Direito Internacional Público e o Direito interno dos Estados nacionais.

O Ministro defende, ainda, que a Constituição¹¹¹ conferiu possibilidade, inclusive, de o legislador não instituir a prisão civil do depositário infiel, tendo em vista que o Congresso

¹⁰⁶ Id., op. cit., nota 36.

¹⁰⁷ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

¹⁰⁸ BRASIL, op. cit., nota 39, Voto Min. Celso de Mello, p. 108-109.

¹⁰⁹ Id., op. cit., nota 36.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ibid.

Nacional poderia entender “conveniente, restringir ou, até mesmo, suprimir a decretabilidade da prisão civil em nosso ordenamento positivo”¹¹².

Dessa forma, para ele, “esse espaço de autonomia decisória (...) poderá ser ocupado, de modo plenamente legítimo, pela normatividade emergente dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos”¹¹³, sobretudo se for atribuído a tais normas caráter supralegal, como sustenta Gilmar Mendes, ou, ainda mais acertadamente, a hierarquia constitucional, sustentada por Mello.

Quanto aos argumentos defendidos pelo magistrado, também devem ser feitos alguns apertes. Primeiramente, cumpre esclarecer que, ainda que a norma constitucional do art. 5º, LXVII não tenha aplicabilidade imediata, as exceções expressas à regra da proibição da prisão civil, no ordenamento jurídico brasileiro, – incluindo a do depositário infiel – foram estabelecidas pela Constituição¹¹⁴, norma suprema. Dessa forma, o Poder Constituinte Originário, ao incluir tal previsão, o fez com o objetivo de que o legislador infraconstitucional a regulamentasse.

Assim sendo, o fato de o legislador não ter regulamentado a norma não exclui a intenção do Constituinte Originário, que foi a de prever, como exceção constitucional, ainda que sem oferecer nenhuma regulamentação, a prisão civil tanto do devedor de alimentos, quanto do depositário infiel.

Em outras palavras, “ao vedar ao legislador ordinário a possibilidade de implementar a norma da CRFB¹¹⁵, dentro dos seus limites, acaba-se vedando a própria Constituição¹¹⁶”, como afirma Marcelo Buliani Bolzan¹¹⁷. Nesse sentido, estaria sendo realizada uma

¹¹² BRASIL, op. cit., nota 39, Voto Min. Celso de Mello, p. 111.

¹¹³ Ibid., p. 112.

¹¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 36.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ BOLZAN, Marcelo Buliani. A (im)possibilidade de Prisão do Depositário Infiel no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)*: Revista do Programa de Pós-Graduação “Lato Sensu” em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), São Paulo, n. 17, p. 363-443, jan./jun. 2011, p. 420. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-363-Monografia_Marcelo_Buliani_Bolzan_\(A_\(Im\)_Possibilidade_de_Prisao_do_Depositario_Infiel_no_Brasil\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-363-Monografia_Marcelo_Buliani_Bolzan_(A_(Im)_Possibilidade_de_Prisao_do_Depositario_Infiel_no_Brasil).pdf)>. Acesso em: 2 out. 2016.

interpretação constitucional a partir de uma norma inferior¹¹⁸, interpretação essa não admitida na hermenêutica constitucional.

Dessa maneira, somente se justificaria a ineficácia desse dispositivo da CRFB¹¹⁹, de acordo com o concluído no julgado do RE nº 349.703¹²⁰, se fosse adotada a tese que confere *status* constitucional às normas dos tratados internacionais de direitos humanos, nos termos do art. 7º, 7, da Convenção Americana¹²¹, que prevaleceu no caso sob análise.

Ainda assim, cumpre ressaltar novamente que o atual entendimento do Pretório Excelso é o de conferir hierarquia acima das normas legais, mas abaixo da Constituição¹²² a esses tratados.

1.3. O controle de convencionalidade e a possibilidade de responsabilização internacional no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Ao analisar a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, sobretudo da Convenção Americana de Direitos Humanos¹²³, no âmbito interno, surge outra questão de grande relevância: o chamado “controle de convencionalidade”.

Trata-se da análise da compatibilidade entre atos internos de cada Estado em face de normas internacionais. Assim, da mesma forma que, no controle de constitucionalidade, as normas infraconstitucionais devem respeitar a Constituição da República Federativa do Brasil¹²⁴, no controle de convencionalidade, no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, todo o direito interno, inclusive as Constituições de cada Estado

¹¹⁸ “A interpretação da Constituição conforme as leis tem merecido sérias reticências à doutrina. Começa por partir da ideia de uma constituição entendida não só como espaço normativo aberto mas também como campo neutro, onde o legislador iria introduzindo subtilmente alterações. Em segundo lugar, não é a mesma coisa considerar como parâmetro as normas hierarquicamente superiores da Constituição ou as leis infraconstitucionais. Em terceiro lugar, não deve afastar-se o perigo de a interpretação da constituição de acordo com as leis ser uma interpretação inconstitucional, quer porque o sentido das leis passadas ganhou um significado completamente diferente na constituição, quer porque as leis novas podem elas próprias ter introduzido alterações de sentido inconstitucionais. Teríamos, assim, a legalidade da constituição a sobrepor-se à constitucionalidade da lei”. CANOTILHO apud BOLZAN, *ibid.*

¹¹⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 36.

¹²⁰ *Id.*, *op. cit.*, nota 39.

¹²¹ COSTA RICA, *op. cit.*, nota 1.

¹²² BRASIL, *op. cit.*, nota 36.

¹²³ COSTA RICA, *op. cit.*, nota 1.

¹²⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 36.

aderente, deve ser compatível com as normas da CADH¹²⁵ e a própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Embora haja diversas semelhanças entre as duas espécies de controle, há uma diferença fundamental entre elas: no controle de convencionalidade, é possível que seja determinada a responsabilidade internacional de um Estado, em razão do descumprimento do tratado que foi por ele ratificado.

Considerando que, conforme os artigos 46, I, a c/c 47, I, CADH¹²⁶, no Sistema Interamericano, vigora o princípio do esgotamento dos recursos internos, cabe primeiramente aos Estados o combate a violações a direitos humanos. Nesse sentido, se qualquer juiz ou Tribunal¹²⁷ nacional se deparar com uma norma que desrespeite a Convenção Americana ou outro tratado de direitos humanos do SIDH ratificado pelo país, deverá exercer o chamado “controle difuso de convencionalidade”¹²⁸.

Assim, somente de forma subsidiária, quando esgotados os recursos internos, admite-se a realização do denominado “controle de convencionalidade internacional”¹²⁹ pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Apenas nesse caso é possível a sanção do Estado aderente com a sua responsabilização internacional.

De acordo com a Corte IDH¹³⁰, toda quebra de obrigação que tenha produzido um dano comporta o dever de repará-lo adequadamente. Tal reparação seria o termo genérico de responsabilização do Estado, que compreenderia a restituição integral, a indenização, a satisfação e outras espécies possíveis de ressarcimento.

Nesse sentido, dispõe o art. 63.1, da Convenção Americana¹³¹:

Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegido nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

¹²⁵ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ No caso do Brasil, deve-se respeitar a cláusula de reserva de Plenário, estabelecida no art. 97, CRFB.

¹²⁸ SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho. O controle de convencionalidade e a sua repercussão no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 445.

¹²⁹ Ibid., p. 446.

¹³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Cinco Pensionistas versus Peru, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C n. 98*, Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2017, § 173.

¹³¹ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

Ainda que, para a Corte IDH, tenha sempre havido uma espécie de prevalência entre as normas do Pacto de São José da Costa Rica¹³² em relação às normas internas dos Estados dele signatários, o grande marco para a fixação do instituto do controle de convencionalidade foram os casos *Almonacid Arellano vs. Chile*¹³³ e *Aguado Alfaroy otros vs. Peru*¹³⁴. No primeiro julgado, a menção ao referido controle se deu de modo mais tímido, enquanto, no segundo, houve a consolidação mais clara do instituto.

Resumidamente, no caso peruano, a Corte teve que se pronunciar a respeito de um dos vários decretos-leis editados após o rompimento do Estado de Direito no Peru, norma que determinou a perda de diversos cargos públicos do Congresso Nacional, negando a concessão de benefícios sociais e previdenciários aos trabalhadores. Eles, por sua vez, não tiveram acesso nem à via administrativa, nem ao Tribunal Constitucional, pois seus magistrados haviam sido destituídos.

Assim, em sua sentença¹³⁵, a Corte consolidou o controle de convencionalidade, fixando-o como dever a ser exercido pelos magistrados nacionais, em respeito às disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos¹³⁶:

[...] Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. Em otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de SUS respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

¹³² Ibid.

¹³³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de Septiembre de 2006. Serie C n. 154, Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017, Parágrafo 124.

¹³⁴ Id. *Caso Trabajadores Cesados Del Congreso (Aguado Alfaró Y Otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C n.158*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

Cumpra esclarecer que, além de ter sido consolidado pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o controle de convencionalidade também possui respaldo na própria Convenção Americana de Direitos Humanos¹³⁷.

Em seus artigos 1º e 2º, o Pacto¹³⁸ estabelece, respectivamente, a obrigação de respeitar os direitos, determinando que os Estados signatários “comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos”; e o dever de adotar disposições de direito interno, segundo o qual os referidos Estados “comprometem-se a adotar, de acordo com suas normas constitucionais (...), as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

Ademais, deve ser reconhecido como fundamento para o controle de convencionalidade o princípio geral de Direito Internacional do *pacta sunt servanda*, positivado no artigo 26, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados¹³⁹ (CVDT), que prevê que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”.

Não se pode olvidar que as normas de direitos humanos previstas nos tratados internacionais possuem um caráter cogente – *ius cogens* –, o que não se limita a uma mera obrigatoriedade, mas sim ao fato de que tais normas apenas podem ser alteradas por meio da aprovação da comunidade internacional, e não pela simples vontade de um Estado ou um grupo de Estados.

No que diz respeito às normas sujeitas ao controle de convencionalidade, de acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que fixou seu entendimento no caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile*¹⁴⁰, todo o ordenamento jurídico interno pode ser controlado, inclusive normas constitucionais, como já mencionado. Nesse caso, o parâmetro utilizado será o “bloco de convencionalidade” – normas da CADH e entendimento jurisprudencial da CIDH.

Deve-se alertar, porém, que embora haja essa visão sob a ótica do Direito Internacional, a possibilidade de modificação das Constituições nacionais por determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos representaria uma enorme e preocupante relativização da soberania dos Estados, o que certamente traria grande insegurança jurídica.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ AÚSTRIA, op. cit., nota 2.

¹⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso “*La última tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos Y Otros*) vs. Chile. Sentencia de 5 febrero de 2001. Serie C n. 73. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017.

Assim, na ausência de uma cláusula constitucional *pro homine*¹⁴¹, que permitiria o simples afastamento de uma norma constitucional em favor de uma convencional, exclusivamente pela possibilidade de oferecer maior proteção ao ser humano, o mais adequado seria aplicar a “harmonização dos parâmetros de controle”¹⁴², de modo a realizar uma interpretação do direito interno conforme o direito internacional.

Com isso, seria viabilizada a solução de antinomias sem maiores prejuízos aos ordenamentos jurídicos envolvidos, na medida em que o “controle construtivo de convencionalidade”¹⁴³ permitiria que a Constituição fosse interpretada à luz de tratados de direitos humanos, sem se falar na declaração de inconvencionalidade de uma norma constitucional.

¹⁴¹ Basicamente, trata-se da preferência à aplicação da norma mais favorável ao indivíduo, no conflito entre duas normas protetivas de direitos humanos. Nesse sentido, haveria duas formas de aplicação do princípio *pro homine*: “a primeira delas envolve a escolha da interpretação mais favorável ao ser humano que pode ser extraída de uma determinada norma (preferência normativa); por sua vez, esse princípio também recomenda a aplicação da norma mais favorável no conflito entre duas normas de qualquer fonte ou hierarquia (preferência normativa).” SANTOS, op. cit., p. 462.

¹⁴² Ressalta-se que, apesar de a doutrina se referir à “teoria do duplo controle” (RAMOS, André de Carvalho) ou à “dupla compatibilidade vertical material” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira), entende-se “mais adequado falar em uma harmonização dos parâmetros de controle, em nome da unidade, da coesão e da segurança jurídica que devem existir num dado ordenamento.” Ibid., p. 469.

¹⁴³ SANGÜÉS apud SANTOS, op. cit., p. 468-469.

2. MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO E NAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS DECORRENTES DE CASOS SUBMETIDOS À COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Com a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁴⁴ e a aceitação da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Estado Brasileiro passou a se sujeitar às decisões e aos entendimentos da Comissão e da Corte Interamericanas. Houve, portanto, o comprometimento do país na realização de ajustes necessários à efetivação da proteção dos direitos humanos.

No que se refere ao impacto do sistema interamericano no âmbito brasileiro, Flávia Piovesan¹⁴⁵ destaca que “os casos submetidos à Comissão Interamericana têm apresentado relevante impacto no que tange à mudança de legislação e de políticas públicas de direitos humanos, propiciando significativos avanços internos”.

Pode-se dizer que os exemplos mais significativos dessa influência foram a implementação das Audiências de Custódia, em respeito à previsão do art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁴⁶, e a elaboração da Lei nº 11.340/2006¹⁴⁷ – “Lei Maria da Penha” –, em cumprimento à recomendação feita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no Relatório nº 54/2001¹⁴⁸.

Em relação ao primeiro, tendo em vista a previsão de garantia mais ampla no Pacto de São José da Costa Rica¹⁴⁹ – a obrigatoriedade de apresentação do preso ao magistrado – do que no ordenamento interno – a mera necessidade de comunicação ao juiz a respeito da prisão –, foi feita adaptação na legislação brasileira para se adequar ao sistema protetivo interamericano.

¹⁴⁴ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

¹⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 343.

¹⁴⁶ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

¹⁴⁷ BRASIL. *Lei nº 11.340/2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 11 out. 2017.

¹⁴⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório nº 54/01. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes Vs Brasil*. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 11 out. 2017

¹⁴⁹ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

No que se refere ao segundo, a edição da Lei nº 11.340¹⁵⁰, de 2006, foi resultado de denúncia apresentada pela brasileira Maria da Penha Maia, em razão de alegada violação a direitos humanos. Ao analisar o caso, foi emitida Recomendação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos para que, dentre outras medidas, prosseguisse e intensificasse o processo de reforma com o intuito de evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório no que se refere à violência doméstica contra mulheres no Brasil.

2.1. A Audiência de Custódia e o art. 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos

Uma das garantias fundamentais do preso, prevista no inciso LXII, do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁵¹, é o direito à comunicação imediata de sua prisão e do local onde ele se encontre ao juiz competente e à sua família ou à pessoa por ele indicada. No mesmo sentido estabelece o art. 306, §1º, do Código de Processo Penal¹⁵², especificando o prazo de 24 horas para que seja tomada tal providência, por meio do mero encaminhamento do auto de prisão em flagrante.

Há, porém, disposições assecuratórias de maior proteção ao preso, contidas em tratados internacionais de direitos humanos, que devem prevalecer, tendo em vista a hierarquia suprallegal dessas normas. A esse respeito, estatui o art. 7º, 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁵³ 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.

¹⁵⁰ BRASIL, op. cit., nota 140.

¹⁵¹ Id., op., cit., nota 36.

¹⁵² Id., *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.

¹⁵³ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

Em redação semelhante, dispõe o artigo 9º, 3¹⁵⁴, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹⁵⁵, exigindo também o direito à presença física do preso perante a autoridade judicial. Observa-se, assim, que, enquanto o texto constitucional prevê uma garantia mínima¹⁵⁶ – a necessidade de comunicação ao juiz a respeito da prisão –, as disposições internacionais a complementam, ao determinarem a obrigatoriedade, e não mera faculdade, de apresentação do preso ao magistrado.

Admite-se tal complementação, de acordo com Carlos Weis¹⁵⁷, por dois motivos: o princípio da primazia da norma mais favorável e a possibilidade de ampliação dos direitos e garantias fundamentais, estabelecida no art. 5º, §2º, da Constituição da República¹⁵⁸.

Além disso, por mais que haja disposição expressa no Decreto-Lei nº 3.689/41 – Código de Processo Penal¹⁵⁹ –, determinando o prazo e a maneira como a comunicação da prisão deve ser feita ao juiz, esse diploma foi recepcionado, pela Constituição de 1988¹⁶⁰, apenas com *status* de lei ordinária. Desse modo, não há qualquer óbice à possibilidade de que medidas diversas, dispostas em tratados internacionais, de nível hierárquico, ao menos¹⁶¹, supralegal – superior, portanto, ao CPP¹⁶² –, como a CADH¹⁶³ e o PIDCP¹⁶⁴, prevaleçam.

Inclusive, nos termos da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “*Tibi x Ecuador*”¹⁶⁵, entendeu-se pela impossibilidade da substituição da condução do preso à presença do juiz pela mera notificação da prisão:

¹⁵⁴ Artigo 9º, 3. Qualquer pessoa presa ou encerrada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções 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 execução da sentença. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ WEIS, Carlos. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v. 101; n. 921; jul. 2012, p. 331-355, p. 338.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 337 e 339.

¹⁵⁸ BRASIL, op. cit., nota 36.

¹⁵⁹ *Id.*, op. cit., nota 152.

¹⁶⁰ *Id.*, op. cit., nota 36.

¹⁶¹ Como já esclarecido, dependendo do quórum de aprovação, é possível que normas de tratados internacionais de direitos humanos sejam considerados equivalentes a emendas constitucionais, nos termos do art. 5º, §3º, CR.

¹⁶² BRASIL, op. cit., nota 152.

¹⁶³ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

¹⁶⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, op. cit., nota 154.

¹⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso “Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 septiembre de 2004. Serie C n. 114*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017.

118. Este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto. En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el art. 7º, 5, de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alego el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente.

Assim, mostra-se evidente que, desde a ratificação desses diplomas internacionais, ocorrida no ano de 1992, deveria ter sido inserida, no ordenamento jurídico brasileiro, a obrigatoriedade de apresentação do preso à autoridade judicial, denominada “audiência de custódia” ou “audiência de apresentação”.

No entanto, embora esteja em tramitação o Projeto de Lei do Senado nº 554/2001¹⁶⁶, que altera o §1º do artigo 306, do Código de Processo Penal¹⁶⁷ para dispor que, no prazo máximo de 24 horas após a realização da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, até o momento, não houve nenhuma modificação legal prevendo a audiência de custódia.

Do mesmo modo, o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009¹⁶⁸, que estatui o Novo Código de Processo Penal, continua representando retrocessos. Apesar de seu artigo 14, inciso III, prever como função do “juiz das garantias” a de “zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença”, percebe-se que a apresentação do preso à autoridade judicial consiste apenas em uma faculdade do magistrado, e não em um dever. Ademais, o seu artigo 553 deixou de incluir a condução do preso ao magistrado como medida obrigatória, ao estabelecer, tão somente, em redação semelhante à do §1º do art. 306 do atual CPP¹⁶⁹, que “em até 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas”.

¹⁶⁶ BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 554/2001*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>> Acesso em: 14 ago. 2017.

¹⁶⁷ Id., op. cit., nota 152.

¹⁶⁸ Id. *Projeto de Lei do Senado nº 156/2009*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>> Acesso em 14 ago. 2017.

¹⁶⁹ Id., op. cit., nota 152.

Por mais que tenham sido apresentadas, pelo Senador José Sarney, as Emendas nº 170 e 171¹⁷⁰ ao referido Projeto de Lei, com o objetivo de incluir a audiência de custódia no Novo Código de Processo Penal, ambas foram rejeitadas¹⁷¹ pelo relator, Senador Renato Casagrande, sob o seguinte fundamento:

Não vemos em que a redação do art. 551 do projeto do novo CPP possa ferir tratados internacionais de que o Brasil é signatário. São as próprias normativas internacionais citadas na justificativa que abrem a possibilidade de que o preso seja conduzido à presença de ‘outra autoridade habilitada/autorizada por lei a exercer funções judiciais’, papel que em nosso ordenamento é exercido pelo delegado de polícia judiciária.

A esse respeito, no entanto, cumpre esclarecer que, no caso “*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez x Ecuador*”¹⁷², ficou definida a impossibilidade de o juiz ser substituído na audiência de custódia por funcionário administrativo, policial, delegado ou mesmo promotor de justiça, nos termos da seguinte decisão:

84. *Conforme a la jurisprudencia de esta Corte en outro caso relativo al Estado ecuatoriano, no puedo considerarse que la declaración de las víctimas ante el fiscal cumpla con el derecho consagrado en el art. 7º, 5, de la Convención de ser llevado ante un ‘juez u outro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales’.*

Assim, foi fixado, nas sentenças dos casos “*Tibi x Ecuador*”¹⁷³ e “*Acosta Calderón x Ecuador*”¹⁷⁴, o entendimento segundo o qual essa expressão, prevista no art. 7º, 5, da CADH¹⁷⁵, deve ser interpretada à luz do art. 8º, 1, da referida Convenção¹⁷⁶:

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,

¹⁷⁰ Id. *Emendas 170 e 171 ao Projeto de Lei do Senado nº 156/2009*. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4575197&disposition=inline>> pp. 223-225. Acesso em 07 mar. 2017.

¹⁷¹ Id. *Parecer do Senador Renato Casagrande*. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4575233&disposition=inline>>. Acesso em 07 mar. 2017.

¹⁷² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C n. 170*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017.

¹⁷³ Id., op. cit., nota 165.

¹⁷⁴ Id. *Caso Acosta Calderón x Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C n. 129*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf> (§80). Acesso em: 02 mar. 017.

¹⁷⁵ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

¹⁷⁶ Ibid.

ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Dessa forma, com o objetivo de determinar o imediato cumprimento do Pacto de São José da Costa Rica¹⁷⁷, a fim de que a União viabilizasse a realização de audiências de custódia para todos os presos em flagrante, em âmbito federal, foi ajuizada, na Justiça Federal do Amazonas, a Ação Civil Pública nº 8837-91.2014.4.01.3200, pela Defensoria Pública da União¹⁷⁸. No entanto, o magistrado extinguiu o feito sem resolução do mérito¹⁷⁹, sob o fundamento de que a referida ação continha manifesta ilegalidade, tendo em vista que os beneficiados pelo pedido “não se enquadram na condição de necessitados”.

Porém, mesmo com a ausência de leis que incluíssem a audiência de custódia como instrumento pré-processual no ordenamento brasileiro, foi editado o Provimento Conjunto nº 3¹⁸⁰, publicado em 27 de janeiro de 2015, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, inaugurando nesse Estado, e pioneiramente no país, o “Projeto Audiência de Custódia”. No mesmo sentido foi firmado, entre o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o Termo de Cooperação Técnica nº 7¹⁸¹, em 09 de abril de 2015.

Após o advento desses regramentos, houve uma série de questionamentos a respeito do *status* jurídico do novo procedimento instaurado na dinâmica do processo penal brasileiro. A tese predominante¹⁸², entretanto, é a de que, por estar prevista em tratados internacionais de direitos humanos, a apresentação imediata do preso em flagrante diante de uma autoridade judicial é norma autoaplicável que integra o ordenamento jurídico “sem que haja necessidade de edição de lei ou ato normativo”. Esse entendimento decorre do art. 5º, §1º da Constituição

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ A petição inicial da ação ajuizada se encontra disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wpcontent/uploads/2014/11/ACP_Audiencia_Custodia_DPU_Manus.pdf> Acesso em: 04 ago. 2017.

¹⁷⁹ BRASIL, Terceira Vara da Justiça Federal do Amazonas. *Sentença nº 8837-91.2014.4.01.3200*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/defensoria-mover-acao-civil-publica.pdf>> Acesso em: 04 ago. 2017.

¹⁸⁰ Id. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Provimento Conjunto nº 3/2015*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

¹⁸¹ Idem. Conselho Nacional de Justiça. *Termo de Cooperação Técnica nº 7/20015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/7525f63d46d1147032a1003f1c9271c9.pdf>> Acesso em: 04 ago. 2017.

¹⁸² BADARÓ, Gustavo. *Parecer sobre as audiências de custódia, apresentado como resposta à consulta formulada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa e a Defensoria Pública da União*. São Paulo. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2697893/mod_resource/content/0/Parecer_Audiencia_Custodia_Badaro.pdf> Acesso em: 05 ago. 2017.

da República Federativa do Brasil¹⁸³, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Em conformidade com essa tese majoritária, as regras internas devem ser interpretadas de acordo com as convenções internacionais protetivas de direitos humanos, as quais, segundo consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, têm valor supralegal. Desse modo, em se tratando de Direito Penal e de Direito Processual Penal, segundo Aury Lopes Jr. e Caio Paiva¹⁸⁴, “para se alcançar um devido processo, esse deve ser não apenas legal e constitucional, mas também convencional”.

Mesmo assim, foi levada ao Judiciário a discussão a respeito da legalidade e constitucionalidade do Provimento Conjunto nº 3/2015¹⁸⁵, do TJSP. Em primeiro lugar, foi impetrado o Mandado de Segurança nº 2031658-86.2015.8.26.0000, posteriormente rejeitado pelo referido Tribunal¹⁸⁶, pela Associação Paulista do Ministério Público, que alegou a inconstitucionalidade da instituição da audiência de custódia, em virtude da usurpação de competência privativa da União para legislar em matéria processual, ao trazer alterações ao Código de Processo Penal¹⁸⁷. Logo em seguida, foi ajuizada, no STF, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240¹⁸⁸, pela Associação de Delegados de Polícia do Brasil, sob o fundamento de que o TJSP não teria competência para instituir norma que criasse obrigações para a autoridade policial.

O Supremo entendeu¹⁸⁹, porém, não haver qualquer inovação do ordenamento jurídico brasileiro, em virtude da supralegalidade da previsão da audiência de custódia, estabelecida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁹⁰, nos termos do seguinte acórdão:

¹⁸³ BRASIL, op. cit., nota 36.

¹⁸⁴ LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. *Revista Liberdades*, n. 17, set-dez, 2014. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos> p. 13. Acesso em 05 ago. 2017.

¹⁸⁵ BRASIL, op. cit., nota 180.

¹⁸⁶ Id. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *MS nº 20316588620158260000*, Relator: Luiz Antonio de Godoy, Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/170441642/mandado-de-seguranca-ms-20316588620158260000-sp-2031658-8620158260000/inteiro-teor-170441652>> Acesso em: 05 ago. 2017.

¹⁸⁷ Id., op. cit., nota 143.

¹⁸⁸ Id. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.240 SP*. Acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>> Acesso em 05 ago. 2017.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.

1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”.

(...)

5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda.

[...]

Por sua vez, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347¹⁹¹, visando à declaração de “estado de coisas inconstitucional” no sistema prisional brasileiro, foi determinado que as audiências de custódia se estendessem por todo o país, no prazo de 90 dias a partir da publicação do respectivo acórdão, o que abriu caminho para que o Conselho Nacional de Justiça regulamentasse o procedimento, por meio da Resolução nº 213/2015¹⁹².

Assim, a partir da entrada em vigor da referida Resolução¹⁹³, em 1º de fevereiro de 2016, todos os tribunais foram obrigados a implementar esse tipo de audiência em suas respectivas jurisdições até maio de 2016, nos termos do seu art. 15. Atualmente, portanto, as audiências de custódia são realizadas em todo o Brasil, conforme regulamentação de portarias, resoluções e atos normativos internos.

Por mais que tenha havido um atraso significativo no implemento dessas audiências no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o decurso de décadas entre a ratificação, pelo Brasil, da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁹⁴ e a introdução desse instrumento no processo penal pátrio, sua recente aplicação já produz efeitos positivos na realidade jurídica e carcerária brasileira.

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347/ DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 05 ago. 2017.

¹⁹² Id. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213/2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>> Acesso em: 05 ago. 2017.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

Essa conclusão pode ser extraída pelos dados apresentados no documento¹⁹⁵ resultante do “Relatório sobre a Implementação das Audiências de Custódia”, segundo o qual estudos feitos pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) indicaram que os presos provisórios, em 2016, chegavam a ficar, em média, 119,7 dias aguardando o primeiro contato com o juiz. Isso porque, mesmo amparados pelo princípio da duração razoável do processo, as prisões preventivas ainda não possuem prazo máximo estabelecido pela lei. Desse modo, a instituição da apresentação do preso a uma autoridade judicial no prazo máximo de 24 horas, por si só, já representa um avanço extremamente relevante no cenário da justiça criminal.

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos demonstrou¹⁹⁶ apreço pelos esforços do Estado Brasileiro no estabelecimento das audiências de custódia, com o objetivo de evitar detenções desnecessárias e incentivar a utilização de medidas alternativas à prisão preventiva, contribuindo com a redução da superlotação dos centros penitenciários do país. De acordo com o relator sobre Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade da CIDH, Comissionado Presidente James Cavallaro:

As audiências de custódia constituem um importante passo no caminho para o fortalecimento da justiça no hemisfério. Confio que essa boa prática, assim como outras medidas que foram adotadas para a redução de prisões preventivas, contribuam para deixar para trás o mito do aumento das penas como forma efetiva de combater o delito.

Ademais, como destaca Caio Paiva¹⁹⁷, além da finalidade de adequar o processo penal brasileiro às normas internacionais e de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou, de alguma forma, desnecessárias, a audiência de custódia seria um instrumento fundamental para a prevenção da tortura policial. Assim, possibilitaria a efetivação do direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade, nos termos do art. 5.2 da CADH¹⁹⁸:

¹⁹⁵ BALLESTEROS, Paula R. *Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>> Acesso em: 07 ago. 2017.

¹⁹⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunicado de Imprensa 29, de 07/03/2016*, disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2016/029.asp>> Acesso em: 07 ago. 2017

¹⁹⁷ PAIVA, Caio. *Na Série “Audiência de Custódia”*: conceito, previsão normativa e finalidades. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/#_ftn22> Acesso em: 07 ago. 2017.

¹⁹⁸ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

A esse respeito, a Comissão Interamericana também mencionou¹⁹⁹ avanço do Brasil, ao permitir que pessoas detidas pudessem denunciar possíveis atos de tortura e casos de tratamento cruel, desumano ou degradantes. De acordo com os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça²⁰⁰, em um ano de funcionamento do programa, foram registrados 2.909 denúncias de tortura ou maus tratos.

Ainda que seja necessário aprimorar o monitoramento e a investigação efetiva acerca dessas denúncias, como indicaram as organizações participantes da audiência pública “Apresentação Inicial de Pessoas Detidas no Brasil”, celebrada no 156º Período Ordinário de Sessões, não há dúvidas a respeito do importante passo no sentido de assegurar a proteção dos direitos humanos dos presos no país, alcançado com a implementação das audiências de custódia²⁰¹.

2.2. A Lei Maria da Penha e o Relatório nº 54/2001 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

No Brasil, na década de 1980, a esperança na renovação do Estado Brasileiro e o envolvimento na luta pela redemocratização levaram grupos de mulheres a se organizar em torno de propostas específicas de enfrentamento da violência e de todas as demais formas de discriminação. Assim, as feministas buscaram incluir na Constituição Democrática de 1988²⁰² além de direitos civis e sociais plenos, o direito ao aborto legal seguro e o direito a uma vida sem violência²⁰³. Em síntese, esperava-se a eliminação das discriminações e violências contra as mulheres por meio de reformas legislativas e de políticas públicas.

¹⁹⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 196.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² BRASIL, op. cit., nota 36.

²⁰³ BATERD, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem sucedida de *advocacy* feminista. In: CAMPOS, Carmem Hein. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 13-17, p. 18.

Por mais que todos os pleitos pretendidos não tenham sido alcançados, a atual Constituição Brasileira²⁰⁴ foi considerada um marco na conquista dos direitos das mulheres, sobretudo ao estabelecer que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”²⁰⁵ e que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos pelo homem e pela mulher”²⁰⁶.

No âmbito internacional, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher²⁰⁷ (CEDAW), aprovada em 1979 e ratificada²⁰⁸ pelo Brasil, em 1984, teve grande importância na conquista dos direitos femininos. No entanto, quanto à violência contra a mulher, pode-se dizer que somente no ano de 1992, com a aprovação da Recomendação Geral nº19²⁰⁹, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o tema foi tratado²¹⁰ em texto normativo.

Do mesmo modo, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher²¹¹, aprovada pela ONU, em 1993, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher²¹² – também conhecida como Convenção de Belém do Pará –, aprovada pela OEA, em 1994, reconheceram que a violência contra a mulher, no âmbito público ou privado, constitui grave violação aos direitos humanos e limita total ou parcialmente o exercício dos demais direitos fundamentais.

No entanto, em que pese a existência de proteção internacional contra tais abusos, no âmbito interno, até o ano de 2006, não havia qualquer disposição constitucional ou infraconstitucional que dispusesse acerca do assunto.

²⁰⁴ BRASIL, op. cit., nota 36.

²⁰⁵ Ibid., art. 5º, I.

²⁰⁶ Ibid., art. 226, §5º.

²⁰⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139389por.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017.

²⁰⁸ BRASIL. *Decreto nº 89.460/1984*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-89460-20-marco-1984-439601-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14 set. 2017.

²⁰⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Recomendação Geral nº 19/1992 do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher*. Disponível em: <http://archive.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19.pdf> Acesso em: 09 out. 2017

²¹⁰ Ibid. *Observaciones Generales*: “6. En el artículo 1 de la Convención se define la discriminación contra la mujer. En la definición de la discriminación se incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Se incluyen actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad (...).”

²¹¹ Id. *Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher*. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a48r104.htm>> Acesso em: 11 out. 2017.

²¹² BRASIL. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>> Acesso em: 11 out. 2017.

A mudança legislativa finalmente ocorreu com a entrada em vigor da Lei nº 11.340/2006²¹³, em 22 de setembro do mesmo ano, após intensa pressão internacional. Essa norma foi resultado da denúncia apresentada pela brasileira Maria da Penha Maia Fernandes, em conjunto com o Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em face do Estado Brasileiro, pela prática de diversas violações a normas de tratados internacionais de direitos humanos.

Em 20 de agosto de 1998, foi encaminhada a referida denúncia, tendo como fundamento a inércia do Estado Brasileiro no processamento e na punição do agressor da denunciante. Assim, foi iniciado o Caso nº 12.051, que resultou no Relatório nº 54/2001²¹⁴.

Em síntese, a denunciante, farmacêutica brasileira, foi vítima de duas tentativas de homicídio cometidas por seu então marido, em seu próprio domicílio, na década de 80. Embora ela tenha sobrevivido, em razão dos tiros que a atingiram enquanto dormia, da tentativa de eletrocutá-la e das demais agressões sofridas por ela ao longo de sua relação matrimonial, Maria da Penha ficou paraplégica. No entanto, apesar de condenado pela Justiça local, após quinze anos, não havia condenação definitiva do réu, que ainda permanecia em liberdade, valendo-se de sucessivos recursos processuais contra a decisão condenatória do Tribunal do Júri.

Assim, a denúncia se baseou na violação de diversas normas de convenções internacionais, dentre as quais se destacam os artigos 1.1; 8; 24 e 25, da Convenção Americana de Direitos Humanos²¹⁵; os artigos II e XVIII, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem²¹⁶; e o art. 7º, da Convenção de Belém do Pará²¹⁷.

No Relatório nº 54/2001²¹⁸, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao analisar o mérito do caso, basicamente, dividiu as violações cometidas pelo Estado brasileiro da seguinte maneira: (i) Direito à justiça – artigo XVIII, da Declaração²¹⁹ –, às garantias judiciais – artigo 8.1, da CADH²²⁰ – e à proteção judicial – artigos 1.1 e 25.1, da CADH²²¹ –;

²¹³ Id., op. cit., nota 147.

²¹⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 148.

²¹⁵ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

²¹⁶ COLÔMBIA, op. cit., nota 7.

²¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 212.

²¹⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 148.

²¹⁹ COLÔMBIA, op. cit., nota 7.

²²⁰ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

²²¹ Ibid.

(ii) Direito à igualdade – artigo II, da Declaração²²², e artigo 24, da CADH²²³ –; (iii) Deveres do Estado – artigo 7º, da Convenção de Belém do Pará²²⁴.

Com relação ao primeiro aspecto, os denunciante alegaram a violação ao direito de toda pessoa de ser ouvida em prazo razoável, disposto no art. 8.1, CADH²²⁵, e de ter acesso a recursos judiciais simples, rápidos e efetivos, conforme previsão do art. 25.1, CADH²²⁶. A esse respeito, para definir o conceito de “prazo razoável”, a Comissão aplicou entendimento utilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “*Genie Lacayo Vs. Nicaragua*”²²⁷:

77. El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales [...].

Assim, considerando a complexidade do assunto, a atividade processual do interessado e a conduta das autoridades judiciais, e, tendo em vista as alegações dos denunciante e o silêncio do denunciado, a Comissão, no Relatório nº 54/2001²²⁸, entendeu que houve ineficácia, negligência e omissão do Estado Brasileiro, em virtude da demora injustificada no julgamento do acusado. Acrescentou, ainda, que essa postura colocou “em risco definitivo a possibilidade de punir o acusado e indenizar a vítima, pela possível prescrição do delito”, concluindo pela configuração das violações sustentadas na denúncia.

Quanto ao aspecto do direito à igualdade, a Comissão mencionou o Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos no Brasil²²⁹, de 1997, que em seu capítulo VIII, item “e”,

²²² COLÔMBIA, op. cit., nota 7.

²²³ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

²²⁴ BRASIL, op. cit., nota 212.

²²⁵ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

²²⁶ Ibid.

²²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C n. 30.* Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf> Acesso em: 11 out. 2017.

²²⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 148, item 44.

²²⁹ Id. *Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil.* Disponível em: <<https://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/indice.htm>> Acesso em: 11 out. 2017.

trata da questão da violência contra a mulher. Nesse documento, foram apontadas como iniciativas positivas adotadas pelo Brasil a criação de delegacias policiais especiais para o atendimento de denúncias de ataques a mulheres e de casas de refúgio para mulheres agredidas. Além dessas relevantes inovações, foi destacada a decisão da Corte Suprema de Justiça, de 1991, que invalidou o conceito arcaico de “defesa da honra” como causal de justificação de crimes contra as esposas.

No Caso Maria da Penha²³⁰, contudo, concluiu-se que as mudanças “foram implementadas de maneira reduzida em relação à importância e urgência do problema, conforme se observou anteriormente”, de forma que não teria havido qualquer efeito em relação à situação enfrentada pela farmacêutica. Desse modo, ainda que tenha havido avanço na proteção dos direitos da mulher no Brasil, essas melhorias não foram capazes de evitar diversos episódios de violência doméstica no país, como o caso emblemático da denunciante.

Por fim, no que se refere aos aspectos relativos aos deveres do Estado, foi destacado o disposto no *caput* do artigo 7º, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher²³¹: “os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência”.

Desse modo, considerando a impunidade do presente caso, representada pela ausência de condenação definitiva do acusado, a Comissão apontou que houve tolerância por parte do Estado Brasileiro quanto às agressões sofridas por Maria da Penha e destacou que se trata de “pauta sistemática”, uma vez que diversas vítimas de violência doméstica no país não conseguem punir efetivamente seus agressores.

Nesse sentido, entendeu-se pela responsabilização do Estado pelo não cumprimento de seus deveres estabelecidos nas alíneas b, d, e, f e g do artigo 7º, da Convenção de Belém do Pará²³², em relação aos direitos por ela protegidos, dentre os quais se encontram o direito a uma vida livre de violência – artigo 3º –, o direito ao respeito à sua vida, sua integridade física, psíquica e moral e à sua segurança pessoal, sua dignidade pessoal; e o direito a recurso simples e rápido perante os tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos – artigo 4º, a, b, c, d, e, f, g.

²³⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 148, item 50.

²³¹ BRASIL, op. cit., nota 212.

²³² Ibid.

Sendo assim, com o envio do Relatório nº 54/2001²³³, em 13 de março daquele ano, a Comissão recomendou ao Estado Brasileiro que: a) concluísse rápida e efetivamente o processo penal envolvendo o responsável pela agressão; b) investigasse séria e imparcialmente irregularidades e atrasos injustificados do processo penal; c) pagasse à vítima uma reparação simbólica, decorrente da demora na prestação jurisdicional, sem prejuízo da ação de compensação contra o agressor; d) prosseguisse e intensificasse o processo de reforma para evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil.

A partir de então, foram implementadas diversas medidas, como a prisão do réu, em 31 de outubro de 2002; a edição da Lei nº 10.778²³⁴, em 24 de novembro de 2003, determinando a notificação compulsória, no território nacional, de casos de violência contra a mulher que seja atendida em serviços de saúde públicos ou privados; e, finalmente, a instituição do Grupo de Trabalho Interministerial, em 31 de março de 2004, por meio do Decreto nº 5.030²³⁵, para elaboração de proposta de medida legislativa e de outros instrumentos para coibir as agressões contra a mulher.

Assim, após a aprovação da proposta legislativa encaminhada pelo referido Grupo, foi editada, em 07 de agosto de 2006, a Lei nº 11.340²³⁶, criando-se, de forma inédita no país, mecanismos para reduzir a violência doméstica e familiar contra a mulher, por meio de medidas para a prevenção, assistência e proteção às vítimas.

Essa inovação legal pretendeu dar cumprimento ao §8º do art. 226 da CRFB²³⁷, ao Comitê CEDAW e à Convenção de Belém do Pará²³⁸, dispondo sobre os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, por meio da alteração de diversos diplomas legais, como os Códigos Penal²³⁹ e de Processo Penal²⁴⁰, a Lei de Execução Penal²⁴¹, dentre outras providências. Assim, foi dada efetividade normativa ao disposto nos tratados

²³³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 148.

²³⁴ BRASIL. *Lei nº 10.778/2003*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.778.htm> Acesso em: 11 out. 2017.

²³⁵ Id. *Decreto nº 5.030/2004*. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%205.030-2004?OpenDocument> Acesso em: 11 out. 2017.

²³⁶ Id., op. cit., nota 147.

²³⁷ Id., op. cit., nota 36.

²³⁸ Id., op. cit., nota 212.

²³⁹ Id. *Decreto-Lei nº 2.848/1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 25 out. 2017.

²⁴⁰ Id., op. cit., nota 152.

²⁴¹ Id., *Lei nº 7.210/1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm> Acesso em: 25 out. 2017.

internacionais anteriormente ratificados pelo Brasil e dado cumprimento à recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Após o advento da Lei Maria da Penha²⁴², houve ainda relevantes alterações legislativas na promoção da proteção dos direitos das mulheres, como a edição da Lei nº 12.015, de 2009²⁴³, que alterou o Código Penal²⁴⁴ para redefinir os crimes sexuais como crimes contra a dignidade sexual, em vez de crimes contra os costumes, e da Lei nº 13.104, de 2015²⁴⁵, que alterou o Código Penal²⁴⁶ para tipificar o feminicídio.

De acordo com o Mapa da Violência 2015²⁴⁷, entre 1980 e 2013, 106.093 mulheres foram vítimas de homicídio no Brasil. Apesar de o número ser expressivamente alto, o Mapa mostra que, em termos gerais, pode-se afirmar que a entrada em vigor da Lei Maria da Penha²⁴⁸, em 2006, contribuiu para reduzir a velocidade de crescimento da taxa de assassinato de mulheres.

No entanto, conforme pesquisa da ONU²⁴⁹, a taxa de homicídios de 4,8 por 100 mil mulheres posiciona o Brasil, num grupo de 83 países, na quinta posição entre os mais violentos do mundo, de modo que o país somente estaria à frente dos seguintes países: El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia.

Evidencia-se, assim, que ainda que haja avanços, a sociedade brasileira se mantém com heranças patriarcais e ideais machistas que devem ser, cotidianamente, desconstruídos. Dessa forma, verifica-se necessária a permanente luta e resistência para que direitos humanos básicos de todas as mulheres sejam cumpridos e respeitados.

²⁴² Id., op. cit., nota 147.

²⁴³ Id. *Lei nº 12.015/2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm> Acesso em: 25 out. 2017.

²⁴⁴ Id., op. cit., nota 227.

²⁴⁵ Id. *Lei nº 12.104/2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm> Acesso em: 25 out. 2017.

²⁴⁶ Id., op. cit., nota 239.

²⁴⁷ WASELFSZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília: Flacso Brasil, 2015. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2016/03/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf> Acesso em: 25 out. 2017.

²⁴⁸ BRASIL, op. cit., nota 147.

²⁴⁹ ONU MULHERES. *Diretrizes nacionais Feminicídio: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres*. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf> Acesso em: 25 out. 2017.

3. O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E NA JURISPRUDÊNCIA DO STF – O CASO DO “MENSALÃO”

Apesar do impacto positivo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no processo penal brasileiro, com a implementação das Audiências de Custódia e a edição da Lei Maria da Penha²⁵⁰, ao analisar recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que ainda há muita evolução a ser feita, sobretudo no que se refere à sujeição do Brasil aos entendimentos da Comissão e da Corte Interamericanas.

Como já ressaltado, a ratificação do Estado Brasileiro ao Pacto de São José da Costa Rica²⁵¹ representou seu comprometimento à efetiva proteção dos direitos humanos, nos termos das decisões adotadas pelos órgãos integrantes do SIDH.

É possível, no entanto, destacar duas hipóteses de julgados submetidos à Suprema Corte Brasileira que demonstram o não cumprimento dessa obrigação internacional, em virtude do desrespeito a princípios estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos²⁵²: a violação ao duplo grau de jurisdição, na Ação Penal nº 470²⁵³, e a afronta aos princípios da presunção de inocência e *pro homine*, no *Habeas Corpus* nº 126.292²⁵⁴.

Nesse capítulo será abordado o primeiro caso.

Com relação ao princípio do duplo grau de jurisdição, de acordo com Pacelli²⁵⁵, trata-se de garantia individual referente à possibilidade de revisão do julgado com o direito à obtenção de uma nova decisão em substituição à primeira, de modo que essa seja revista por órgão hierarquicamente superior na estrutura jurisdicional.

Ainda que não haja previsão expressa na CRFB²⁵⁶ e no Código de Processo Penal²⁵⁷ quanto a esse princípio, trata-se de garantia reconhecida na doutrina. Em que pese a ausência de consenso a respeito da sua hierarquia, a tese doutrinária majoritária é a de que o referido

²⁵⁰ BRASIL, op. cit., nota 138.

²⁵¹ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

²⁵² Ibid.

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470/MG*, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018.

²⁵⁴ Id. *Habeas Corpus nº 126.292*. Rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

²⁵⁵ PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: 2016, Atlas, p. 940.

²⁵⁶ BRASIL, op. cit., nota 36.

²⁵⁷ Id., op. cit., nota 152.

princípio possui *status* constitucional implícito²⁵⁸, pois decorreria imediatamente da garantia constitucional do devido processo legal²⁵⁹.

Nesse sentido, Nereu José Giacomolli²⁶⁰ sustenta que o duplo pronunciamento pode ser inferido a partir da previsão do art. 5º, LV, da CRFB²⁶¹, que estabelece a garantia do contraditório e da ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes, aos acusados em geral. Assim, o autor defende a existência de uma “tutela jurídico-fundamental constitucional”.

Sobre o tema, o STF teve oportunidade de se pronunciar, em 2000, nos autos do Recurso de *Habeas Corpus* nº 79.785²⁶², ocasião em que adotou a definição clássica do princípio do duplo grau de jurisdição e defendeu a impossibilidade de elevá-lo à hierarquia constitucional, nos termos da seguinte ementa:

- I. Duplo grau de jurisdição no Direito Brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos.
1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado a órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária.
 2. Com esse sentido próprio – sem concessões que o desnaturem – não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau de jurisdição em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, particularmente, na área penal (...)

Há de se fazer certas ressalvas a esse posicionamento do Supremo, na medida em que, como leciona Mazzuoli²⁶³, o *status* constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição pode ser extraído do art. 5º, §2º, da Carta Magna²⁶⁴. De acordo com esse dispositivo, haveria a possibilidade de se considerar, além dos direitos e garantias nela expressos, outros,

²⁵⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A garantia do duplo grau de jurisdição em matéria criminal na convenção americana sobre direitos humanos e na jurisprudência recente do STF: uma análise a partir dos casos “Barreto Leiva VS. Venezuela” (CIDH) e “Mensalão” (STF). In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 834.

²⁵⁹ OLIVEIRA, Bruno Queiroz. *O duplo grau de jurisdição na Ação Penal nº 470/MG: considerações à luz do controle de convencionalidade*. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/5771>. Acesso em 28.03.2018.

²⁶⁰ 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. 291.

²⁶¹ BRASIL, op. cit., nota 36.

²⁶² Ib., op. cit., nota 50.

²⁶³ MAZZUOLI, op., cit., p. 834.

²⁶⁴ BRASIL, op. cit., nota 36.

decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição²⁶⁵ ou dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

Assim, apesar de não haver previsão legal ou constitucional expressa a respeito dessa garantia no ordenamento brasileiro, pode-se dizer que o duplo grau de jurisdição deriva diretamente da cláusula do devido processo legal, o que já seria o bastante para o reconhecimento da sua hierarquia de direito constitucional.

De qualquer modo, embora permaneça a controvérsia acerca do *status* constitucional, mesmo que implícito, do princípio do duplo grau de jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro, tal garantia encontra respaldo em diversos dispositivos de tratados internacionais, dentre os quais se destaca o art. 8º, 2º, h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos²⁶⁶:

Artigo 8. Garantias judiciais

(...)

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:

(...)

h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Nesse sentido, não há dúvidas a respeito de se tratar de garantia convencional, em virtude de ser expressamente prevista em tratados internacionais, como a CADH²⁶⁷. Dessa forma, deve-se considerar que se trata de direito superior às disposições legais do ordenamento interno, tendo em vista que, como esclarecido anteriormente, foi adotado pelo STF o *status* supralegal dos diplomas internacionais de direitos humanos.

Dessa maneira, sendo o Brasil país signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos²⁶⁸, tratado que dispõe de forma expressa acerca da garantia do duplo grau de jurisdição, nosso sistema processual penal não poderia afastar esse direito convencional, sob o fundamento da prevalência de nenhuma norma legal do direito brasileiro.

Na Ação Penal nº 470/MG²⁶⁹, no entanto, o Supremo Tribunal Federal optou por ignorar seu entendimento consolidado acerca da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e privilegiou dispositivos de direito processual penal, como o art. 80, do

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

²⁶⁷ Ibid.

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ BRASIL, op. cit., nota 253.

Código de Processo Penal²⁷⁰, em detrimento da garantia do duplo grau de jurisdição, expressamente prevista na CADH²⁷¹.

3.1. A garantia do duplo grau na Ação Penal nº 470 julgada pelo STF (Caso "Mensalão")

Quando se trata de entendimento jurisprudencial da Corte Suprema Brasileira, um dos casos mais emblemáticos para analisar a questão do duplo grau de jurisdição é a Ação Penal nº 470/ MG²⁷².

Após a apuração do denominado “Caso Mensalão”²⁷³, foi instaurado procedimento de investigação criminal que culminou no oferecimento, pelo Ministério Público, de denúncia contra quarenta réus – sendo apenas três deles detentores do foro especial no STF –, pela prática de diversos crimes contra a Administração Pública, tais como peculato, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, gestão fraudulenta, além das mais diversas formas de fraude.

Nessa esteira, o julgamento da Ação Penal nº 470²⁷⁴ representa inegável avanço no combate à impunidade de criminosos no meio político e nas altas classes. No entanto, persistem controvérsias, tanto em matéria processual penal, como também no âmbito constitucional, dentre as quais se destaca a questão do foro por prerrogativa funcional, sobretudo no que diz respeito à extensão da competência do Supremo Tribunal Federal a réus que não possuem tal garantia.

Com relação a ela, pode-se dizer que se trata de prerrogativa a que fazem jus determinados agentes, durante o exercício de seus cargos ou funções públicas, de ser julgados por Tribunais de segunda instância (arts. 108, I, a; 96, III e 29, X, todos da CRFB²⁷⁵), pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, a, CRFB²⁷⁶) ou pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, b e c, CRFB²⁷⁷).

²⁷⁰ Id., op. cit., nota 152, art. 80.

²⁷¹ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

²⁷² BRASIL, op. cit., nota 253.

²⁷³ Ibid.

²⁷⁴ Ibid.

²⁷⁵ BRASIL, op. cit., nota 36.

²⁷⁶ Ibid.

²⁷⁷ Ibid.

Segundo Aury Lopes Jr.²⁷⁸, nem sempre o foro por prerrogativa de função representará um benefício ao réu, uma vez que o julgamento “por um tribunal composto por juízes (em tese) mais experientes (o que não significa maior qualidade técnica do julgamento) é uma vantagem que esbarra na impossibilidade de um verdadeiro duplo grau de jurisdição”.

A questão se torna ainda mais polêmica quando se refere à hipótese de reunião, para julgamento conjunto no Supremo Tribunal Federal, de processos criminais nos quais apenas alguns dos diversos corréus detenham foro por prerrogativa de função, como ocorreu no Caso “Mensalão”²⁷⁹.

Esse tema foi debatido antes mesmo da deliberação acerca do recebimento da denúncia, ainda nos autos do Inquérito nº 2.245/MG²⁸⁰. O Ministro Joaquim Barbosa apresentou, no Plenário, Questão de Ordem²⁸¹ na qual se discutiu a respeito do pedido de alguns dos denunciados para que, caso recebida a denúncia, houvesse o desmembramento do processo, de forma a possibilitar que apenas os acusados com prerrogativa de foro fossem processados e julgados pelo STF.

O fundamento desses denunciados foi o de que a reunião do processo perante a Suprema Corte ofenderia a garantia constitucional da razoável duração do processo, uma vez que seria excessivamente mais demorada a tramitação de uma ação penal com quarenta réus, no Supremo Tribunal Federal do que no juízo comum.

A tese de permanência no Supremo apenas dos acusados ocupantes de cargos com foro funcional, inicialmente²⁸² defendida pelo Ministro Joaquim Barbosa, contudo, foi rejeitada pela maioria dos Ministros²⁸³, nos termos da seguinte ementa:

²⁷⁸ LOPES Jr., Aury, *Direito Processual Penal*, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 291.

²⁷⁹ BRASIL, op. cit., nota 253.

²⁸⁰ Id. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 2.245/MG*. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/INQ_2245_MG_1279008555336.pdf?Signature=kCjGBcO8%2BJzp67a2FRr0lZvcIUe%3D&Expires=1531161230&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=0dcc11b6464dc5fa84d2ce05cb2977e0>. Acesso em: 30 mar. 2018.

²⁸¹ Id. *Segunda Questão de Ordem em Inquérito nº 2.245/MG*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494486>>. Acesso em 30 mar. 2018

²⁸² Durante a votação da Questão de Ordem, o próprio Ministro Gilmar Mendes reviu seu entendimento, afirmando que “Ou se faz um desmembramento segundo o critério subjetivo e, aí, teríamos cinco denunciados apenas, perante esta Corte, e a outra alternativa, que é de se fazer um desmembramento objetivo, não resultaria em nenhuma vantagem à luz do artigo 80 do Código de Processo Penal, já que diminuiria em um ou dois o número de acusados. No máximo cinco. Não vejo nenhuma vantagem prática em termos de instrução do feito. BRASIL, op. cit., nota 280, p. 115.

²⁸³ Restaram vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio.

QUESTÃO DE ORDEM. INQUÉRITO. DESMEMBRAMENTO. ARTIGO 80 DO CPP. CRITÉRIO SUBJETIVO AFASTADO. CRITÉRIO OBJETIVO. INADEQUAÇÃO AO CASO CONCRETO. MANUTENÇÃO INTEGRAL DO INQUÉRITO SOB JULGAMENTO DA CORTE.

Rejeitada a proposta de adoção do critério subjetivo para o desmembramento do inquérito, nos termos do artigo 80 do CPP, resta o critério objetivo, que, por sua vez, é desprovido de utilidade no caso concreto, em face da complexidade do feito. Inquérito não desmembrado. Questão de ordem resolvida no sentido da permanência, sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, de todas as pessoas denunciadas.

STF – Inquérito 2245, Relator ministro JOAQUIM BARBOSA, julgado em 06/12/2006, publicado em 09/11/2007, Tribunal Pleno

Superada a Questão de Ordem²⁸⁴ no referido Inquérito, houve o oferecimento de denúncia contra todos os quarenta réus, com a permanência da unificação da ação penal, cuja tramitação se manteve no Supremo Tribunal Federal.

Novamente foi suscitado o tema, dessa vez em Questão de Ordem²⁸⁵ na, já proposta, AP n° 470²⁸⁶, por parte do advogado Márcio Thomaz Bastos, em nome do réu José Roberto Salgado, com a alegação de incompetência constitucional do Supremo Tribunal Federal para julgar réus que não tivessem a prerrogativa de foro do artigo 102, I, alíneas *b* e *c*, CRFB²⁸⁷.

Em seus respectivos votos, os Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ayres de Britto e Cármen Lúcia consideraram que a questão já teria sido discutida previamente. Barbosa²⁸⁸, ao negar o desmembramento, fundamentou seu entendimento no enunciado da Súmula n° 704²⁸⁹, do Supremo, e em diversos precedentes julgados nesse mesmo sentido. Peluso²⁹⁰, ademais, acrescentou que não deveria prosperar a alegação do advogado de defesa de que haveria novo enfoque no tema, capaz de ressuscitá-lo, estando ele, portanto, precluso.

Seguindo o mesmo posicionamento, a Ministra Rosa Weber²⁹¹ citou diversas oportunidades em que o tema fora debatido:

(...) em 6 de dezembro de 2005 em questão de ordem, ainda no Inquérito n° 2.245, quando deliberado pelo desmembramento apenas parcial, mantida, na prática, a maioria dos investigados e mantidos, também, os fatos criminosos como objeto do feito. A questão voltou a ser apreciada no 3° Agravo Regimental, já na ação penal,

²⁸⁴ BRASIL, op. cit., nota 281.

²⁸⁵ Id., op. cit., nota 253, p. 46-164.

²⁸⁶ Ibid.

²⁸⁷ BRASIL, op. cit., 36.

²⁸⁸ Id., op. cit., nota 253, Voto Min. Joaquim Barbosa, p. 52.

²⁸⁹ Id. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 704*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2645>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

²⁹⁰ Id., op. cit., nota 253, Voto Min. Cezar Peluso, p. 120.

²⁹¹ Ibid., Voto Min. Rosa Weber, p. 109.

em 12 de agosto de 2010, e ainda no 11º Agravo Regimental da ação penal, em 7 de outubro de 2010. A decisão indeferitória foi unânime nessas duas oportunidades. Senhor Presidente, com todo respeito aos sempre doutos entendimentos contrários, o processo é uma marcha no tempo. Há um instituto que aqui se opera, o da preclusão.

Ao tentar simplificar a questão, o Ministro Dias Toffoli afirmou que, para a solução desse e de outros casos semelhantes, deveria ser feita mera análise de existência de conexão. Em caso positivo, a causa seria mantida no STF; em caso negativo, seria feito o desmembramento. Toffoli, ainda, mencionou o já citado RHC nº 79.785²⁹² e a sua aplicação à hipótese, enfatizando expressamente a seguinte parte da ementa do precedente:

I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

(...)

3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior".

4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação.

II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas.

1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional.

2. Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b).

RHC 79785, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2000, DJ 22-11-2002

²⁹² BRASIL, op. cit., nota 50.

Concordando com a unificação do processamento, o Ministro Luiz Fux²⁹³ sustentou que inexistia vedação na Constituição²⁹⁴ para o julgamento conjunto de causas conexas em que uma delas seja de competência originária do STF. Assim, sustentou que a regra seria o julgamento simultâneo, sob pena de violação ao princípio da duração razoável do processo, caso houvesse transferência dos processos dos réus que não detêm foro privilegiado para a instância inferior.

Além desses argumentos, o Ministro Gilmar Mendes²⁹⁵ defendeu a existência de competências implícitas do Supremo Tribunal Federal, não sendo possível, assim, basear o desmembramento do processo no fato de ser a competência originária do STF estrita. Nesse sentido, citou, como exemplo, o julgamento de mandado de segurança contra ato de comissão parlamentar de inquérito, que deve ser feito pela Suprema Corte, apesar de não haver expressamente tal competência em nenhuma norma legal ou constitucional.

Outro embasamento utilizado para negar o desmembramento foi a ausência de caráter absoluto do princípio do duplo grau de jurisdição, sustentada pelo Ministro Celso de Melo²⁹⁶. Segundo ele, ainda que esteja previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos²⁹⁷, tratado incorporado no ordenamento interno brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil²⁹⁸ estabelece exceções a essa garantia, nos termos da seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, PARÁGRAFOS 1º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA E DEVE SE COMPATIBILIZAR COM AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(...)

2. A Emenda Constitucional 45/04 atribuiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados na forma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, hierarquia constitucional.

3. Contudo, não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no

²⁹³ Id. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF. Plenário do STF nega desmembramento da AP nº 470*. Disponível em: <<http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=213822>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

²⁹⁴ BRASIL, op. cit., nota 36.

²⁹⁵ Id., op. cit., nota 253, Voto Gilmar Mendes, p. 126.

²⁹⁶ Ibid., Voto Celso de Melo, pp. 150-151.

²⁹⁷ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

²⁹⁸ BRASIL, op. cit., nota 36.

direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta.

4. A própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição. Não procede, assim, a tese de que a Emenda Constitucional 45/04 introduziu na Constituição uma nova modalidade de recurso inominado, de modo a conferir eficácia ao duplo grau de jurisdição.

5. Alegação de violação ao princípio da igualdade que se repele porque o agravante, na condição de magistrado, possui foro por prerrogativa de função e, por conseguinte, não pode ser equiparado aos demais cidadãos. O agravante foi julgado por 14 Desembargadores Federais que integram a Corte Especial do Tribunal Regional Federal e fez uso de rito processual que oferece possibilidade de defesa preliminar ao recebimento da denúncia, o que não ocorre, de regra, no rito comum ordinário a que são submetidas as demais pessoas.

6. Agravo regimental improvido.

AI 601832 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 17/03/2009

Embora os nove Ministros citados tenham votado pelo não desmembramento do processo, com a manutenção do julgamento unificado da Ação Penal nº 470²⁹⁹ no STF, os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski defenderam que a solução mais adequada para a hipótese seria desmembrar os processos, de modo a remeter as causas referentes a réus não detentores de foro por prerrogativa de função à instância inferior.

O Ministro Marco Aurélio³⁰⁰ criticou a variação de entendimento do Supremo em caso semelhante, denominado “Mensalinho”, situação na qual houve o desmembramento. Assim, afirmou:

O processo, para mim, não tem capa. O Supremo tem um compromisso maior – e aqui estou praticamente usando o microfone, parafraseando o ministro Néri da Silveira – com princípios. Não lhe cabe – por não haver um órgão acima para corrigir as respectivas decisões – estabelecer, conforme este ou aquele caso, o critério de plantão. Quanto mais escassa a possibilidade de revisão da decisão, maior deve ser o apego ao Direito posto, ao Direito subordinante.

Esse entendimento foi acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que defendeu a excepcionalidade³⁰¹ da competência por prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual a sua extensão a hipóteses não estabelecidas na Constituição³⁰² configuraria, além de violação ao princípio do juiz natural, desrespeito ao

²⁹⁹ Id., op. cit., nota 253.

³⁰⁰ Ibid., Voto Min. Marco Aurélio, p. 133-134.

³⁰¹ Ibid., Voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 61.

³⁰² BRASIL, op. cit., nota 36.

princípio do duplo grau de jurisdição³⁰³. Sobre esse aspecto, ao destacar a supralegalidade das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos³⁰⁴, afirmou³⁰⁵:

(...) não vejo como seja possível admitir-se que a interpretação de normas infraconstitucionais, notadamente daquelas que integram Código de Processo Penal - instrumento cuja finalidade última é proteger o *jus libertatis* do acusado diante do *jus puniendi* estatal -, derogue a competência constitucional estrita fixada pela Carta Magna aos diversos órgãos judicantes e, mais, permita malferir o princípio do duplo grau de jurisdição, nela abrigado e mais uma vez acolhido, de livre e espontânea vontade, pelo Brasil, após a promulgação daquela, quando aderiu sem reservas ao Pacto de San José da Costa Rica.

No entanto, como visto, não foi esse o posicionamento que prevaleceu na Corte Suprema. Assim, apesar de se tratar de questão não consolidada, entendeu-se, nesse caso específico que envolvia políticos e cidadãos da alta sociedade, pela impossibilidade de desmembramento do processo, de modo que todos os réus fossem julgados, conjuntamente, pelo Supremo Tribunal Federal.

3.2. Precedente da Corte Interamericana sobre a aplicação da garantia do duplo grau (Caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”)

A questão acerca da garantia do duplo grau de jurisdição também já foi debatida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do paradigmático Caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”³⁰⁶, em 17 de novembro de 2009.

O mencionado caso, levado à Corte Interamericana pela CIDH em 31 de outubro de 2008, refere-se à ação penal proposta perante a Corte Suprema de Justiça Venezuelana, por meio da qual o senhor Oscar Enrique Barreto Leiva foi condenado a um ano e dois meses de prisão por crimes contra o patrimônio público, como consequência de sua gestão, no ano de 1989, como Diretor Geral Setorial de Administração e Serviços do Ministério da Secretaria da Presidência da República.

³⁰³ Id., op. cit., nota 253, Voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 84

³⁰⁴ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

³⁰⁵ BRASIL, op. cit., nota 253, Voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 88.

³⁰⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Sentencia de 17 de Noviembre de 2009. Serie C n. 206*, Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017.

Dentre as diversas alegações de violação a disposições do Pacto de São José da Costa Rica³⁰⁷ no julgamento de Barreto Leiva, a Comissão enumerou o desrespeito dos direitos de ser julgado por tribunal competente e de recorrer da sentença condenatória, tendo em vista que a Corte Suprema de Justiça foi o tribunal responsável pelo julgamento, em única instância, de réu que não possuía foro por prerrogativa de função.

Em 14 de março de 2009, o Estado Venezuelano apresentou contestação, na qual sustentou que o motivo pelo qual o senhor Barreto Leiva teria sido julgado pela Corte Suprema foi o princípio da conexão, não tendo esse fato representado violação ao devido processo ou ao direito de ser julgado por seu juiz natural. Acrescentou que teriam sido, inclusive, concedidas maiores garantias processuais, em razão da máxima instância judicial³⁰⁸.

No julgamento do caso, pela Corte Interamericana, entendeu-se que houve desrespeito ao duplo grau de jurisdição, garantia consagrada no art. 8.2, h³⁰⁹, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos³¹⁰, pelo fato de não ter sido oportunizada ao réu o direito de apelar para um tribunal superior, uma vez que sua condenação foi feita em única instância, pela Suprema Corte Venezuelana.

De acordo com a Corte Interamericana³¹¹, a impugnação da decisão judicial pelo réu tem como objetivo garantir a proteção ao direito de defesa. Isso porque, com a interposição de um recurso, é possível evitar que uma decisão tomada com base em um “procedimento viciado e que contém erros que ocasionarão um prejuízo indevido aos interesses do indivíduo submetido à justiça” se torne definitiva.

A Corte Internacional acrescentou³¹², ainda, que a margem de apreciação conferida aos Estados para regular o exercício do recurso não poderia configurar restrições violadoras da própria essência do direito de recorrer da decisão.

Assim, destacou³¹³ que, a princípio, não haveria incompatibilidade dos foros especiais com a Convenção Americana³¹⁴, desde que nesses casos também fosse permitida ao indivíduo

³⁰⁷ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

³⁰⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 306, parágrafo 5º.

³⁰⁹ Artigo 8. 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: h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. COSTA RICA, op. cit., nota 1.

³¹⁰ Ibid.

³¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 306.

³¹² Ibid., parágrafo 90.

³¹³ Ibid.

³¹⁴ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

a possibilidade de recorrer da decisão condenatória. Para viabilizar o duplo grau de jurisdição nessas hipóteses, sugeriu, então, como exemplo, que o julgamento em primeira instância estivesse a cargo do Presidente ou de uma Câmara do órgão colegiado superior e o conhecimento da impugnação fosse atribuído ao Plenário deste órgão, excluindo-se os magistrados que já houvessem se pronunciado a respeito do caso.

Ademais, a Corte Internacional enfatizou que o motivo pelo qual o senhor Barreto Leiva não pôde impugnar a sua sentença condenatória foi a aplicação da conexão, com a consequente união do julgamento de vários réus no mesmo tribunal. Nesse sentido, ressaltou³¹⁵ que, embora a regra da conexão seja “admissível em si mesma”, ela “trouxe consigo a inadmissível consequência de privar o sentenciado do recurso previsto no art. 8.2.h da Convenção”.

Por fim, o Estado Venezuelano foi condenado a oferecer³¹⁶ ao senhor Barreto Leiva a possibilidade de recorrer de sua sentença, bem como a adequar³¹⁷, dentro de um prazo razoável, o seu ordenamento jurídico interno, “de tal forma que garanta o direito a recorrer das decisões condenatórias, em conformidade com o art. 8.2.h da Convenção³¹⁸, a toda pessoa julgada por um ilícito penal, inclusive àquelas que gozem de foro especial.”

3.3. A possibilidade de condenação do Brasil pela Corte Interamericana em virtude da violação ao duplo grau de jurisdição

Como destaca Mazzuoli³¹⁹, mostra-se incontroversa a similitude entre o Caso Barreto Leiva vs. Venezuela³²⁰, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, e a Ação Penal nº 470/MG³²¹, conhecida como “Caso Mensalão” e julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Em ambos, foi discutida a questão da violação do princípio do duplo grau de jurisdição, ao permitir a reunião de processos para julgamento conjunto de corréus que não

³¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 306, parágrafo 91.

³¹⁶ Ibid., parágrafo 128.

³¹⁷ Ibid., parágrafo 134.

³¹⁸ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

³¹⁹ MAZZUOLI, op. cit., p. 839.

³²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 306.

³²¹ BRASIL, op. cit., nota 253.

detinham o foro privilegiado por prerrogativa de função, na Corte Suprema. A esses casos semelhantes, no entanto, foram conferidos entendimentos diversos.

Por um lado, a Corte Interamericana entendeu inexistir exceções à garantia do duplo grau, sendo ela garantida, inclusive, aos detentores do foro privilegiado, de modo que a todo indivíduo deve ser assegurado o direito de recorrer a tribunal superior. Assim, condenou o Estado da Venezuela a adequar o seu ordenamento interno nesse sentido e a conceder o direito ao recurso ao senhor Barreto Leiva, que fora privado dessa garantia em virtude da aplicação da regra da conexão.

Por outro lado, o STF afirmou a ausência de violação ao duplo grau de jurisdição na mesma hipótese, ou seja, na situação em que réus não detentores de foro especial são julgados de forma conjunta com outros que o detêm, pela Corte Suprema. Assim, verifica-se evidente o desrespeito ao entendimento estabelecido pela Corte Interamericana no Caso Barreto Leiva vs. Venezuela³²² e ao artigo 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos³²³.

Ademais, ao se posicionar nesse sentido, o Supremo também adotou entendimento contraditório em relação ao que fora por ele consolidado no HC nº 88.420³²⁴ de 2007, acerca da prevalência da Convenção Americana de Direitos Humanos³²⁵ em detrimento do Código de Processo Penal³²⁶, e posteriormente, no RE nº 466.343³²⁷ de 2008, quanto à suprallegalidade dos tratados internacionais.

Dessa forma, segundo Mazzuoli³²⁸, “quando tal incongruência ocorre no plano do direito interno, e tratando-se de questão afeta a direitos humanos, cabe à Corte Interamericana de Direitos Humanos dar a última palavra, harmonizando a aplicação da Convenção Americana³²⁹ no Estado em causa”.

Por esse motivo, tendo em vista a omissão ou o equívoco do Supremo Tribunal Federal na realização do controle de convencionalidade de dispositivos legais do ordenamento interno, no que se refere às regras de conexão dispostas no Código de Processo Penal³³⁰,

³²² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 306.

³²³ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

³²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 88.420*, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=463472>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

³²⁵ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

³²⁶ BRASIL, op. cit., nota 152.

³²⁷ Id., op. cit., nota 85.

³²⁸ MAZZUOLI, op., cit., p. 844.

³²⁹ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

³³⁰ BRASIL, op. cit., nota 152.

admite-se a análise do tema pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Nesse sentido, inclusive, destacou³³¹ o Ministro Celso de Mello, em seu voto na Ação Penal nº 470³³², que:

Nada impedirá, contudo, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sediada em Washington, D.C., esgotada a jurisdição doméstica (ou interna) e atendidas as demais condições estipuladas no Artigo 46 e nos Artigos 48 a 51 do Pacto de São José, submeta o caso à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em ordem a permitir que esta exerça o controle de convencionalidade.

Nessa esteira, considerando-se a inexistência de qualquer reserva feita pelo Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica³³³, quando da sua ratificação, entende-se pela sua submissão integral ao referido tratado, de acordo com o que prevê o art. 5º, §2º, da Constituição da República Federativa do Brasil³³⁴. Assim, não há falar em qualquer violação constitucional à sujeição do país a processo internacional relativo à proteção de direitos humanos, ajuizado perante um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, reconhecido pelo Estado Brasileiro. Ao contrário, existe previsão expressa no art. 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias³³⁵ estabelecendo que “o Brasil propugnará pela formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos”.

Reconhecida, assim, a possibilidade do exercício de controle da convencionalidade de leis internas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos de omissão ou equívoco do Supremo nessa atuação, admite-se que, esgotada a competência da justiça brasileira, seja proposta queixa contra o Brasil à Comissão e que, posteriormente, essa venha a submeter o caso à Corte, caso assim entenda.

Dessa forma, em 2014, três réus condenados na Ação Penal nº 470³³⁶, Kátia Rabello, José Roberto Salgado e Vinícius Samarane, apresentaram, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, denúncia³³⁷ de violação ao Pacto de São José da Costa Rica³³⁸ pelo Estado

³³¹ Id., op. cit., nota 253, Voto Min. Celso de Mello, p. 569-570.

³³² Ibid.

³³³ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

³³⁴ BRASIL, op. cit., nota 36.

³³⁵ Id. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct> Acesso em 15, abr., 2018.

³³⁶ Id., op. cit., nota 253.

³³⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Denúncia de violação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/denuncia-ap-470-cidh.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

³³⁸ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

Brasileiro. Em sua petição, alegaram o desrespeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, estabelecido pelo art. 8º, 2, h, da CADH³³⁹, sob o fundamento de que:

(...) constata-se que em todas as hipóteses mencionadas nas alíneas b e c, do inciso I, do artigo 102, da Carta Magna, os acusados eventualmente condenados não poderão recorrer, justamente porque julgados pelo órgão máximo do Judiciário brasileiro. Logo, terão suprimido o seu direito ao duplo grau de jurisdição. A própria legislação brasileira prevê, portanto, hipóteses de violação direta ao princípio do duplo grau de jurisdição, direito garantido a todo e qualquer acusado pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Porém, a situação se apresenta ainda mais grave para aqueles acusados que, como as vítimas da presente denúncia, são processados e julgados perante um foro privilegiado sem deter qualquer cargo ou função pública. Carregam consigo o ônus de ter o seu direito ao duplo grau de jurisdição suprimido sem que haja qualquer condição própria que “justifique” tamanha violação.

Essa também foi uma das ponderações feitas pelo Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto³⁴⁰ no “Caso Mensalão”³⁴¹, a favor do desmembramento do processo, no qual, porém, foi vencido:

Preocupa-me, por fim, o fato de que, se este Supremo Tribunal persistir no julgamento único e final de réus sem prerrogativa de foro, ele estará, segundo penso, negando vigência ao mencionado art. 8º, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica, que lhes garante, sem qualquer restrição, o direito de recorrer, no caso de eventual condenação, a uma instância superior, insistência essa que poderá ensejar eventual reclamação perante a Comissão ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A análise do referido caso apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos se encontra pendente, porém, como já mencionado, o precedente da Corte Interamericana do “Caso Barreto Leiva”³⁴² se mostra idêntico ao “Caso Mensalão”³⁴³. Assim, mantida a coerência em seu entendimento, deve-se esperar que o Estado Brasileiro seja condenado a realizar novo julgamento dos réus da Ação Penal nº 470³⁴⁴ e a adequar sua legislação interna, em observância ao princípio do duplo grau de jurisdição, de acordo com os termos da condenação do Estado Venezuelano, no julgado citado.

³³⁹ Ibid.

³⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 253, p. 92.

³⁴¹ Ibid.

³⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., nota 306.

³⁴³ BRASIL, op. cit., nota 253.

³⁴⁴ Ibid.

4. O CONFLITO ENTRE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – O CASO DO HC Nº 126.292, DE 2016, E O ENTENDIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Proferida uma sentença penal condenatória, não se admite, desde logo, sua execução, tendo em vista a possibilidade de que ela seja modificada em virtude da eventual interposição de recursos pelas partes. Discute-se, assim, até que momento seria necessário aguardar para executar uma pena privativa de liberdade. Bastaria a confirmação da sentença penal pela segunda instância, ainda que pendente o julgamento de recursos extraordinários, ou seria necessário o trânsito em julgado?

Nesse cenário, analisa-se a questão da possibilidade ou não de se admitir a execução provisória da pena, ou seja, anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, no ordenamento jurídico brasileiro.

Considerando o teor do art. 5º, LVII³⁴⁵, da CRFB³⁴⁶ – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” –, haveria a necessidade do trânsito em julgado para determinar a prisão pena do acusado.

Essa, cumpre esclarecer, não se confunde com a prisão processual – atualmente dividida em três espécies, quais sejam, prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva –, que deve ser vista como medida cautelar, e não sanção punitiva estatal.

Em 2009, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078³⁴⁷, pela primeira vez, o Plenário do Supremo Tribunal Federal se reuniu para decidir a questão e entendeu pela inadmissibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, uma vez que determinar a prisão pena antes do trânsito em julgado configuraria violação ao princípio da presunção de inocência.

A referida garantia, além de ser assegurada pela Carta Magna³⁴⁸, como visto, também encontra previsão em diversos diplomas internacionais, inclusive na Convenção Americana

³⁴⁵ Pela redação do mencionado dispositivo, entende-se que foi assegurado o princípio da presunção de inocência no ordenamento constitucional do Brasil.

³⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 36.

³⁴⁷ Id. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 25 mai. 2018.

³⁴⁸ Id., op. cit., nota 36.

sobre Direitos Humanos³⁴⁹. Trata-se de direito fundamental diretamente ligado aos conceitos de devido processo legal e de dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, nas palavras do Ministro Celso de Mello³⁵⁰:

A necessária observância da (referida) cláusula constitucional inerente ao *due process of law* representa, de um lado (...), fator de proteção aos direitos daquele que sofre a persecução penal e traduz, de outro, requisito de legitimação da própria imposição de medidas restritivas de direitos ou de sanções privativas de liberdade.

Apesar da clareza da redação do art. 5º, LVII, CRFB³⁵¹, no HC nº 126.292³⁵², de 2016, os Ministros do STF optaram por alterar a jurisprudência consolidada pelo Tribunal até então, em nítida afronta a garantias fundamentais, e estabeleceram que a imediata expedição do mandado de prisão com a condenação em segunda instância não violaria a presunção de inocência.

Ao analisar o alcance desse princípio estabelecido na Constituição³⁵³ e no Pacto de São José da Costa Rica³⁵⁴ e destacar a evolução do entendimento jurisprudencial quanto à execução provisória da pena, coroada pela tese adotada no HC nº 84.078³⁵⁵, de 2009, é possível compreender o retrocesso do entendimento seguido pelo Supremo Tribunal Federal, em 2016, no HC nº 126.292³⁵⁶.

4.1. O histórico da jurisprudência brasileira acerca da execução provisória da pena

Antes do advento da Constituição da República Federativa do Brasil³⁵⁷ de 1988, não havia consenso jurisprudencial a respeito da possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade. No entanto, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 59.757³⁵⁸, a Primeira

³⁴⁹ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

³⁵⁰ BRASIL, op., cit., nota 347, Voto Min. Celso de Mello, p. 66.

³⁵¹ Id., op. cit., nota 36.

³⁵² Id., op. cit., nota 254, p. 32.

³⁵³ Id., op. cit., nota 36.

³⁵⁴ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

³⁵⁵ BRASIL, op. cit., nota 347.

³⁵⁶ Id., op. cit., nota 254.

³⁵⁷ Id., op. cit., nota 36.

³⁵⁸ Id. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 59.757. Rel. Min. Soares Muñoz. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=67048>>. Acesso em 24 mai. 2018.

Turma do Supremo Tribunal Federal, em 1982, definiu que o “Recurso Extraordinário não importa a suspensão dos efeitos da sentença condenatória”, nos termos da seguinte ementa:

O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo relativamente à execução da pena imposta em sentença criminal. A regularização da duração da reprimenda, para ser atendida em "habeas corpus", pressupõe comprovada inequivocamente a irregularidade ou ilegalidade, pois, de regra, constitui incidente inerente à execução da competência do respectivo juiz de primeiro grau. "Habeas corpus" indeferido.

Ausente tese consolidada quanto ao tema, a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade permaneceu, no entanto, como orientação predominante na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da atual Constituição³⁵⁹. Nesse cenário, a Suprema Corte, no julgamento do HC 68.726³⁶⁰, realizado em 28 de junho de 1991, assentou que a presunção de inocência não impediria a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, houvesse confirmado a sentença penal condenatória recorrível:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido.

Nesse sentido, em 2002, o STJ editou o enunciado da Súmula nº 267³⁶¹, cujo texto prevê que “a interposição de recurso sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão”, mantendo-se, assim, a tese da admissibilidade da execução provisória da pena.

Da mesma maneira, tendo em vista a ausência de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário, destaca-se o julgamento, no mesmo ano, do HC nº 82.490/RN³⁶²,

³⁵⁹ Id., op. cit., nota 36.

³⁶⁰ Id. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 68.726*. Rel. Min. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

³⁶¹ Id. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 267*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula267.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2018.

³⁶² Id. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 82.490*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79070>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

pela Primeira Turma do Supremo, ao estabelecer a possibilidade de execução da pena antes mesmo do trânsito em julgado, sem que houvesse ofensa ao princípio da inocência:

Presunção de não culpabilidade.

I. Execução penal provisória e presunção de não culpabilidade. A jurisprudência assente do Tribunal é no sentido de que a presunção constitucional de não culpabilidade - que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados - não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário: aplicação da orientação majoritária, com ressalva da firme convicção em contrário do relator.

II. Jurisprudência e coerência: legitimidade da observância da jurisprudência sedimentada, não obstante a convicção pessoal em contrário do juiz. A crítica ao relator que aplica a jurisprudência do Tribunal, com ressalva de sua firme convicção pessoal em contrário trai a confusão recorrente entre os tribunais e as academias: é próprio das últimas a eternização das controvérsias; a Justiça, contudo, é um serviço público, em favor de cuja eficiência -- sobretudo em tempos de congestionamento, como o que vivemos --, a convicção vencida tem muitas vezes de ceder a vez ao imperativo de poupar o pouco tempo disponível para as questões ainda à espera de solução.

Cumpram ressaltar, no entanto, que foram proferidos acórdãos em sentido contrário³⁶³, até porque o tema não tinha sido consolidado e nem sido objeto de controle concentrado de constitucionalidade³⁶⁴, razão pela qual as decisões sobre o tema, mesmo que adotadas pelo STF, não teriam efeito vinculante para os demais órgãos.

Em 2009, no julgamento do HC nº 84.078³⁶⁵, o Pleno da Suprema Corte se reuniu ineditamente para resolver eventual divergência sobre o assunto. Nessa ocasião, determinaram a alteração à tradicional – mas não unânime – jurisprudência prevalente até então, e consolidaram, por maioria de sete votos a quatro³⁶⁶, a impossibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado, por violação aos princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

(...)

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

³⁶³ HC nº 90.229-4/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 04/12/2007; HC nº 84.029-9/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26/06/2007.

³⁶⁴ Atualmente se encontram pendentes de julgamento de mérito as ADCs nº 43 e 44, que serão mencionadas posteriormente.

³⁶⁵ BRASIL, op. cit., nota 347.

³⁶⁶ Ficaram vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Grace, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

(...)

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.

Para sustentar a modificação do posicionamento que vinha sendo adotado pela Suprema Corte, o Ministro Gilmar Mendes³⁶⁷, em seu voto no referido julgado, baseou-se na existência da denominada mutação constitucional. Ao citar Perez Luño e Reale, destacou que apenas no momento da aplicação das regras de direito aos casos concretos são revelados “o sentido e alcance dos enunciados normativos”. Nesse sentido, concluiu o Ministro³⁶⁸ que:

No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma mutação normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas.

Justificou³⁶⁹, ainda, em resposta à preocupação manifestada pela Ministra Ellen Gracie³⁷⁰ quanto à alteração de uma jurisprudência tradicional e à conclusão pelo equívoco do posicionamento adotado durante vinte anos, que seria natural manter uma interpretação baseada em situação jurídica pré-existente, quando do advento de uma nova ordem constitucional.

Assim, considerou ser compreensível a permanência, durante certo tempo, do entendimento pela admissibilidade da execução provisória da pena, mesmo após a entrada em vigor da Constituição³⁷¹ de 1988. Ressalta-se, no entanto, que esse fato não afastaria a necessidade de rever a referida tese e adaptá-la às atuais circunstâncias sociais.

³⁶⁷ BRASIL, op. cit., nota 347, Voto Gilmar Mendes, p. 156.

³⁶⁸ Ibid., p. 157.

³⁶⁹ Ibid., p. 159.

³⁷⁰ BRASIL, Voto Ellen Gracie, p. 120.

³⁷¹ Id., op. cit., nota 36.

O Ministro Celso de Mello³⁷², por sua vez, destacou a clareza da previsão constitucional do art. 5º, LVII, CRFB³⁷³, ao exigir o trânsito em julgado para a execução da pena privativa de liberdade. Nesse sentido, pontuou que não seria possível enfraquecer o princípio da presunção de inocência, ao longo do curso processual e da consequente sucessão de graus de jurisdição:

(...) a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer - repita-se - com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República. Vê-se, daí, que a presunção de inocência atua como verdadeiro obstáculo constitucional a decisões estatais que possam afetar o exercício de direitos básicos, como o direito à liberdade e o direito de participação política na gestão dos negócios públicos e na condução das atividades governamentais.

Deve ser enfatizada, ainda, a importância da ressalva feita pelo Ministro Eros Grau, em seu voto. Para ele, embora o art. 637, do Código de Processo Penal³⁷⁴ de 1941, estabeleça que “o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”, há disposição em sentido diverso na Lei de Execução Penal³⁷⁵ e na CRFB³⁷⁶.

A LEP³⁷⁷ condiciona a execução tanto da pena privativa de liberdade quanto da restritiva de direitos ao trânsito em julgado, nos termos de seus artigos 105 e 147. Do mesmo modo, o dispositivo constitucional do art. 5º, LVII, CRFB³⁷⁸ estabelece a impossibilidade de se considerar culpado qualquer indivíduo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim, concluiu o Ministro³⁷⁹ que “os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/84³⁸⁰, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP³⁸¹”.

³⁷² Id., op. cit., nota 347, Voto Celso de Mello, p. 73.

³⁷³ Id., op. cit., nota 36.

³⁷⁴ Id., op. cit., nota 152.

³⁷⁵ Id., op. cit., nota 241.

³⁷⁶ Id., op. cit., nota 36.

³⁷⁷ Id., op. cit., nota 241.

³⁷⁸ Id., op. cit., nota 36.

³⁷⁹ Id., op. cit., nota 347, Voto Eros Grau, p. 8.

³⁸⁰ Id., op. cit., nota 241.

³⁸¹ Id., op. cit., nota 152.

O Ministro Carlos Britto também sustentou a necessidade de revisão do entendimento ultrapassado adotado pela Corte. Para tanto, ressaltou³⁸² a importância dada à liberdade de locomoção como um dos principais direitos individuais, inclusive pela precedência do *habeas corpus* em relação a outros remédios constitucionais. Ademais, destacou³⁸³ a dimensão quádrupla da irreparabilidade do dano decorrente da prisão corporal, consubstanciada no abalo psíquico do preso, no desprestígio familiar e social e na desqualificação profissional.

Além disso, o Ministro afirmou³⁸⁴ que o rol taxativo do art. 5º, XXI, CRFB³⁸⁵, que relativiza o princípio da presunção de inocência, traz somente as hipóteses de prisão em flagrante delito e daquelas decorrentes de ordem escrita e fundamentada e de transgressão militar, não dispondo acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade, motivo pelo qual ela não poderia ser admitida.

Por fim, esclareceu³⁸⁶ duas questões essenciais: a diferença das esferas criminal e eleitoral, no que se refere à aplicação do princípio da presunção de inocência, e a permanência da possibilidade de se determinar a prisão cautelar do art. 312, CPP³⁸⁷, sempre que preenchidos os requisitos legais, ainda que se inadmita a execução provisória da pena privativa de liberdade.

No entanto, em fevereiro de 2016, o Plenário do Supremo reviu o seu posicionamento, de modo a permitir a expedição de mandado de prisão com a condenação em segunda instância. No julgamento do HC nº 126.292³⁸⁸, que consolidou essa mudança de tese, os Ministros entenderam, portanto, que a execução provisória da pena não ofenderia a presunção de inocência, de acordo com a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.
2. Habeas corpus denegado.

³⁸² Id., op. cit., nota 347, Voto Carlos Britto, p. 105.

³⁸³ Ibid., p. 106.

³⁸⁴ Ibid.

³⁸⁵ BRASIL, op. cit., nota 36.

³⁸⁶ Id., op. cit., nota 347, Voto Carlos Britto, p. 107-109.

³⁸⁷ Id., op. cit., nota 152.

³⁸⁸ Id., op. cit., nota 254.

Assim, desde a referida decisão, o Pleno da Suprema Corte passou a admitir a execução provisória de acórdão condenatório em segunda instância, mesmo que pendente recurso de natureza extraordinária, em nítido retrocesso ao seu entendimento anteriormente consolidado.

4.2. A extensão do princípio da presunção de inocência na Constituição Brasileira de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos

Para analisar o conflito existente entre o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da admissibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, mostra-se necessária a compreensão da extensão do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro.

Como esclarece Luiz Flávio Gomes³⁸⁹, existem dois sistemas mundiais que delimitam o momento em que a presunção de inocência deixa de existir: o “do trânsito em julgado” e o “do duplo grau de jurisdição”. O autor explica que:

No primeiro sistema, somente depois de esgotados “todos os recursos” (ordinários e extraordinários) é que a pena pode ser executada (salvo o caso de prisão preventiva, que ocorreria teoricamente em situações excepcionalíssimas). No segundo sistema a execução da pena exige dois julgamentos condenatórios feitos normalmente pelas instâncias ordinárias (1º e 2º graus). Nele há uma análise dupla dos fatos, das provas e do direito, leia-se, condenação imposta por uma instância e confirmada por outra.

De acordo com Gomes, mesmo que a maioria dos países ocidentais adote o segundo sistema, atualmente não há dúvidas de que o Brasil optou pelo primeiro, ao prever, no art. 5º, LVII, CRFB³⁹⁰, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

É de comum conhecimento que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³⁹¹, a Constituição Cidadã, erigiu a garantias fundamentais diversos direitos de ordem

³⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo*. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emenda-constitucional-resolveria-tudo>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

³⁹⁰ BRASIL, op. cit., nota 36.

³⁹¹ Ibid.

penal e processual penal, dentre os quais se inclui o princípio da presunção de inocência. A redação final do dispositivo constitucional supramencionado explicita o alcance dado a esse direito e revela uma opção mais garantista ou mais “completa tecnicamente”, nas palavras de Flavio Augusto Antunes³⁹², por parte do constituinte.

Isso porque, segundo o autor, em propostas anteriores da Comissão de Direitos e Garantias Individuais, cogitou-se estabelecer que apenas o “cidadão” estaria protegido pelo princípio da presunção de inocência, no entanto prevaleceu o termo “ninguém”, ampliando o sentido da norma. Em outra ocasião, chegaram a determinar que bastaria “declaração judicial” para considerar o acusado culpado e, do mesmo modo, optou-se, no final, por ampliar a garantia e estendê-la até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Trata-se, portanto, de clara opção constituinte, motivo pelo qual se mostra evidente a escolha feita pelo ordenamento constitucional brasileiro no que diz respeito ao momento em que um indivíduo deixa de ser protegido pelo princípio da presunção de inocência: o trânsito em julgado.

Para parte da doutrina brasileira, como Paulo Rangel³⁹³, entretanto, pela redação do art. 5º, LVII, CRFB³⁹⁴, não teria sido adotado tecnicamente o princípio da presunção de inocência, e sim o princípio da presunção de não culpabilidade.

Esse último conceito teve sua origem nos anos que antecederam aos regimes totalitários da primeira metade do século XX e buscava mitigar a ideia de presunção de inocência. Para Manzini³⁹⁵, autor italiano que desenvolveu o sentido de “princípio da presunção de não culpabilidade”, o magistrado carece de condições para atestar ou presumir a inocência de alguém, de modo que poderia, no máximo, afastar a pretensão da acusação de declará-lo culpado, sem que isso, no entanto, significasse sua inocência.

Isso revelaria apenas que os indícios colhidos pela investigação foram contraditados suficientemente pela defesa, afastando as premissas para uma condenação. Nesse sentido, segundo Manzini, caso a defesa lograsse êxito em afastar tais indícios ou, ao menos, deixasse o magistrado em dúvida com relação à sua existência, seria possível a declaração de “não

³⁹² ANTUNES, Flavio Augusto. *Presunção de inocência e direito penal do inimigo*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013, p. 62.

³⁹³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 25 ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2017, p. 24-25.

³⁹⁴ BRASIL, op. cit., nota 36.

³⁹⁵ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Trad. Santiago Sentis Melendo e Mariano Ayerra Redín. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1951.

culpabilidade”, que não seria sinônimo de “inocência”. Assim, “partia-se do princípio que as teses da acusação eram sustentáveis em si e, se não rebatidas, levavam à condenação”.

Havia, portanto, uma nítida inversão de valores e de incumbências das partes, em indubitável violação ao princípio da presunção de inocência, que foi totalmente desvirtuado na época.

Dessa forma, Rangel, ao defender a adoção do princípio da não culpabilidade pelo ordenamento constitucional de 1988, afirma que se, por um lado o acusado, até o trânsito em julgado, não pode ser considerado culpado, por outro, também não pode ser presumidamente inocente. Nesse sentido, sustenta que:

A Constituição não presume a culpa, mas declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art.5ºo, LVII). Em outras palavras, uma coisa é a certeza da culpa, outra, bem diferente, é a presunção da culpa. Ou, se preferirem, a certeza da inocência ou a presunção da inocência.

Deve-se ter em mente, porém, a quebra de paradigma que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³⁹⁶ trouxe, ao ser promulgada após um longo período de autoritarismo, imposto pela Ditadura Militar, já que um dos seus principais objetivos foi reconhecer e garantir direitos fundamentais aos cidadãos brasileiros.

Assim, ainda que se possa cogitar uma contradição entre a adoção de um regime de Estado Democrático de Direito, com o estabelecimento de um extenso rol de garantias fundamentais, e a opção pelo conceito totalitarista de “presunção de não culpabilidade”, trata-se apenas de uma incompatibilidade aparente. Nesse sentido, entende-se³⁹⁷ que:

A coerência emerge ao se perceber que o constituinte procurou elaborar o texto normativo com o que ele entendeu ser um melhor apuro técnico na linguagem. Cedeu aos argumentos ditos neutros da Escola Técnico-Jurídica italiana, contudo, em momento algum se afastou do conteúdo e de toda a extensão do preceito humanitário universal da “presunção de inocência”. Muito ao contrário, reafirmou-o e entendeu que a expressão “presunção de não culpabilidade” seria a melhor forma de proteger exatamente aquele princípio maior e mais tradicional.

³⁹⁶ BRASIL, op. cit., nota 36.

³⁹⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 215-216.

Para o Ministro Carlos Britto³⁹⁸, da mesma forma, a presunção de não culpabilidade, adotada pela Constituição Brasileira³⁹⁹, teria amplitude ainda maior do que a presunção de inocência:

Não foi por acaso que a Constituição preferiu presunção de não culpabilidade à presunção de inocência. (...) O indivíduo é inocente, não só até prova em contrário. Vai além disso. Para que ele deixe de ser inocente, é necessário que a prova seja validamente produzida em Juízo, debaixo do devido processo legal, a incorporar as garantias do contraditório e da ampla defesa e, afinal, acolhida, na sua robustez, por uma sentença penal que alcance essa fase última do trânsito em julgado. Tudo isso conjugadamente, para vitalizar o encarecido direito à presunção de não culpabilidade. Portanto, algo ainda mais robusto, mais forte do que a simples presunção de inocência.

Tal discussão, entretanto, enfraqueceu-se com a promulgação do Decreto nº 678/92⁴⁰⁰, que internalizou a Convenção Americana de Direitos Humanos⁴⁰¹, tendo em vista que seu artigo 8º, 2 expressamente prevê o princípio da presunção de inocência, ao dispor que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

De qualquer modo, atualmente, a doutrina majoritária sustenta a sinonímia entre as denominações presunção de inocência e de não culpabilidade. Nesse sentido, afirmam⁴⁰² Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró que “as expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo”.

Ainda que o Pacto de São José da Costa Rica⁴⁰³ não preveja o trânsito em julgado como marco temporal para afastar a presunção de inocência, “o direito internacional deixa que cada país regule o tema da sua maneira”, como esclarece Luiz Flávio Gomes⁴⁰⁴.

A única regra estabelecida pelos tratados internacionais de direitos humanos é que se presuma a inocência do acusado “enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa” (Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴⁰⁵), ou “enquanto a sua culpabilidade não

³⁹⁸ BRASIL, op. cit., nota 347, Voto Carlos Britto, p. 104-105.

³⁹⁹ Id., op. cit., nota 36.

⁴⁰⁰ Id., op. cit., nota 11.

⁴⁰¹ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

⁴⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES JÚNIOR, Aury. *Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória* (parecer). Consultante: Maria Cláudia de Seixas, 2016, p. 11, Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2018

⁴⁰³ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

⁴⁰⁴ GOMES, op. cit.

⁴⁰⁵ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

tiver sido legalmente provada” (Convenção Europeia de Direitos Humanos⁴⁰⁶) ou “até que sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida” (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁴⁰⁷).

Em tese, portanto, à luz dessas convenções internacionais, seria possível considerar que a culpa seria legalmente comprovada quando fosse estabelecida em decisão condenatória, ainda que sujeita à eventual impugnação por recurso, seja ordinário ou extraordinário. Isso porque não se identificou em nenhum desses tratados, inclusive na Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴⁰⁸, um dispositivo normativo específico que condicione o cumprimento da condenação penal ao trânsito em julgado da causa. Do mesmo modo, não há nenhum precedente do Tribunal Interamericano que sustente essa linha interpretativa.

Dessa maneira, em defesa da possibilidade de execução da pena privativa de liberdade, o ministro Menezes Direito⁴⁰⁹, em seu voto no HC nº 84.078⁴¹⁰, citou que “a prisão na pendência de recurso é admitida em sistemas de países reconhecidamente liberais, como, por exemplo, os Estados Unidos da América (Subseção “b” do § 3.582, D, Capítulo 227, Parte II, Título 18 do *US Code*⁴¹¹), o Canadá (arts. 679 e 816 do *Criminal Code*⁴¹²) e a França (art. 367 do *Code de Procédure Pénale*⁴¹³).”

A Convenção Americana⁴¹⁴, porém, como esclarecido, permite que seus países signatários disponham livremente a respeito do momento exato em que se deixará de presumir a inocência do acusado, desde que seja comprovada “legalmente sua culpa”. No Brasil, optou-se pelo trânsito em julgado, como marco temporal, nos termos do art. 5º, LVII, CRFB⁴¹⁵, razão pela qual não há falar em nenhuma contradição entre os diplomas constitucional e convencional.

⁴⁰⁶ ITÁLIA. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em 27. mai., 2018, p. 11.

⁴⁰⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, op. cit., nota 154.

⁴⁰⁸ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

⁴⁰⁹ BRASIL, op. cit., nota 347, Voto Menezes Direito, p. 57.

⁴¹⁰ Ibid.

⁴¹¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *US Code*. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

⁴¹² CANADÁ. *Criminal Code*. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

⁴¹³ FRANÇA. *Code de Procédure Pénale*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=29990101>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

⁴¹⁴ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

⁴¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 36.

Assim, diferente das Constituições dos Estados Unidos da América⁴¹⁶, do Canadá⁴¹⁷ e da França⁴¹⁸, é preciso verificar que a Constituição Brasileira de 1988⁴¹⁹ vai além na proteção da dignidade da pessoa humana e atrela a presunção de inocência ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nessa perspectiva, Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró⁴²⁰ ponderam que:

Não pode o STF, com a devida vênia e o máximo respeito, reinventar conceitos processuais assentados em – literalmente – séculos de estudo e discussão, bem como em milhares e milhares de páginas de doutrina. O STF é o guardião da Constituição, não seu dono e tampouco o criador do Direito Processual Penal ou de suas categorias jurídica. Há que se ter consciência disso, principalmente em tempos de decisionismo e ampliação dos espaços impróprios da discricionariedade judicial. É temerário admitir que o STF possa ‘criar’ um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. Trata-se de conceito assentado, como fonte e história.

Dessa forma, percebe-se que o alcance do princípio da presunção da inocência, determinado pelo ordenamento constitucional brasileiro, com o aval dos organismos interamericanos, é o maior possível, pois o acusado somente deixará de ser presumidamente inocente após o trânsito em julgado de sua condenação. Esse, por sua vez, de acordo com a sistemática brasileira, apenas ocorre com o julgamento de todos os recursos, inclusive os de caráter extraordinário.

4.3. O retrocesso do atual entendimento do STF acerca da admissibilidade da execução da pena com o acórdão condenatório em segunda instância (STF, HC nº 126.292 de 2016)

A partir de 2009, com o julgamento do HC nº 84.078⁴²¹, o Plenário do Supremo Tribunal passou a adotar a tese da impossibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, em respeito ao adequado alcance do princípio da presunção de inocência e à

⁴¹⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, op. cit., nota 411.

⁴¹⁷ CANADÁ, op. cit., nota 412.

⁴¹⁸ FRANÇA, op. cit., nota 413.

⁴¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 36.

⁴²⁰ BADARÓ; LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 17.

⁴²¹ BRASIL, op. cit., nota 347.

exigência constitucional de se aguardar o trânsito em julgado para determinar a prisão do condenado, como pena.

Em 2016, ao julgar o HC nº 126.292⁴²², entretanto, a Suprema Corte afetou novamente a questão ao Pleno, com o intuito de alterar a orientação jurisprudencial fixada. Embora o assunto parecesse pacificado, sobretudo com o advento da Lei nº 12.403/11⁴²³, que pôs fim à prisão decorrente de sentença condenatória recorrível e à prisão decorrente de pronúncia, o STF retrocedeu e voltou a adotar entendimento antes superado, sob a alegação de mutação constitucional.

Esse fundamento, como já mencionado, foi utilizado⁴²⁴ pelo Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no julgamento do HC nº 84.078⁴²⁵, quando houve a primeira alteração⁴²⁶ jurisprudencial sobre o tema e, de acordo com o Ministro Luís Barroso⁴²⁷, deveria ser aplicado novamente para retornar à tese anterior:

Na matéria aqui versada, houve uma primeira mutação constitucional em 2009, quando o STF alterou seu entendimento original sobre o momento a partir do qual era legítimo o início da execução da pena. Já agora encaminha-se para nova mudança, sob o impacto traumático da própria realidade que se criou após a primeira mudança de orientação.

Segundo Barroso, teriam sido produzidas três consequências muito negativas para o sistema de justiça criminal brasileiro com a impossibilidade de execução da pena após o julgamento em segunda instância: o “incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios”⁴²⁸, o reforço à “seletividade do sistema penal”⁴²⁹ e o agravamento do “descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”⁴³⁰. Assim, para o Ministro, esse novo cenário justificaria o retorno à jurisprudência que sustentava a admissibilidade da execução provisória da pena.

Cumprе esclarecer, porém, que não se pode pretender aplicar a mutação constitucional sempre que se deseje simplesmente alterar determinada interpretação de dispositivo da

⁴²² Id., op. cit., nota 254.

⁴²³ Id., *Lei nº 12.403/2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 27 mai. 2018.

⁴²⁴ Id., op. cit., nota 347, Voto Gilmar Mendes, p 154-158.

⁴²⁵ Ibid.

⁴²⁶ Ainda que não houvesse pronunciamento do Plenário sobre o tema e houvesse divergência de entendimentos, a tese majoritária no Supremo permitia a execução provisória da pena, como visto.

⁴²⁷ BRASIL, op. cit., nota 254, Voto Min. Luís Barroso, p. 32.

⁴²⁸ Ibid.

⁴²⁹ Ibid., p. 33.

⁴³⁰ Ibid., p. 34.

Constituição⁴³¹. É necessário que haja realmente uma nova realidade fática, o que, no caso, não ocorreu. Todas as três alegadas consequências da tese adotada no HC nº 84.078⁴³², destacadas pelo ministro Barroso, já existiam antes de 2009 e foram, inclusive, levadas em consideração quando do julgamento do referido *habeas corpus*. Nesse sentido, sustenta Lenio Streck⁴³³:

Parece evidente, também, que não houve mutação constitucional, porque é consabido que mutação apenas tem como consequência uma nova norma para um texto já existente. Só que a mutação, para ser mutação, tem uma condição: a de que a nova norma não seja, ela mesma, um novo texto.

Não há problema algum em realizar uma interpretação evolutiva do direito, pelo contrário, novas interpretações são extremamente recomendáveis para evitar a fossilização das normas e a aplicação de entendimentos anacrônicos, incompatíveis com as novas realidades. A questão, no entanto, envolve norma constitucional expressa e clara que estabelece o momento em que a presunção de inocência deve ser afastada: o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim, ainda que se entenda que haveria novo contexto fático que autorizasse mais uma vez a mutação constitucional, intrínseca a todo Estado Democrático de Direito, não seria possível que a nova interpretação, ao invés de provocar uma evolução, configurasse um retrocesso, já que a adoção da execução provisória da pena representa a fragilização de um direito fundamental.

Ademais, tal alteração jurisprudencial também representaria violação do sentido protetivo de convenções internacionais sobre direitos humanos. Nessa ótica, por mais que o Pacto de São José de Costa Rica⁴³⁴ seja omissivo quanto ao momento terminativo em que seria afastado o princípio da presunção de inocência, esse diploma não impede que outros condicionamentos jurídico-constitucionais sejam aplicados à eficácia da sentença penal condenatória, de acordo com a norma mais favorável ao indivíduo.

⁴³¹ BRASIL, op. cit., nota 36.

⁴³² Id., op. cit., nota 347.

⁴³³ STRECK, Lenio Luiz. *Opinião – uma ADC contra a decisão no HC nº 126.292 – sinuca de bico para o STF!*, Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 26 mai. 2018.

⁴³⁴ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

Esse é, inclusive, o norte hermenêutico positivado no artigo 29.b, da CADH⁴³⁵, segundo o qual nenhum dispositivo da Convenção⁴³⁶ deverá ser interpretado no sentido de “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados”.

A adoção do princípio *pro homine* pelo direito internacional dos direitos humanos confere prevalência à norma e à interpretação que promova a proteção mais ampla e efetiva à dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, “a vedação ao retrocesso poderá servir de balizamento para que as liberdades fundamentais individuais não sejam diminuídas, especialmente por quem detenha apenas o poder constituído”⁴³⁷. Dessa maneira, além de violar a Constituição Brasileira, o entendimento adotado no HC nº 126.292⁴³⁸, pelo Supremo Tribunal Federal, também afrontaria o espírito protetivo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴³⁹.

No que diz respeito à seletividade do sistema penal, alegada consequência da impossibilidade de execução provisória da pena, Barroso afirmou⁴⁴⁰ que se acaba por permitir às pessoas mais abastadas financeiramente, ainda que condenadas, o não cumprimento da pena ou a procrastinação da sua execução por mais de 20 anos. Assim, a atual população carcerária, que superlota as prisões brasileiras, seria, em grande parte, composta de indivíduos que teriam sido presos preventivos, de acordo com o art. 312, do CPP⁴⁴¹, e que não teriam condições de manter advogado para arcar com a interposição sucessiva de recursos.

Da mesma forma, o ministro Ricardo Lewandowski enfatiza⁴⁴² sua preocupação em relação ao número de presos preventivamente, no entanto, traz importante reflexão e defende posição contrária:

Eu também, respeitosamente, queria manifestar a minha perplexidade desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática, minha perplexidade diante do

⁴³⁵ Ibid.

⁴³⁶ Ibid.

⁴³⁷ VIEIRA, José Ribas; RESENE, Ranieri Lima. *Execução Provisória – Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>> . Acesso em: 25 mai. 18.

⁴³⁸ BRASIL, op. cit., nota 254.

⁴³⁹ COSTA RICA, op. cit., nota 1.

⁴⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 254, Voto Luís Roberto Barroso, p. 33-34.

⁴⁴¹ Id., op. cit., nota 154.

⁴⁴² Id., op. cit., nota 254, Voto Ricardo Lewandowski, p. 98.

fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. (...) Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétreia. Então isto, com todo o respeito, *data venia*, me causa a maior estranheza.

A lógica, portanto, não deve estar em converter o número de presos preventivos em presos condenados em segunda instância, mas sim em rever a banalização da decretação de prisões preventivas no Brasil.

Outra justificção apresentada pelo Ministro Barroso⁴⁴³ que não se mostra adequada é a de que a exigência de se aguardar o trânsito em julgado provocaria enfraquecimento demasiado da tutela e dos bens jurídicos protegidos pelo direito, bem como da confiança da sociedade na Justiça criminal, fortalecendo-se o paradigma de impunidade.

Isso porque, como bem sustentam⁴⁴⁴ Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró, o inegável conflito entre “tempo do direito” e “tempo social” não permite, por um lado, a imposição da dinâmica imediatista de uma justiça hiperacelerada, nem a demora injustificável e infundável dos cursos processuais, por outro. Esclarecem, portanto, não ser a execução antecipada da pena a solução do problema, de modo que:

A discussão sobre o paradoxo temporal é válida e complexa, mas que infelizmente está sendo reduzida e pseudo-solucionada com a possibilidade de execução antecipada da pena. É um efeito sedante apenas. A persistir nessa linha, continuaremos com uma demora imensa e crescente, agravada pelo fato de que muitos acusados – ainda presumidamente inocentes – pois não houve o trânsito em julgado exigido pela Constituição para que sê-lhes retirem a proteção – vão ter de suportar a demora presos, em um sistema carcerário medieval como o nosso.

Além disso, não se permite que a busca por um Judiciário eficiente promova restrições a direitos fundamentais, em uma clara inversão de valores. Nesse sentido, Maurício Zanoide de Moraes⁴⁴⁵ esclarece que:

Quando o juiz decide buscar tal eficiência, reduzindo as garantias constitucionais – no caso, a presunção de inocência – deixa de apontar as falhas do Legislativo e do Executivo em cumprirem seu “dever estatal de proteção” e seu dever de “organização e procedimento” para a efetivação dos direitos fundamentais. Por outro lado, também erra perante o sistema processual pois, ao invés de apontar suas falhas e os impositivos constitucionais que impõem a sua mudança, preferem um Código

⁴⁴³ Ibid., Voto Luís Roberto Barroso, p. 53.

⁴⁴⁴ BADARÓ; LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 37.

⁴⁴⁵ MORAES, op. cit., p. 454.

de Processo Penal desatualizado, ineficiente, despreparado para as necessidades do mundo atual e, principalmente, desconforme à presunção de inocência e a vários outros preceitos constitucionais.

Gilmar Mendes, após sua mudança de entendimento, também passou a identificar a necessidade de conferir credibilidade à justiça como argumento para a defesa da execução provisória da pena e lembrou que o Ministro Cezar Peluso, quando Presidente do Supremo Tribunal Federal, ofereceu proposta de Emenda Constitucional – conhecida como “PEC dos recursos” – para que o Brasil seguisse o modelo europeu de controle concentrado, em que há o trânsito em julgado com a decisão de segundo grau.

A esse respeito, o Ministro Marco Aurélio apresenta⁴⁴⁶ interessante contraponto, ao criticar eventual cabimento de Emenda Constitucional sobre o tema, na medida em que o artigo 60 da Constituição⁴⁴⁷ impõe limitações ao poder constituinte derivado em relação às cláusulas pétreas, dentre as quais se destacam as garantias fundamentais.

Outro argumento⁴⁴⁸ defendido por Barroso em seu voto é a diferença que deve ser feita entre o indivíduo ser considerado culpado e ser preso. Para ele, o fato de a presunção de inocência vigorar até o trânsito em julgado não impede que a prisão seja decretada antes desse momento, desde que ela decorra de uma decisão escrita e fundamentada expedida por autoridade judiciária, nos termos do art. 5º, LXI, da Constituição da República Federativa do Brasil⁴⁴⁹. Assim, segundo o ministro, “o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”.

Há, no entanto, nítido equívoco em seu entendimento, uma vez que o cumprimento da prisão como pena pressupõe a culpa, motivo pelo qual os incisos LVII e LXI devem ser interpretados de forma conjunta. Nesse sentido, o constituinte, ao mencionar a prisão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, certamente se refere à prisão cautelar ou à prisão pena decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, como também ocorre no art. 283 do Código de Processo Penal⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 254, Voto Marco Aurélio, p. 78.

⁴⁴⁷ Id., op. cit., nota 36.

⁴⁴⁸ Id., op. cit., nota 254, Voto Min. Luís Roberto Barroso, p. 35-36.

⁴⁴⁹ Id., op. cit., nota 36.

⁴⁵⁰ Id., op. cit., nota 152.

Ademais, deve-se⁴⁵¹ diferenciar os conceitos de “culpabilidade fática” e “culpabilidade normativa”. O primeiro, adotado pelos Estados Unidos, é “assentado no paradigma de controle social do delito”; já o segundo, estruturante do sistema brasileiro, “exige que somente se possa falar em (e tratar como) culpado, após o transcurso inteiro do processo penal e sua finalização com a imutabilidade da condenação”.

Desse modo, segundo⁴⁵² Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró:

[...] é errado afirmar-se que 'a culpa está provada' após a decisão de segundo grau. No nosso sistema, com o marco constitucional da presunção de inocência vinculada ao trânsito em julgado, é somente neste momento que se pode considerar 'estar provada a culpa'.

O Ministro Barroso prossegue em seu voto, ressaltando que a presunção de inocência é um princípio, e não uma norma, razão pela qual, caso haja eventual conflito com outro princípio, ela deve ser ponderada e pode ser restringida. Nas palavras de Barroso⁴⁵³, “tanto é assim que se admite a prisão cautelar (CPP⁴⁵⁴, art. 312) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado”. Seria necessário, porém, preservar o “núcleo essencial” dessa garantia fundamental, mas a execução provisória da pena não o atingiria.

Teori Zavascki sustentou⁴⁵⁵ semelhante entendimento e defendeu que a “pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade”. Argumentou o Ministro que o acusado teria sido tratado como inocente durante todo o curso processual ordinário criminal, com o respeito de direitos e garantias a ele inerentes. Assim, afirmou não ser “incompatível com a garantia constitucional autorizar, (...) ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias”.

De fato, conforme defendeu Barroso, trata-se de princípio que pode ser mitigado pela determinação de prisões cautelares. No entanto, como bem ressalta Odone Sanguiné⁴⁵⁶, tal exceção não pode ser comparada com a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado:

⁴⁵¹ BADARÓ; LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 20.

⁴⁵² Ibid.

⁴⁵³ BRASIL, op. cit., nota 254, Voto Mín. Luís Roberto Barroso, p. 39.

⁴⁵⁴ Id., op. cit., nota 152.

⁴⁵⁵ Id., op. cit., nota 254, Voto Teori Zavascki, p. 11.

⁴⁵⁶ SANGUINÉ apud BRASIL, op. cit., nota 347, Voto Gilmar Mendes, p. 146.

A contradição material consistente em impor uma pena antes de que se condene o processado somente pode prosperar formalmente mediante a consideração de tal privação de liberdade como uma medida cautelar, não como uma pena. A aporia pode ser resolvida somente se logarmos estabelecer o ponto de equilíbrio entre exigências opostas, e verificar a base da *ratio* em que a restrição da liberdade pessoal do imputado pode conciliar-se com o princípio da presunção de inocência, que *exclui* qualquer *identificação entre imputado e culpável antes da sentença de condenação definitiva*. Mas afirmada a compatibilidade entre a prisão provisória e a presunção de inocência, não se pode perder de vista aquele direito fundamental, que sempre resultará vulnerado quando a medida de privação de liberdade não responder a exigências cautelares, convertendo-se em uma pena antecipada.

Assim, impossível imaginar que haveria respeito a garantias fundamentais ao se admitir a execução provisória da pena privativa de liberdade, segundo afirmado por Zavascki, tendo em vista que o ordenamento constitucional brasileiro exige que a presunção de inocência se dê até o trânsito em julgado.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes⁴⁵⁷, em seu voto proferido no HC nº 84.078⁴⁵⁸, pontuou a incompatibilidade entre o princípio constitucional da presunção de inocência com qualquer antecipação de cumprimento da pena, na medida em que “o cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que sequer possui uma condenação definitiva contra si”.

Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró também defendem⁴⁵⁹ essa tese, uma vez que se mostra impossível tratar como inocente e, ao mesmo tempo, admitir a execução provisória da pena “despida de qualquer caráter cautelar (e aqui está a relativização admitida e demarcada da presunção de inocência, para os que simplesmente argumentaram em torno da inexistência de ‘direitos fundamentais absolutos’).”

Assim, ao analisar o mesmo princípio, percebe-se que ambos os Ministros chegaram a conclusões opostas. Enquanto Barroso, no HC nº 126.292⁴⁶⁰, entendeu que a execução provisória não atinge o “núcleo essencial” do princípio da presunção de inocência; Mendes, no HC nº 84.078⁴⁶¹, defendeu a total impossibilidade de se conciliar essa garantia e executar a pena privativa de liberdade sem o trânsito em julgado.

Ao admitir que a não culpabilidade também seja vista sob o aspecto de regra de tratamento do acusado, impede-se que a pessoa presumidamente inocente seja tratada de

⁴⁵⁷ Ibid., Voto Gilmar Mendes, p. 149.

⁴⁵⁸ Ibid.

⁴⁵⁹ BADARÓ; LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 10.

⁴⁶⁰ BRASIL, op. cit., nota 254.

⁴⁶¹ Id., op. cit., nota 347.

maneira equivalente a quem já foi condenado. Dessa forma, de acordo⁴⁶² com Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró, devem ser destacadas duas regras de tratamento do acusado relativas à liberdade:

(i) a impossibilidade de prisões automáticas no curso do processo, somente se admitindo medidas assecuratórias, de natureza cautelar, ante uma concreta demonstração de *periculum libertatis*; (ii) a vedação de qualquer forma de prisão enquanto espécie de cumprimento da pena, sendo vedada uma execução provisória contra aquele que ainda é inocente.

Assim, mostra-se equivocada a visão de Barroso quanto à não violação do “núcleo essencial” do princípio da presunção de inocência pela execução provisória de pena privativa de liberdade.

Deve-se salientar, entretanto, que Gilmar Mendes, no HC nº 84.078⁴⁶³, defendeu a impossibilidade de execução provisória, mas, no julgamento do *habeas corpus* de 2016, mudou seu entendimento acerca do tema. Tanto ele, quanto o Ministro Barroso trouxeram, como um dos fundamentos de seus votos nesse precedente, o enfraquecimento da presunção de inocência ao longo do curso processual.

Para Luís Roberto Barroso⁴⁶⁴:

na fase pré-processual, quando há mera apuração da prática de delitos, o peso a ser atribuído à presunção de inocência do investigado deve ser máximo, enquanto o peso dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal ainda é pequeno. Ao contrário, com a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, há sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal. É que, nessa hipótese, já há demonstração segura da responsabilidade penal do réu e necessariamente se tem por finalizada a apreciação de fatos e provas.

Do mesmo modo, Mendes afirma⁴⁶⁵ que o réu não deve ser tratado da mesma maneira durante todo o processo, pois “conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado”.

Cumprе relembrar que já foi feito importante esclarecimento a esse respeito, destacando-se o entendimento do Ministro Celso de Mello⁴⁶⁶ quanto à ausência de

⁴⁶² BADARÓ; LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 12.

⁴⁶³ BRASIL, op. cit., nota 347.

⁴⁶⁴ Id., op. cit., nota 254, Voto Luís Roberto Barroso, p. 41.

⁴⁶⁵ Ibid., Voto Gilmar Mendes, p. 72.

⁴⁶⁶ BRASIL, op. cit., nota 347, Voto Celso de Mello, p. 73.

esvaziamento do princípio no decorrer do processo judicial. A norma do art. 5º, LVII, CRFB⁴⁶⁷ é clara ao determinar o trânsito em julgado como momento terminativo da consideração de inocência ou não culpabilidade do indivíduo.

No que diz respeito à relatividade do princípio da presunção de inocência, Barroso sustenta⁴⁶⁸ ainda a necessidade de “aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente”. Dessa forma, segundo ele:

O sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas.

Assim, esclarece que, além da dimensão negativa do mencionado princípio, referente à vedação do excesso, haveria a dimensão positiva, relativa à vedação à proteção estatal insuficiente. Desse modo, segundo ele⁴⁶⁹, “a interpretação que interdita a prisão anterior ao trânsito em julgado tem representado uma proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas”.

Data máxima vênia, ainda que nenhum princípio constitucional seja absoluto e em eventual conflito entre disposições principiológicas deva ser utilizada a técnica da ponderação, o preceito do princípio da presunção de inocência é claro e taxativo no nosso ordenamento jurídico.

Assim, deve-se entender que, conforme esclarece o Ministro Marco Aurélio⁴⁷⁰, “onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional”. Da mesma forma ressalta⁴⁷¹ Ricardo Lewandowski:

Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*. E aqui nós estamos, evidentemente, *in claris*, e aí não podemos interpretar, *data venia*.

Barroso ainda fundamentou⁴⁷² seu voto invocando o argumento infraconstitucional da necessidade de se garantir a ordem pública. Ao citar o artigo 312, do Código de Processo

⁴⁶⁷ Id., op. cit., nota 36.

⁴⁶⁸ Id., op. cit., nota 254, Voto Luís Roberto Barroso, p. 41-42.

⁴⁶⁹ Ibid., p. 42.

⁴⁷⁰ Ibid., Voto Marco Aurélio, p. 78.

⁴⁷¹ Ibid., Voto Ricardo Lewandowski, p. 97.

⁴⁷² Ibid., Voto Luís Roberto Barroso, p. 44-45.

Penal⁴⁷³, destacou a hipótese de decretação da prisão preventiva pela garantia da ordem pública, que, segundo o Supremo, compreenderia o resguardo à integridade física do acusado, o impedimento da reiteração de práticas criminosas e a “exigência de assegurar a credibilidade das instituições públicas, notadamente do Poder Judiciário”. Assim, de acordo com o Ministro, “retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública”.

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que a “fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não inviabiliza a prisão cautelar”, nas palavras do Ministro Celso de Mello⁴⁷⁴. Dessa forma, uma vez preenchidos os requisitos legais para a prisão preventiva, ainda que antes do trânsito em julgado, ela poderia ser decretada para preservar a ordem pública.

Em segundo lugar, o impedimento de se executar a pena antes do trânsito em julgado não tem como intuito desrespeitar a credibilidade do Judiciário, mas tão somente conferir adequado alcance ao princípio constitucional da não culpabilidade.

Por fim, Barroso, ao criticar a eficiência do sistema de justiça criminal brasileiro, aponta⁴⁷⁵ a recomendação⁴⁷⁶ feita ao país pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos para “implementar reformas no sistema de recursos judiciais ou buscar outros mecanismos que permitam agilizar a conclusão dos processos no Poder Judiciário e o início da execução da sentença, a fim de evitar a impunidade dos responsáveis por atos de corrupção”.

Cumprе esclarecer, entretanto, que tal recomendação em nada se contradiz com a impossibilidade de execução provisória da pena, sobretudo se for levado em conta o espírito protetor de garantias fundamentais que fundamenta o Sistema Interamericano e as demais entidades de Direitos Humanos.

Dentre tantos argumentos, no entanto, os mais defendidos pelos Ministros, no julgamento do HC nº 126.292⁴⁷⁷, foram a impossibilidade de reanálise da matéria fática nos recursos extraordinários e a sua ausência de efeito suspensivo.

⁴⁷³ BRASIL, op. cit., nota 152.

⁴⁷⁴ Id., op. cit., nota 254, Voto Celso de Mello, p. 89.

⁴⁷⁵ Ibid., Voto Luís Roberto Barroso, p. 48.

⁴⁷⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Mecanismo de acompanhamento da implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção – Vigésima Reunião de Peritos – De 10 a 14 de setembro de 2012. Washington, DC.* Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_por.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2018.

⁴⁷⁷ BRASIL, op. cit., nota 254.

Destaca-se o voto de Teori Zavaski⁴⁷⁸, segundo o qual “os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória”. Conclui o Ministro:

Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

Com relação à inexistência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, prevista no Código de Processo Penal⁴⁷⁹, deve ser feita interpretação de acordo com dispositivos constitucionais, já que não se permite que normas infraconstitucionais violem o sentido da Carta Magna⁴⁸⁰. Assim, se há dispositivo constitucional que prevê o trânsito em julgado como marco final para considerar um indivíduo presumidamente inocente, de modo a conferir efeito suspensivo aos recursos extraordinários, não se pode admitir que leis disponham em sentido contrário. Assim, entendem⁴⁸¹ Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes:

Nessa linha de pensamento, pode-se afirmar, para o processo penal, que a interposição, pela defesa, do recurso extraordinário ou especial, e mesmo do agravo da decisão denegatória, obsta a eficácia imediata do título condenatório penal, ainda militando em favor do réu a presunção de não-culpabilidade, incompatível com a execução provisória da pena (ressalvados os casos de prisão cautelar). O efeito suspensivo dos recursos extraordinários, com relação à aplicação da pena, deriva da própria Constituição, devendo as regras da lei ordinária (art. 637 CPP) ser revistas à luz da Lei Maior.

Teori ainda alega que a função dos recursos extraordinários seria a de preservar a higidez do sistema normativo, e não examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos

⁴⁷⁸ Ibid., Voto Teori Zavascki, p. 10.

⁴⁷⁹ BRASIL, op. cit., nota 152.

⁴⁸⁰ Id., op. cit., nota 36.

⁴⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*, 4. ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma do Judiciário (EC nº 45/2004). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 57-58.

concretos. Nesse sentido, destaca o requisito da chamada “repercussão geral”, trazido pela Emenda Constitucional nº 45⁴⁸², em 2004:

Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto. E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado.

Não se pode, entretanto, concluir de maneira simplista que “os recursos especial e extraordinário, por visarem um controle de legalidade, não se preocupam com o direito concreto do recorrente”⁴⁸³, sob pena de se confundir dois aspectos distintos da presunção de inocência: a regra de julgamento e a regra de tratamento.

Enquanto o primeiro se identifica com o princípio do *in dubio pro reo*, a ser adotado na hipótese de dúvida quanto à valoração da prova; o segundo impede que o acusado, detentor da possibilidade de modificar eventual decisão judicial e reconhecer sua inocência, seja tratado como condenado definitivo por sentença condenatória transitada em julgado.

Considerando que, de fato, não há possibilidade de discussão da matéria fática em sede de recursos de natureza extraordinária, nos termos dos Enunciados nº 279⁴⁸⁴, de Súmula de Jurisprudência do STF, e nº 7⁴⁸⁵, de Súmula de Jurisprudência do STJ, entende-se pela não aplicação do princípio da não culpabilidade em seu aspecto de regra de julgamento.

No entanto, a vertente da regra de tratamento da referida garantia constitucional deve ser aplicada no curso de todo o processo, na medida em que questões de direito podem ser atacadas por recurso especial e extraordinário, permitindo, inclusive, a alteração da decisão condenatória, tanto para absolver o réu, quanto para reduzir a sua pena.

⁴⁸² BRASIL, op. cit., nota 37.

⁴⁸³ BADARÓ; LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 21.

⁴⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 279*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

⁴⁸⁵ Id., Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 7*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/Verbetes_STJ_asc.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró destacam⁴⁸⁶ diversas possibilidades de “matérias de direito” a serem ventiladas em recursos de natureza extraordinária:

Embora no recurso especial e extraordinário não se discuta “questão de fato”, é perfeitamente possível a sua interposição, para se questionar os critérios de apreciação da prova, a errada aplicação das regras de experiência, a utilização de prova ilícita, a nulidade da prova, o valor legal da prova, as presunções legais, ou a distribuição do ônus da prova, pois todas estas questões não são “de fato”, mas “de direito”. Nesse campo, também deve ser aceito o recurso contra decisões para controlar a valoração probatória quanto aos princípios gerais da experiência, os conhecimentos científicos, as leis do pensamento e, até mesmo, os fatos notórios. O controle da motivação também é admissível em recurso especial e extraordinário, sob o fundamento de violação (respectivamente, art. 381, inc. III, do CPP e do art. 93, IX, da Constituição) da falta de completude da valoração realizada no juízo das questões de fato, seja pelo juiz de primeiro grau, seja pelo tribunal local, quando por exemplo, a sentença ou o acórdão deixam de analisar “alternativas razoáveis” em havendo narrativas fáticas diversas.

Dessa forma, ainda que recursos especial e extraordinário sejam de fundamentação vinculada e limitados ao reexame de questões de direito, verifica-se que é possível a modificação de decisões condenatórias. Ademais, antes do julgamento desses recursos, não houve o trânsito em julgado, marco final expressamente estabelecido pela Constituição⁴⁸⁷ para a consideração do indivíduo como inocente.

Além disso, por mais que se alegue⁴⁸⁸ o reduzido número de admissibilidade e provimento de recursos extraordinários para defender a execução provisória da pena, trata-se de argumento falacioso, como também defendem⁴⁸⁹ Lopes Jr. e Badaró. Isso porque, se essa questão quantitativa interferisse na redução de uma garantia constitucional, seria possível defender que, caso a maior parte de recursos de apelação interpostos pela defesa fosse de improvimento, o princípio na inocência não precisaria vigorar nem mesmo entre a sentença condenatória de primeira instância e o julgamento da apelação. Trata-se, por óbvio, de argumento dotado de flagrante inconsistência.

Por todo o exposto, entende-se pelo nítido retrocesso na alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 126.292⁴⁹⁰, no que diz respeito à garantia

⁴⁸⁶ BADARÓ; LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 25-26.

⁴⁸⁷ BRASIL, op. cit., nota 36.

⁴⁸⁸ Id., op. cit., nota 254, Voto Teori Zavascki, p. 16.

⁴⁸⁹ BADARÓ; LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 33.

⁴⁹⁰ BRASIL, op. cit., nota 254.

de direitos fundamentais assegurados pela CRFB⁴⁹¹. Como desabafou⁴⁹² o Ministro Marco Aurélio em seu voto, “tenho dúvidas, se, mantido esse rumo, quanto à leitura da Constituição pelo Supremo, poderá continuar a ser tida como Carta cidadã.”

4.3.1 A necessidade de análise da constitucionalidade do art. 283, CPP pelo STF – ADCs nº 43 e 44

Ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha revisto o seu entendimento a respeito da execução provisória da pena, tal mudança jurisprudencial se deu em sede de *habeas corpus*, que produz somente efeito entre as partes.

Observa-se, no entanto, que, além de violar o art. 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil⁴⁹³, a Suprema Corte deixou de aplicar regra clara estabelecida no artigo 283, do Código de Processo Penal⁴⁹⁴, segundo a qual:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Dessa forma, por mais que o Supremo tenha sustentado a revisão da tese acerca da execução provisória com base na necessidade de se realizar nova interpretação da Constituição⁴⁹⁵, para que houvesse coerência em seu posicionamento, ele deveria ter enfrentado a questão da inconstitucionalidade do mencionado artigo da legislação processual penal.

Nesse sentido, mesmo que se alegue que a presunção de inocência, estabelecida pela Carta Magna⁴⁹⁶ é um princípio, podendo ser mitigado e ponderado, a disposição do artigo 283, do CPP⁴⁹⁷, é uma regra, motivo pelo qual não pode ser simplesmente afastada, sem que haja declaração formal a respeito de sua inconstitucionalidade.

⁴⁹¹ Id., op. cit., nota 36.

⁴⁹² Id., op. cit., nota 254, Voto Marco Aurélio, p. 76.

⁴⁹³ Id., op. cit., nota 36.

⁴⁹⁴ Id., op. cit., nota 152.

⁴⁹⁵ Id., op. cit., nota 36.

⁴⁹⁶ Ibid.

⁴⁹⁷ BRASIL, op. cit., nota 152.

Trata-se da clara previsão do enunciado da Súmula Vinculante nº 10⁴⁹⁸, segundo a qual ocorre violação da cláusula de reserva de Plenário, estabelecida pelo artigo 97, da Constituição⁴⁹⁹, na hipótese em que o órgão fracionário de tribunal, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afaste sua incidência, no todo ou em parte.

A esse respeito, Lenio Streck esclarece o intuito do enunciado sumulado e o equívoco do Supremo Tribunal Federal, ao afastar a aplicação de dispositivo legislativo válido, no julgamento do HC nº 126.292⁵⁰⁰:

Por que existe a SV 10 e o artigo 97 da CF? Simples: É para evitar que um texto jurídico válido seja ignorado ou contornado para se chegar a um determinado resultado. No caso, o STF afastou — sem dizer — a incidência do artigo 283. E ao não dizer e fundamentar devida e claramente, fez algo que ele mesmo proíbe aos demais tribunais. Invertendo o raciocínio: Uma decisão dizendo que o 283 não é inconstitucional não precisaria fazer declaração formal. Mas o contrário, sim. Tanto é que um órgão fracionário, quando diz que uma lei é constitucional, não precisa fazer o incidente. Tão simples, mas é necessário que se diga.

Assim, para resolver, de fato, a questão e obrigar a Suprema Corte a se pronunciar quanto à constitucionalidade ou não do artigo 283, do Código de Processo Penal⁵⁰¹, conferindo, inclusive, efeitos vinculantes à decisão, foram ajuizadas, em maio de 2016, duas Ações Diretas de Constitucionalidade⁵⁰²: a ADC nº 43, de autoria do Partido Ecológico Nacional (PEN), e a ADC nº 44, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Considerando que ambas se referiam ao mesmo dispositivo legal, os processos foram apensados para julgamento conjunto. Embora o Supremo não tenha se manifestado acerca do mérito, por maioria de seis votos a cinco, decidiu indeferir a medida cautelar pleiteada, de modo que o Tribunal apenas protelou novamente seu pronunciamento acerca da constitucionalidade do artigo 283, do CPP⁵⁰³.

⁴⁹⁸ Id. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 10*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menu_Sumario.asp?sumula=1216>. Acesso em: 07 jun. 2018.

⁴⁹⁹ Id., op. cit., nota 36

⁵⁰⁰ Id., op. cit., nota 254.

⁵⁰¹ Id., op. cit., nota 152.

⁵⁰² Id. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar nas ADCs nº 43 e 44*, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 25 mai. 2018.

⁵⁰³ Id., op. cit., nota 152.

Desse modo, ainda restam esperanças no sentido de que o STF reveja seu entendimento e retorne à tese adotada no HC nº 84.078⁵⁰⁴, quando houver o julgamento do mérito das ADCs⁵⁰⁵ nº 43 e 44, de forma a consolidar o tema de uma vez por todas, com a conclusão pela inadmissibilidade da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em respeito aos artigos 283, CPP⁵⁰⁶ e 5º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ Id., op. cit., nota 347.

⁵⁰⁵ Id., op. cit., nota 502.

⁵⁰⁶ Id., op. cit., nota 152.

⁵⁰⁷ Id., op. cit., nota 36.

CONCLUSÃO

O processo de redemocratização brasileira, consubstanciado pelo advento da Constituição de 1988, representou um marco na proteção dos direitos fundamentais. Além da previsão do artigo 5º, §2º, na redação original da Carta Magna, a ratificação, anos mais tarde, da Convenção Americana de Direitos Humanos e a aceitação da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pelo Brasil, demonstraram que essa preocupação também se estendia aos direitos humanos.

Esse movimento de comprometimento revelou a intenção do Estado Brasileiro de adaptar seu ordenamento jurídico e suas políticas públicas em relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Para analisar a (in)eficácia da aplicação desse sistema no Brasil, além de discutir a polêmica acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos no país e a importância do controle de convencionalidade, foi necessário o aprofundamento em casos concretos, tanto referentes a alterações legislativas internas, quanto relativos a precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No que se refere ao *status* dos tratados de direitos humanos no âmbito brasileiro, após a inclusão do §3º ao artigo 5º da Constituição, pela EC nº 45/2004, foi intensificado o debate sobre o tema. Embora o STF defenda, desde o RE nº 349.703, a supralegalidade dessas normas, sustenta-se que somente a tese da hierarquia constitucional explicaria o entendimento, defendido pela mesma Corte Suprema, segundo o qual apenas seria cabível a prisão civil por dívida de alimentos.

Demonstra-se, assim, que o mencionado dispositivo constitucional previu a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno, por meio de sua aprovação por quórum qualificado. No entanto, tal inovação não afastou a possibilidade de se admitir a “constitucionalização material” das demais normas previstas em tratados de direitos humanos, independentemente do seu quórum de aprovação, determinada pelo art. 5º, §2º, da Constituição.

Independentemente do posicionamento adotado sobre o tema, nos últimos anos, foi possível observar que o espírito protetivo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos trouxe impactos positivos em relação à proteção dos direitos humanos no âmbito interno do Estado Brasileiro.

Um desses exemplos foi a edição da Resolução nº 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, que implementou obrigatoriamente as Audiências de Custódia no país, em virtude de norma prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Embora a Constituição Brasileira de 1988 preveja em seu art. 5º, inciso LXII, como garantia do preso, o direito à comunicação imediata de sua prisão e do local onde ele se encontra ao juiz competente e à sua família ou à pessoa por ele indicada, o art. 7º, 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece proteção de maior alcance, ao determinar a condução do preso à presença de um juiz ou a outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais.

Dessa forma, ainda que não se adotasse a tese da hierarquia constitucional das normas dispostas em tratados de direitos humanos, foi privilegiada a interpretação que confere maior proteção ao preso, em respeito à visão seguida pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Outro exemplo positivo foi a edição da Lei nº 11.340/2006, resultado de Recomendação feita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em resposta à denúncia apresentada pela brasileira Maria da Penha Maia ao órgão, por violação do Estado Brasileiro a dispositivos do Pacto de São José da Costa Rica.

Considerando que uma das determinações feitas ao Brasil foi no sentido de dar prosseguimento e intensificação ao processo de reforma legislativa, com o intuito de evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório no que se refere à violência doméstica contra mulheres no Brasil, foi editado a referido diploma legal, conhecido como “Lei Maria da Penha”.

Em que pese a existência de impactos positivos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no processo penal brasileiro, recentes decisões do Supremo Tribunal Federal demonstram o contínuo desrespeito a normas estabelecidas no Pacto de São José da Costa Rica e a entendimentos da Comissão e da Corte Interamericanas.

Em primeiro lugar, foi destacado o julgamento da Ação Penal nº 470, que, dentre diversas questões, abordou a polêmica relativa à hipótese de reunião, para julgamento conjunto no Supremo Tribunal Federal, de processos criminais nos quais apenas alguns dos diversos corréus detivessem foro por prerrogativa de função.

Tendo em vista a expressa previsão do princípio do duplo grau de jurisdição, no artigo 8º, item 2º, alínea h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não seria

possível que o STF afastasse essa garantia, sob o fundamento da prevalência de nenhuma norma legal do direito brasileiro.

A Suprema Corte Brasileira, no entanto, preferiu ignorar sua própria tese relativa à hierarquia supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos e privilegiou a facultatividade da separação dos processos, estabelecida no art. 80, do Código de Processo Penal.

Sobre o tema, a Corte Interamericana já teve oportunidade de se manifestar e, no caso “Barreto Leiva x Venezuela”, entendeu que a garantia do duplo grau não admite exceções, inclusive aos detentores do foro privilegiado, que também devem ter o direito de recorrer a tribunal superior assegurado.

Dessa forma, verifica-se que, além de adotar entendimento contraditório no que se refere à prevalência da Convenção Americana de Direitos Humanos em detrimento do Código de Processo Penal, manifestado no HC nº 88.420, de 2007, e posteriormente, no RE nº 466.343, de 2008, quanto à supralegalidade dos tratados internacionais, houve evidente desrespeito à jurisprudência e à norma do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Em segundo lugar, foi enfatizado o julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.292, em 2016, que representou alteração da jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, em 2009, a respeito da impossibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, e seu conflito com o princípio da presunção de inocência e do *pro homine*.

Apesar de não haver expressa menção quanto ao momento no qual deixaria de ser presumida a inocência do acusado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o art. 5º, LVII, da Constituição é claro ao determinar o trânsito em julgado como marco temporal.

Ademais, o Pacto de São José da Costa Rica não impede que outras disposições sejam estabelecidas no âmbito interno de seus Estados signatários, desde que sejam mais favoráveis ao indivíduo, nos termos do seu artigo 29, item b.

Dessa maneira, além de violar a Constituição Brasileira, o entendimento adotado no HC nº 126.292, pelo Supremo Tribunal Federal, também afrontou o espírito protetivo da CADH, representando um retrocesso na proteção dos direitos humanos.

Conclui-se, portanto, que embora seja possível pontuar exemplos positivos de medidas adotadas pelo Estado Brasileiro no que se refere à garantia dos direitos humanos – como a implementação da Audiência de Custódia e a edição da “Lei Maria da Penha” –, o saldo referente à proteção desses direitos têm sido negativo. Isso porque o Supremo Tribunal

Federal, apesar de reconhecer a hierarquia supralegal das normas do Pacto de São José da Costa Rica e a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, confere, na prática, prevalência a diplomas legais em detrimento de dispositivos convencionais e afasta entendimentos manifestados pelos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Flavio Augusto. *Presunção de inocência e direito penal do inimigo*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.

ÁUSTRIA. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Disponível em: <<https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2016/07/portugal-declaracao-sobre-a-cv-69.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

BADARÓ, Gustavo. *Parecer sobre as audiências de custódia, apresentado como resposta à consulta formulada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa e a Defensoria Pública da União*. São Paulo. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2697893/mod_resource/content/0/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2017

_____; LOPES JÚNIOR, Aury. *Presunção de inocência: do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória* (parecer). Consultante: Maria Cláudia de Seixas, 2016, Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Parecer_Presuncao_de_Inocencia_Do_concei.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2018.

BALLESTEROS, Paula R. *Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais1/arquivos/implementacao-das-audiencias-de-custodia-no-brasil-analise-de-experiencias-e-recomendacoes-de-aprimoramento-1.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

BATERD, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem sucedida de *advocacy* feminista. In: CAMPOS, Carmem Hein. *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 13-17.

BOLZAN, Marcelo Buliani. A (im)possibilidade de Prisão do Depositário Infiel no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC): Revista do Programa de Pós-Graduação “Lato Sensu” em Direito Constitucional*. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), São Paulo, n. 17, p. 363-443, jan./jun. 2011, p. 420. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-363Monografia_Marcelo_Buliani_Bolzan_\(A_\(Im\)_Possibilidade_de_Prisao_do_Depositario_Infiel_no_Brasil\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-363Monografia_Marcelo_Buliani_Bolzan_(A_(Im)_Possibilidade_de_Prisao_do_Depositario_Infiel_no_Brasil).pdf)>. Acesso em: 2 out. 2016.

BRASIL. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213/2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Termo de Cooperação Técnica nº 7/20015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/7525f63d46d1147032a1003f1c9271c9.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.

_____. *Decreto nº 678/1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 11 ago. 2016.

_____. *Decreto nº 5.030/2004*. Disponível em: <[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%205.030 2004?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%205.030%202004?OpenDocument)>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. *Decreto nº 7.030/2009*. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/820608/decreto-7030-09>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

_____. *Decreto nº 55.663/66*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d57663.htm>. Acesso em 28 out., 2016.

_____. *Decreto nº 89.460/1984*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-89460-20-marco-1984-439601-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. *Decreto-Lei nº 437/69*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-437-27-janeiro-1969-374112-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 28 out. 2016.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848/1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. *Decreto-Lei nº 3.689/1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 14 ago. 2017.

_____. *Emenda Constitucional nº 45 de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.

_____. *Emendas 170 e 171 ao Projeto de Lei do Senado nº 156/2009*. pp. 223-225. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4575197&disposition=inline>>. Acesso em 07 mar. 2017.

_____. *Lei nº 7.210/1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. *Lei nº 10.778/2003*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.778.htm>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. *Lei nº 11.340/2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. *Lei nº 12.015/2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. *Lei nº 12.104/2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. *Lei nº 12.403/2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 27 mai. 2018.

_____. *Parecer do Senador Renato Casagrande*. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4575233&disposition=inline>>. Acesso em 07 mar. 2017.

_____. *Projeto de Lei do Senado nº 156/2009*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em 14 ago. 2017.

_____. *Projeto de Lei do Senado nº 554/2001*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 7*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/Verbetes_STJ_asc.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 267*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revistasumulas2011_20_capSumula267.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5240 SP*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347 DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AP nº 470/MG*, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <ftp://ftf.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 59.757*. Rel. Min. Soares Muñoz. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=67048>>. Acesso em 24 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 68.726*. Rel. Min. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 72.131/RJ*, Rel. Min. Marco Aurélio, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 28 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 75.306/RJ*, Rel. Min. Moreira Alves, Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=176&dataPublicacaoDj=12/09/1997&incidente=1670113&codCapitulo=5&numMateria=27&codMateria=2>>. Acesso em: 28 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 82.490*. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79070>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal, *HC nº 84.078*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 25 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 87.585/TO*, Rel. Min. Marco Aurélio, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 09 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, *HC nº 88.420*, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=463472>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Rel. Min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inq. nº 2.245/MG*. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/INQ_2245_MG_1279008555336.pdf?Signature=kCjGBcO8%2BJzp67a2FRr0lZvcuE%3D&Expires=1531161230&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5hash=0dcc11b6464dc5fa84d2ce05cb2977e0>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar nas ADCs nº 43 e 44*, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 25 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF. Plenário do STF nega desmembramento da AP 470*. Disponível em: <<http://m.stf.gov.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=213822>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 80.004/SE*, Rel. orig. Min. Xavier de Albuquerque, Rel. p/ acórdão. Min. Cunha Peixoto, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 28 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 349.703/RS*, Rel. orig. Min. Carlos Britto, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 09 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466.343/SP*, Rel. Min. Cezar Peluso, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 09 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC n° 79.785/RJ*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Voto Min. Sepúlveda Pertence, p. 21, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 09 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Segunda Questão de Ordem em Inq. n° 2.245/MG*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=494486>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 279*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 704*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2645>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n° 10*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

_____. Terceira Vara da Justiça Federal do Amazonas. *Sentença n° 8837-91.2014.4.01.3200*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/defensoria-mover-acao-civil-publica.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Provimento Conjunto n° 3/2015*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaoJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *MS n° 20316588620158260000*, Relator: Luiz Antonio de Godoy, Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/170441642/mandado-de-seguranca-ms-20316588620158260000-sp-20316588620158260000/inteiro-teor-170441652>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

CANADÁ. *Criminal Code*. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

COLÔMBIA. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_carta_oea_1948.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

_____. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 11 ago. 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunicado de Imprensa 29, de 07/03/2016*, disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2016/029.asp>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

_____. *Denúncia de violação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/denuncia-ap-470-cidh.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. *Mecanismo de acompanhamento da implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção – Vigésima Reunião de Peritos – De 10 a 14 de setembro de 2012. Washington, DC.* Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_por.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2018.

_____. *Relatório nº 54/01. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes Vs Brasil.* Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 11 out. 2017

_____. *Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil.* Disponível em: <<https://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/indice.htm>>. Acesso em: 11 out. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C n. 129.* Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017.

_____. *Caso Almodid Arellano y otros vs. Chile, Sentencia de 26 de Septiembre de 2006. Serie C n. 154,* Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017.

_____. *Caso Barreto Leivas vs. Venezuela, Sentencia de 17 de Noviembre de 2009. Serie C n. 206,* Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017.

_____. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C n. 170.* Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017.

_____. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Peru, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C n. 98,* Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2017.

_____. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C n. 30.* Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. *Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos Y Otros) vs. Chile. Sentencia de 5 febrero de 2001. Serie C n.73.* Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017.

_____. *Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 septiembre de 2004. Serie C n. 114.* Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017.

_____. *Caso Trabajadores Cesados Del Congreso (Aguado Alfaro Y Otros) vs. Peru. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C n. 158.* Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2017.

COSTA RICA, *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 11 ago. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *US Code*. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRANÇA, *Code de Procédure Pénale*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=29990101>>. Acesso em: 27 mai. 2018.

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. 291.

GOMES, Luiz Flávio. *Execução provisória da pena. STF viola Corte Interamericana. Emenda Constitucional resolveria tudo*. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/307339417/execucao-provisoria-da-pena-stf-viola-corte-interamericana-emendaconstitucional-resolveria-tudo>>. Acesso em: 23 mai. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio; FERNANDES, Antônio Scarance. *Recursos no processo penal*, 4ª ed. rev., ampl. e atual. com a Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ITÁLIA. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2018.

JAYME, Fernando G. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*, São Paulo: Saraiva, 2015.

_____; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. *Revista Liberdades*, n. 17, set-dez, 2014. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos>. Acesso em: 05 ago. 2017.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Trad. Santiago Sentis Melendo e Mariano Ayerra Redín. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1951.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. A garantia do duplo grau de jurisdição em matéria criminal na convenção americana sobre direitos humanos e na jurisprudência recente do STF: uma análise a partir dos casos “Barreto Leiva VS. Venezuela” (CIDH) e “Mensalão” (STF). In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 215-216.

OLIVEIRA, Bruno Queiroz. *O duplo grau de jurisdição na Ação Penal nº 470/MG: considerações à luz do controle de convencionalidade*. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoem debate/article/view/5771>>. Acesso em 28.03.2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. *Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001393/139389por.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. *Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher*. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a48r104.htm>>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. ONU MULHERES. *Diretrizes nacionais Femicídio: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres*. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/diretrizes_femicidio.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

_____. *Recomendação Geral nº 19/1992 do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher*. Disponível em: <http://archive.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017

PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: 2016, Atlas, p. 940.

PAIVA, Caio. *Na Série “Audiência de Custódia”*: conceito, previsão normativa e finalidades. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/#_ftn22>. Acesso em: 07 ago. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e o direito brasileiro: hierarquia dos tratados de direitos humanos à luz da Constituição brasileira. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2010.

_____. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas à luz da experiência latino-americana. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI MORALES, Mariela. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 25 ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2017.

SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho. O controle de convencionalidade e a sua repercussão no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Opinião – uma ADC contra a decisão no HC nº 126.292 – sinuca de bico para o STF!*, Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisao-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 26 mai. 2018.

VIEIRA, José Ribas; RESENE, Ranieri Lima. *Execução Provisória – Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos-20022016>>. Acesso em: 25 mai. 18.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília: Flacso Brasil, 2015. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2016/03/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 25 out. 2017.

WEIS, Carlos. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v. 101; n. 921; jul. 2012, p. 331-355