

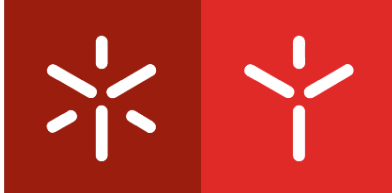


**A BUSCA PELA GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA NO DIREITO INTERNACIONAL DOS
DIREITOS HUMANOS:
UMA INSPIRAÇÃO NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA
E NA TEORIA DA INTERCONSTITUCIONALIDADE.**

JULIO CESAR HAHN

Universidade do Minho
Escola de Direito





Universidade do Minho

Escola de Direito

JULIO CESAR HAHN

**A BUSCA PELA GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE
INOCÊNCIA NO DIREITO INTERNACIONAL DOS
DIREITOS HUMANOS: UMA INSPIRAÇÃO NO
DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E NA TEORIA DA
INTERCONSTITUCIONALIDADE.**

Dissertação de Mestrado
em Direitos Humanos

Trabalho efetuado sob a orientação do
Professora Doutora Joana Rita de Sousa Covelo Abreu

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho.



Atribuição

CC BY

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os meus colegas e professores da Uminho, pela sensacional experiência acadêmica e pessoal vivida em terras portuguesas.

Agradeço ao esforço dos professores pela continuidade do curso, no formato à distância, em função da pandemia, o que certamente não foi nada fácil, nem para alunos, nem para professores.

Agradeço também a todos aqueles que fizeram parte do meu crescimento no estudo do direito: professores e colegas da graduação na FAE, professores e colegas da pós-graduação na Abdconst e, principalmente, todos aqueles que um dia foram meus colegas e professores e hoje são meus amigos.

Agradeço a minha orientadora, professora Joana Abreu, por sua dedicação, competência e também paciência, que permitiu que meu texto pudesse ser crítico, como me propus a fazer, sem desrespeitar as exigências científicas necessárias para um texto acadêmico.

Agradeço sempre a Liège, minha companheira de todas as horas, que comigo esteve todo o tempo, tanto em Portugal, como depois, no Brasil, e a meus filhos que tanto apoiaram essa viagem para a realização do mestrado na Uminho e tanta importância sempre deram aos meus estudos.

Agradeço à vida, por todas as oportunidades de aprender.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

RESUMO

Esta Dissertação busca realizar uma desconstrução do discurso social da necessidade da punição e pretende avaliar, criticamente, o uso do instituto da prisão provisória no Brasil, que por razões culturais e de política de segurança pública, ocorre, em muitas vezes, de forma diversa da previsão existente no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro e no direito internacional dos direitos humanos. Para desconstruir o discurso da punição, o primeiro capítulo apresenta um estudo sobre a necessidade da punição, a identificação de quando a punição é necessária, quem pode ou deve ser punido e os mecanismos processuais e de punição adequados, de acordo com o atual marco civilizatório. No segundo capítulo é feita uma análise, à luz do direito constitucional e internacional, das situações em que se justifica que alguém ainda não condenado possa ser mantido encarcerado de forma provisória, para em seguida falar das violações sistemáticas de tais normas jurídicas no Brasil. Nos dois últimos capítulos há uma busca, no direito internacional dos direitos humanos, de mecanismos para garantir o direito fundamental à presunção de inocência, sendo que no terceiro capítulo é feito um estudo sobre os mecanismos do Direito da União Europeia, em especial a teoria da interconstitucionalidade, e a forma como se realiza a efetivação dos direitos fundamentais, dentre eles o da presunção de inocência. No quarto capítulo, há um estudo sobre os sistemas universal e regionais de proteção dos direitos humanos, sua interrelação, e sua evolução no sentido de um sistema integrado internacional de proteção dos direitos humanos. Em seguida apresenta um estudo sobre o descompasso entre a previsão na Constituição da República Federativa do Brasil e a prática judiciária brasileira, em relação a normas contidas em tratados de direitos humanos dos quais o Brasil faz parte, dentre eles a Convenção Americana dos Direitos Humanos. Continua com uma análise da jurisprudência criada pelo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos em relação às prisões provisórias, jurisprudência essa que é reiteradamente ignorada em decisões judiciais no Brasil. Encerra o capítulo com uma denúncia sobre a necessidade de revisão de tais práticas, através do controle de convencionalidade.

Palavras-Chave: punição; prisão provisória; direitos fundamentais; direitos humanos; presunção de inocência; interconstitucionalidade; sistemas de proteção dos direitos humanos; controle de convencionalidade.

ABSTRACT

This dissertation seeks to deconstruct the social discourse of the need for punishment and intends to critically evaluate the use of pre-trial detention in Brazil, which, for cultural and public security policy reasons, often occurs in a way that is different from the existing provisions in the Brazilian legal-constitutional order and in international human rights law. To deconstruct the discourse of punishment, the first chapter presents a study on the need for punishment, the identification of when punishment is necessary, who can or should be punished, and the appropriate procedural and punishment mechanisms, according to the current civilizational framework. In the second chapter, an analysis is conducted, in the light of constitutional and international law, of the situations in which it is justifiable that someone who has not yet been convicted may be held in pre-trial detention, and then we also shed light on the systematic violations of such legal norms in Brazil. In the last two chapters, a study is made of the mechanisms of European Union Law, especially the theory of interconstitutionality, and how the effectiveness of fundamental rights, including the presumption of innocence, is achieved. In the fourth chapter we aim to examine the universal and regional human rights protection systems, its interrelation and evolution towards an integrated international human rights protection system. Following that, we present a study of the gap between the provisions of the Constitution of the Federative Republic of Brazil and Brazilian judicial practice in relation to the norms contained in the human rights treaties to which Brazil is a party, among them the American Convention on Human Rights. The dissertation then proceeds with an analysis of the jurisprudence created by the Inter-American System for the Protection of Human Rights in relation to provisional detainment, a jurisprudence that is repeatedly ignored in judicial decisions in Brazil. Lastly, the call for a revision of such practices, through the control of conventionality, is explained.

Keywords: punishment; pre-trial detention; fundamental rights; human rights; presumption of innocence; interconstitutionality; human rights protection systems; control of conventionality.

SUMÁRIO

Agradecimentos	III
Resumo	V
Abstract	VI
Lista de Abreviaturas e Siglas.	IX
Notas introdutórias – Peculiaridades da Língua Portuguesa.	1
Introdução	3
Capítulo I – Punição.....	16
1.1 Descrição do Tema.	16
1.2 Razões para Punição.	16
1.3 O Sujeito da Punição.....	23
1.4 Presunção de Inocência.	25
1.5 A Prisão.....	28
1.6 Justiça Restaurativa.	30
1.7 Prisão de pessoas presumidamente inocentes.	32
Capítulo II – Análise das prisões de sujeitos presumidamente inocentes, no Brasil.	
.....	36
2.1 Descrição do Tema.	36
2.2 Equalização da terminologia.....	36
2.3 Flexibilização do Direito Fundamental à Presunção de Inocência.....	39
2.4 Previsão da restrição de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro.	41
2.5 Prisão Temporária.	42
2.6 Prisão Preventiva.	44
2.7 A situação atual das prisões provisórias no Brasil	49
2.8 Um caminho possível.....	53

Capítulo III – Direito da União Europeia - A interconstitucionalidade como mecanismo para a máxima efetivação dos direitos humanos.58

3.1 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Terminologia e Efeitos Práticos.	58
3.2 Um repensar de conceitos. O caso do Direito da União Europeia.	60
3.3 O sistema jurídico europeu. A construção a partir da Teoria da Interconstitucionalidade.	62
3.4 Os Direitos Fundamentais e o Direito da UE.	65
3.5 A máxima efetivação dos direitos fundamentais no Direito da UE.	67
3.6 A presunção de inocência na União Europeia.	69
3.7 Aplicação da legislação penal da UE no domínio da detenção.	76
3.8 Um modelo para o mundo?	77

Capítulo IV – Os sistemas universal e regionais de proteção dos direitos humanos, em especial o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, na busca da máxima efetivação dos direitos fundamentais.79

4.1 A máxima efetivação dos direitos humanos.	79
4.2 A Humanização do Direito Internacional.	80
4.3 Os sistemas de proteção e a interjusefundamentalidade.	81
4.4 Sistemas Universal e Regionais de Proteção dos Direitos Humanos.	85
4.5 Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos.	87
4.6 Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos.	89
4.7 Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.	91
4.8 O Controle de Convencionalidade do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.	94
4.9 A Constituição Brasileira e a CADH.	96
4.10 A Prisão Provisória, de acordo com os parâmetros do SIDH.	98
4.11 Sugestões e temas para debate e reflexão – interconstitucionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.	105
4.12 Sugestões e temas para debate – reflexos do SIDH no direito interno brasileiro.	106

Conclusão 109

Referências Bibliográficas. 113

Lista de Abreviaturas e Siglas.

ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade.
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos.
CADHP	Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.
CDFUE	Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos.
CNJ	Conselho Nacional de Justiça.
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos.
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos.
CPC	Código de Processo Civil.
CPP	Código de Processo Penal.
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
Depen	Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça.
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos.
DFPI	Direito Fundamental à Presunção de Inocência.
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos.
DUE	Direito da União Europeia.
EC	Emenda Constitucional.
HC	Habeas Corpus (Julgamento).
OEA	Organização dos Estados Americanos.
ONU	Organização das Nações Unidas.
OUA	Organização da Unidade Africana.
PEC	Proposta de Emenda Constitucional.
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
TADHP	Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos.
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.
TJCE	Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia.
TJUA	Tribunal de Justiça da União Africana.
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia.
TPI	Tribunal Penal Internacional.
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos.
STF	Supremo Tribunal Federal.
UE	União Europeia.

Notas introdutórias – Peculiaridades da Língua Portuguesa.

O presente trabalho foi desenvolvido por um brasileiro, tendo como *case* de estudo problemas jurídicos ocorridos no Brasil, mas visando a sua apresentação e defesa numa universidade portuguesa, o que determinou que alguns cuidados fossem tomados. Conforme previamente negociado com a Orientadora, o texto foi produzido em *português brasileiro*, com normas brasileiras, o que desde já agradeço muito, pois não são poucas as diferenças em relação ao *português de Portugal*.

A língua portuguesa, “última flor do lácio”, conforme disse o poeta Olavo Bilac, traz algumas surpresas para os leitores dos dois países que falam, em rigor, o mesmo idioma. Um brasileiro vivendo em Portugal muitas vezes é surpreendido por palavras que desconhece e, pior ainda, por palavras que no Brasil têm significado diverso. Normalmente tais diferenças são mais evidentes na linguagem coloquial e reduzem-se nos textos técnico-científicos, mas nem mesmo nesses elas podem ser desprezadas.

Ao escrever este trabalho, mantive o texto no *português brasileiro*, mas em alguns momentos usei expressões que aprendi em Portugal e que passaram a fazer parte da minha escrita. Utilizo normalmente expressões como “pôr em causa” ou ainda o termo “alargado”, ao invés de ampliado, que não são tão frequentes nos escritos brasileiros, mas que me parecem muito elegantes.

Ao fazer citações tentei manter *ipsis literis* o texto do autor, brasileiro ou português. Encontrei alguns detalhes curiosos, para os quais não busquei respostas, apenas respeitei o texto tal qual foi escrito. Aprendi muito mais do que Direitos Humanos nessa minha experiência em terras portuguesas e agradeço a oportunidade recebida.

Percebi que há uma série de diferenças quando se trata da incorporação na linguagem de palavras estrangeiras. Em Portugal fala-se “défice”, enquanto os brasileiros mantêm a palavra original déficit (apenas acentuando a letra “e”, haja vista ser uma palavra proparoxitona). Em sala de aula descobri que, enquanto estudantes brasileiros “acessavam” um sítio, ou um *site*, na Internet, os portugueses o “acediam”. Dentre as curiosidades, destaco que encontrei grafados, em livros de autores diferentes, mas ambos publicados em Coimbra, a mesma palavra, com diferença de grafia, a saber, ou melhor, nomeadamente, como se diz em Portugal, “protecção” e “proteção”.

Também chamou a atenção o fato de que tanto brasileiros, como portugueses, ao realizar a numeração dos artigos de uma lei, usam a numeração cardinal para os artigos posteriores ao décimo, assim sendo, chamam os seguintes de artigo onze, artigo doze e não artigo décimo primeiro, artigo décimo segundo. No entanto, os portugueses os grafam como ordinais enquanto os brasileiros grafam como cardinais. Então, o artigo primeiro, tanto para brasileiros, como para portugueses, é grafado como art.1º. No entanto, o artigo vinte, por exemplo, é grafado por portugueses como art. 20º, enquanto os brasileiros grafam como art. 20. A exemplo do que falei acima, tanto quanto possível, mantive a numeração *ipsis literis* conforme o texto de origem.

No mais, dentro do texto tentei esclarecer conceitos em que poderia haver divergências no linguajar jurídico brasileiro e no português.

Última flor do Lácio, inculta e bela,
És, a um tempo, esplendor e sepultura:
Ouro nativo, que na ganga impura
A bruta mina entre os cascalhos vela...
Amo-te assim, desconhecida e obscura,
Tuba de alto clangor, lira singela,
Que tens o trom e o silvo da procela
E o arrollo da saudade e da ternura!
Amo o teu viço agreste e o teu aroma
De virgens selvas e de oceano largo!
Amo-te, ó rude e doloroso idioma,
Em que da voz materna ouvi: "meu filho!"
E em que Camões chorou, no exílio amargo,
O gênio sem ventura e o amor sem brilho!
(Olavo Bilac)

Introdução

Liberdade é uma palavra que o sonho humano alimenta, não há ninguém que explique e ninguém que não entenda. (Cecília Meireles).

Já diziam os pioneiros do pensamento liberal que o homem em seu estado de natureza era livre e abriu mão dessa liberdade, através de um contrato social, trocando-a por segurança e justiça. Infelizmente tal contrato não esclarecia como seria essa troca, tampouco explicitou que liberdade, segurança e justiça não seriam bens universais, valendo mais para alguns do que para outros.

Tolhida pelos mais diversos sistemas de controle, como a religião, a escola e até mesmo a família, a liberdade é tema de pensadores, sonho de oprimidos e, como não poderia deixar de ser, obrigação de busca por quem acredita na justiça.

Sistemas políticos dos mais diversos matizes ideológicos, no entanto, foram criados com a ideia de que a supressão da liberdade de muitos seria sempre necessária para a garantia da liberdade de poucos, criando o pensamento de que a igualdade e a liberdade seriam institutos naturalmente antagônicos.

As revoluções liberais do século XVIII trouxeram, dentre suas bandeiras, a defesa intransigente da liberdade e da igualdade, na busca por um novo paradigma humano, no qual os soberanos não mais teriam o controle da vida e da liberdade humana, como se fossem brinquedos.

As primeiras constituições passaram a apresentar a liberdade individual como um direito que somente encontraria limites nos direitos dos outros indivíduos. E essa limitação da liberdade não caberia mais aos poderes divinos que supostamente cabiam aos monarcas, ou à Igreja, mas sim à Lei e ao Direito.

Como resultado dessa luta, surgiu o princípio da presunção de inocência, que trouxe um caráter de universalidade à liberdade, que somente poderia ser contida ou reduzida através de mecanismos legais, que foram sendo desenvolvidos com o passar dos tempos, no processo evolutivo da sociedade.

No Século XXI, não haveria mais por que se falar em restrição de liberdade sem o devido processo legal, sem a plenitude da defesa, o benefício da dúvida, o segundo grau de jurisdição e tantos outros princípios. Não poderia mais haver espaço para tais discussões.

No século vigente, o marco civilizatório somente permite a restrição da liberdade em casos excepcionais, nos quais não restem dúvidas de que determinada liberdade deverá ser retirada para garantir a liberdade de outrem e o bem comum.

O Século XXI, ao menos nesse aspecto, parece que ainda não chegou e demorará muito para chegar ao Brasil, se forem consideradas todas as situações em que os direitos que fazem parte do atual marco civilizatório da humanidade são negados.

Nos mesmos dias em que essas linhas são escritas, um caso chamou a atenção da mídia. Um rapaz foi preso por um roubo ocorrido há mais de dois anos, sem a possibilidade de apresentar sua defesa. Baseado apenas no reconhecimento que o dono do estabelecimento roubado fez na delegacia de polícia, após olhar um conjunto de fotografias, o juiz emitiu o termo de detenção, que foi cumprido quase três anos depois.

O caso ganhou destaque porque o rapaz fazia parte de uma orquestra de músicos, cujos integrantes mobilizaram-se para denunciar a arbitrariedade, inclusive mostrando um vídeo que comprovava que no momento do roubo o rapaz estava se apresentando com a orquestra num local bastante distante do local em que ocorreu o crime. Aguardando o processo em liberdade, o rapaz foi sumariamente inocentado, após alguns meses.¹

Como os músicos apresentaram a “prova de inocência”, o rapaz foi liberado, o que certamente não teria ocorrido, caso esse rapaz (negro, bem ao gosto das estatísticas prisionais brasileiras²) não tivesse como provar, de plano, sua inocência, pois estava trancafiado em função da presunção de sua culpa.

Essa presunção de culpa, inexistente no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro e no marco civilizatório atual da humanidade, mas presente na filosofia judaico-cristã e no pensamento punitivista de expressiva parcela da sociedade, se choca frontalmente com a presunção de inocência, consagrada na CRFB/88 e no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O presente trabalho, no objetivo de conclusão do Mestrado em Direitos Humanos pela Universidade do Minho, é uma tentativa de dar um passo adiante na busca que o autor faz pela preservação do direito à presunção de inocência, que a percebe sistematicamente violada, em especial no Brasil, nos casos em que o aparato jurídico restringe a liberdade de uma pessoa que não foi condenada em um devido processo legal.

¹ Sítio Jornalístico Globo. **Violoncelista da Orquestra da Grota preso injustamente é absolvido pela justiça.** Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/rio/violoncelista-da-orquestra-da-grota-preso-injustamente-absolvido-pela-justica-25053884.html>. Acesso em 05 set 2021.

² Sítio Jornalístico Globo. **Proporção de negros nas prisões cresce 14% em 15 anos, enquanto a de brancos cai 19%, mostra Anuário da Segurança Pública.** Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/10/19/em-15-anos-proporcao-de-negros-nas-prisoas-aumenta-14percent-ja-a-de-brancos-diminui-19percent-mostra-anuario-de-seguranca-publica.ghtml>. Acesso em 05 set 2021.

Trata-se de uma medida que a rigor deveria ter um caráter de excepcionalidade, visto que retira a liberdade, um dos mais caros valores humanos, de pessoas presumidamente inocentes, pois tais prisões, ou detenções, são feitas de forma precária, ainda antes de uma condenação em um processo judicial, muitas vezes antes do exercício de qualquer forma de defesa e possibilidade de contraditório.

Essa busca se iniciou quando, ainda nos primeiros semestres do curso de bacharelado em direito, o autor, que tem certo gosto por números e estatística, passou a analisar a base de dados do Depen, sistema de dados penitenciários do Ministério da Justiça brasileiro. Naquela análise percebeu que mais de 35% dos brasileiros que estavam “atrás das grades” ainda não tinham recebido condenação irrecorrível pelos crimes que lhes eram imputados e vários deles estavam presos há anos, aguardando o julgamento do recurso cabível.

Alguns anos mais tarde, em 2017, apresentou como Trabalho de Conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional, um trabalho com um título um tanto provocativo, quase insolente, chamado: “Presunção de Inocência. Que inocência! A ineficácia do Direito Fundamental à Presunção de Inocência nas prisões provisórias no Brasil³”.

O autor buscou demonstrar, no seu trabalho de conclusão, que a provocação contida nesse título não era descabida, muito pelo contrário, pois ao oposto do que se estudava em Direito Constitucional, as decisões do judiciário e as ações policiais não se coadunavam com as normas constitucionais, muito menos com os princípios que lhe deram base e fundamento.

Naquela ocasião, o trabalho buscava demonstrar que a prática judiciária no direito penal brasileiro não se coadunava com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e que era notório o uso, de forma repetida *ad nauseum*, conforme palavras de ROSA⁴, do juridicamente inexistente princípio do *in dubio pro societate* como sendo o princípio regente do processo penal brasileiro.

Isso se deve, em parte, aos valores previstos no Código de Processo Penal brasileiro, editado em 1941 e totalmente inspirado no código fascista de Mussolini, cuja recepção pela Constituição brasileira é ainda objeto de longos e inconclusivos debates, mais por questões

³ HAHN, Julio Cesar. **Presunção de Inocência, que inocência! A ineficácia do Direito Fundamental à Presunção de Inocência nas prisões provisórias no Brasil**. Curitiba, 2017, 57 f. Monografia (Especialização em Direito Constitucional), Academia Brasileira de Direito Constitucional.

⁴ Em face da incerteza que preside o início da partida processual penal [...] lança-se mão da mitologia, de mantras entoados como verdades *a priori* [...] A afirmação fugidia de que para o recebimento da denúncia, decisão de pronúncia ou revisão criminal prevalece o *in dubio pro societate* é de uma ignorância teórica de causar náuseas. Repete-se *ad nauseam*, mesmo, que no momento do recebimento da denúncia, na pronúncia e na tentativa de revisão criminal prepondera o interesse coletivo da sociedade.” ROSA, Alexandre Moraes da; KHALED JR., Salah H. A regra de bolso do *in dubio pro societate*: a preguiça diabólica. In: _____. **In dubio pro Hell I: Profanando o Sistema Penal**. Florianópolis; Empório do Direito, 2015. p. 27-31.

ideológicas do que por questões de direito, mas se deve principalmente a um ranço cultural de um país habituado a um conceito de castas, baseado em uma falaciosa meritocracia, que mantém uma visão escravagista, mesmo após mais de um século da abolição dessa prática.

O relatório do Depen publicado em 2015 gerou indignação, no entanto, não levou a ações com vistas a mudar o quadro, muito pelo contrário. Muitas autoridades do meio político e judiciário, e até mesmo professores de Direito Penal, buscaram desqualificá-lo. Críticas sobre a metodologia usada e mesmo acusações de que seus dados teriam sido obtidos de forma descuidada, ou até mesmo fraudulenta, foram levantadas, mesmo sem nenhuma prova disso, o que levou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a iniciar um trabalho para gerar uma base de dados sobre o sistema carcerário brasileiro. Tal trabalho gerou um relatório, publicado no final de 2018.⁵

Da análise dessa base de dados, criada pelo CNJ, foi possível concluir que a situação é ainda mais preocupante no que se refere às prisões provisórias. De acordo com os novos dados, não “apenas” 35% dos encarcerados não tinham sido condenados de forma irrecorrível, conforme constava nos dados do Depen, mas 40% dos presos sequer haviam sido condenados na primeira instância.

A quantidade de presos cumprindo execução definitiva, ou seja, presos de acordo com o que preceitua a CRFB/88, era de apenas 34% dos detentos. Em outras palavras, há no sistema carcerário brasileiro, mais de 300 mil pessoas, presumidamente inocentes, que sequer foram julgados por um juiz singular.

Tais dados chocam totalmente com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro e com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, apontando para um descumprimento rotineiro das determinações constitucionais, feito pelas pessoas que mais tinham a obrigação de cumpri-las, os membros do judiciário.

Não raros são os casos de julgamentos no Supremo Tribunal Federal (STF) de recursos que levaram anos para chegar lá, que tratavam de delitos famélicos, finalmente considerados atípicos em função do “instituto da bagatela”. Pessoas foram mantidas presas por mais de um ano por terem furtado comida para alimentar seus filhos.

Tal situação deixa clara a necessidade de repensar a cultura dos agentes do sistema judiciário brasileiro, que aparentemente ainda se restringem a leituras textuais das normas

⁵ CNJ Conselho Nacional de Justiça. **BNMP 2.0.- Cadastro Nacional de Presos**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em 10 out 2020.

infraconstitucionais, ignorando os princípios que lhes dão legitimidade, em especial a dignidade da pessoa humana.

O estudo das disciplinas do Mestrado em Direitos Humanos na Universidade do Minho, em especial pelo contato com o direito da União Europeia e com os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, trouxe ao autor a percepção da existência de novas possibilidades para o enfrentamento do tema, pois a questão do uso do expediente de encarceramento como ferramenta de política pública de segurança não é uma exclusividade do Brasil, sendo objeto de estudo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e pelo Direito da União Europeia.

Embora o caso brasileiro seja um destaque negativo em termos mundiais, conforme estudos da Birkbeck University of London,⁶ tais abusos, que contrariam os preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ocorrem em outros países pelo mundo, sendo que foram encontrados também em países que compõem a União Europeia.

O modo como a União Europeia enfrentou tal questão, com a utilização de mecanismos como o Livro Verde e o equacionamento feito pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, utilizando novos paradigmas jurídico-constitucionais, como o Constitucionalismo Multinível e a Interconstitucionalidade, trouxe novas luzes a aplicar sobre o tema em discussão.

De forma diferente do que ocorre na União Europeia, mas com o mesmo objetivo de garantir os direitos humanos, sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, também têm apresentado soluções para a garantia desses direitos nas situações em que o direito interno dos países não os tenha garantidos de forma satisfatória.

No caso brasileiro, a CRFB/88 deixa claro o efeito vinculante do Direito Internacional dos Direitos Humanos, embora ainda hoje exista bastante resistência dos operadores nacionais do direito em dar efetividade a tais normas. No entanto, a não mais tão jovem Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, ainda apresenta novos frutos e muitos dos seus princípios e dispositivos ainda estão amadurecendo, dentre os quais aqueles que versam sobre a interrelação entre os direitos fundamentais previstos na CRFB/88 e o Sistema de Proteção Internacional dos Direitos Humanos.

Não se pode negar que há bastante resistência por parte de muitos operadores do direito brasileiros para considerar textos internacionais “exigíveis e diretamente aplicáveis internamente

⁶ BIRBECK, University of London. **Pre Trial Detention and its over-use. Evidences for ten countries. Catherine Heard and Helen Fair November 2019.** Disponível em: https://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/pre-trial_detention_final.pdf. Acesso em 15 ago 2020.

quando lidam com o tema dos Direitos Humanos,”⁷ no entanto, é premente a necessidade de alteração dessa mentalidade, pois textos, como o da Convenção Americana de Direitos Humanos, possuem *status* constitucional, supra constitucional na opinião de alguns autores, ou ao menos supra legal, conforme posicionamento do STF⁸, devendo ser determinantes na defesa de direitos fundamentais.

Apesar de tais dificuldades para a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos no direito interno brasileiro, diferentemente do que ocorre em outros países sul-americanos como Argentina e Chile,⁹ pouco a pouco tais premissas constitucionais começam a ser seguidas.

Nesse sentido, é bastante pertinente citar a implementação da Audiência de Custódia¹⁰ no ordenamento jurídico brasileiro, que veio ampliar a efetividade do instituto previsto no artigo 5º, inciso LXII da CRFB/88, que versa sobre a comunicação imediata ao juiz competente de toda e qualquer prisão ocorrida em território nacional, para que deliberasse sobre a legalidade da detenção.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), estabeleceu que, de acordo com o contido na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), uma pessoa detida deve ser levada à presença de um magistrado e o fato de o magistrado tomar conhecimento não supre a exigência.

Motivado pela jurisprudência da Corte IDH, o partido político PSOL impetrou, no Supremo Tribunal Federal (STF), uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) para que o Brasil passasse a cumprir as normas da CADH. Como resultado dessa ação, foram implantadas no Brasil as chamadas Audiências de Custódia, para as quais as pessoas detidas devem ser presentes, em no máximo 24 horas após a prisão em flagrante, ao juiz responsável, ouvindo o Ministério Público e a Defensoria Pública ou advogado contratado pelo arguido, de forma a que tome a decisão sobre a manutenção da detenção, transformando-a em prisão preventiva, ou determinando a ordem de liberação para cumprir o processo em liberdade.

O presente trabalho inspira-se nesses casos em que os Sistemas de Proteção aos Direitos Humanos influenciaram o direito interno dos Estados, em especial nos casos que ocorreram no

⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. Margens nacionais de apreciação: limites possíveis ao desalinhamento com o cenário normativo supranacional? In: _____ EROUD, Aicha de Andrade Quintero et al, orgs. **Internacionalização do direito penal e processual penal – Transnacionalismo, riscos e perspectivas**. Florianópolis; Impetus, 2020. p. 149.

⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade. 18ª edição, revista e atualizada. São Paulo; Saraiva Jur, 2018. p. 152-158.

⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. Margens nacionais... (*op. cit.*) p.150.

¹⁰ ARACHESKI, Gustavo Henrique. **A introdução da audiência de custódia no direito brasileiro: uma reflexão à luz da teoria da interconstitucionalidade**. Braga (Portugal)/Itajaí (Brasil). 2019, 109 f. Dissertação de Mestrado. Universidade do Minho/Universidade do Vale do Itajaí.

Brasil, e inspira-se também no sistema utilizado na União Europeia, que embora não seja o Sistema Regional Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, exerce esse papel para os seus Estados-Membros, atingindo um patamar ainda superior no que se refere à garantia dos direitos fundamentais para todos os seus cidadãos.

Esta Dissertação de Mestrado tem como hipótese básica, a fundamentar todo o seu desenrolar, que instituições do Estado brasileiro, em especial do poder judiciário, implementam políticas criminais incompatíveis com a CRFB/88 e aos princípios que a ela dão sustentação, e contrárias, também, ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tais ações, contrárias ao *mandamus* constitucional e dos tratados internacionais, baseiam-se na existência de uma ideologia punitivista, que se vale de mitos arcaicos, totalmente ultrapassados nos países que são, ou almejam ser, Estados Democráticos de Direito.

Assim sendo, a presente Dissertação busca direcionar o debate para a esfera do direito, apresentando argumentos jurídicos que possam ser utilizados para minimizar a trágica situação brasileira, em que entidades prisionais lotadas, tanto por pessoas condenadas por seus crimes, como por pessoas presumidamente inocentes, violam a dignidade humana. Dignidade essa, que junto com a vida, formam o núcleo de valores mais importantes da humanidade.

Centenas de milhares de brasileiros, que ainda não foram condenados em um devido processo legal, estão no sistema prisional brasileiro, disputando espaço com centenas de milhares de brasileiros condenados por seus crimes, num sistema carcerário falido, insalubre e perigoso, sem a menor condição de dignidade.

O trabalho seguirá uma linha voltada à redução dos encarceramentos no Brasil e para tal iniciará buscando desconstruir modelos punitivistas, chamando a reflexão para a necessidade da existência de penas e, caso sejam consideradas necessárias, a determinação de quem, quando e como será punido. Essa reflexão passará pela análise dos princípios jurídicos do devido processo legal e da presunção de inocência. Na identificação de como devem ser punidos, haverá questionamentos sobre as prisões e a sua adequação ao marco civilizatório atual.

Após essa reflexão sobre a punição de pessoas condenadas pela prática de delitos, em um processo penal, será feita uma análise sobre a aplicação dessa punição para pessoas que não foram condenadas, ao contrário, são presumidamente inocentes. O instituto da prisão provisória submete pessoas inocentes à mesma punição das pessoas condenadas, o que leva à conclusão de que, se a pena de prisão já é questionável, considerando o atual marco civilizatório, quando aplicada a condenados, muito mais questionável se torna ao ser aplicada a inocentes.

A razão para essa aplicação passa pela excepcionalidade, pela justificativa de que, para preservar o bem público, o processo jurídico e a aplicação da lei, em situações muito excepcionais, será necessário privar algumas pessoas da liberdade. Sem afirmar que esse conceito é ou não válido, é constrangedor perceber o que muitos entendem serem “situações muito excepcionais”, pois a quantidade de pessoas presumidamente inocentes no sistema carcerário brasileiro é da ordem de centenas de milhares, o que em hipótese alguma podem ser consideradas “algumas exceções”.

A CRFB/88 consagra o princípio da presunção de inocência, no entanto, a jurisprudência brasileira não o respeita, ao contrário, em muitas ocasiões, age como se houvesse um princípio jurídico de presunção de culpa.

Este trabalho pretende denunciar tal situação. Considerando que não há uma proteção efetiva do Direito Fundamental à Presunção de Inocência no Brasil, vai buscar no Direito Internacional dos Direitos Humanos, os elementos que possam mudar essa situação. Para tal vai buscar nos Sistemas Universal e Regionais de Proteção dos Direitos Humanos o suporte para o seu objetivo.

Para enfrentar o tema, a presente dissertação foi organizada em quatro capítulos.

No primeiro buscará enfrentar e desconstruir a ideia de que as mazelas da sociedade devam ser resolvidas pelo processo penal. Bordões como “o problema do Brasil é a impunidade” banalizam, quando não glorificam, práticas que não parecem se coadunar com o momento civilizatório presente.

Não há como, em pleno Século XXI esquivar-se de refletir e buscar fundamentos para a punição. É necessário repensar se a punição ainda é necessária e quando seria necessária. Para realizar essa análise, torna-se imprescindível valer-se dos princípios que estabeleceram o Estado Democrático de Direito para poder definir os mecanismos que permitem ao Estado identificar as situações puníveis, os sujeitos puníveis e os meios de determinação de quem, quando e como o Estado vai punir.

A análise da identificação do “como punir” leva à necessidade de discutir sobre o instituto da prisão, que é, inegavelmente, um marco, um tanto vergonhoso, do nível de evolução da sociedade.

sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E, entretanto, não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão (Michel Foucault)¹¹

¹¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**, 41 ed; tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis; Vozes, 2013. p. 218.

Conforme FOUCAULT, foram necessários vários séculos para que a humanidade conseguisse superar a necessidade de valer-se do suplicio para a punição dos criminosos. A marca a ferro quente, o esquartejamento, o chicote e o desfile dos condenados em direção ao patíbulo, não apenas deixaram de ser espetáculos públicos, como também, pouco a pouco, foram sendo considerados indignos. Não coube mais ao Estado ter direito de acesso aos corpos dos condenados. Mesmo a condenação à morte, que ainda resiste em alguns poucos locais do mundo, deixou de ser uma pena banal. A evolução da sociedade retirou do Estado a livre disposição sobre os corpos dos condenados.

Em meados do século XIX, a prisão surgiu como a pena por excelência, “sendo a marca de um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à humanidade.”¹² De lá para cá, no entanto, a evolução histórica não ousou dar novos passos. Embora em vários lugares do mundo, as prisões sejam projetadas e operadas com vistas à manutenção da dignidade dos presos, ao passo que em outras parecem ser projetadas e operadas de forma totalmente diversa, o fato é que elas, já no Século XXI, ainda marcam uma limitação do processo evolutivo das sociedades. Como bem disse o doutrinador, há algumas décadas, “não se sabe o que pôr no lugar.”¹³

Tal limitação não dá mostras de que será superada em um horizonte de tempo que possa ser vislumbrado, ao menos no Brasil. Infelizmente, ainda há uma crença de que as prisões são a solução para a criminalidade e para as mazelas sociais. Muitos são os projetos de lei que aumentam punição ou criam punição como solução para problemas que o Estado brasileiro não consegue ou não quer enfrentar.

Como exemplo disso, pode-se citar o surgimento, nos últimos anos no Brasil da chamada operação Lava Jato, que inicialmente era uma investigação da Polícia Federal e tornou-se um suposto sistema de enfrentamento da corrupção brasileira. Extremamente questionável do ponto de vista da motivação política envolvida, ganhou os aplausos da sociedade por agir com “rigor contra os corruptos” e sua principal arma foi a decretação de prisões provisórias, muitas vezes com frágeis indícios, com o objetivo de conseguir acordos de delação premiada e humilhação pública.

O objetivo aqui não é questionar a Lava Jato, tampouco os acordos de delação premiada, mas sim chamar a atenção do quanto que a decretação de detenções, mesmo arbitrárias, agrada

¹² *Idem.* p. 217.

¹³ *Ibidem.* p. 218.

a opinião pública que percebe assim um Estado atuante, que pune, sem perceber que está observando uma “cortina de fumaça” que encobre as ineficiências do Estado relativas à criminalidade e ao controle social.

O capítulo dissertará sobre a prisão, sua função e características, e mostrará as diferenças entre as justificativas para a prisão-pena, que é a prisão em função da condenação por crimes praticados e a prisão provisória e os seus mecanismos no ordenamento jurídico brasileiro, além de buscar demonstrar quão graves são os problemas oriundos da confusão entre as justificativas para a prisão-pena e para a prisão provisória. O capítulo continua com um apanhado sobre o direito fundamental à presunção de inocência, que, conforme FERRAJOLI,¹⁴ é “o elemento que determina a civilidade de um Estado”.

Será apresentado o processo histórico que inicia, por uma estranha ironia no ano de 1215, quando foi criado, de forma inovadora, o princípio da presunção de inocência na Magna Carta de João sem Terra, sendo que no mesmo ano, foi realizado o IV Concílio de Latrão, que implantou o modelo inquisitorial nos processos da Santa Sé, que, dentre outras coisas, determinou que “mesmo aquele apenas suspeito de heresia tinha o ônus de provar sua inocência”, o que implicava na presunção de culpa.¹⁵

Presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em vários diplomas internacionais e, também, em todas as constituições republicanas brasileiras, a presunção de inocência somente ganhou maior efetividade no Brasil, a partir da CRFB/88 e mesmo assim, com alguma carência de efetividade, em especial quando se analisa as prisões provisórias.

No segundo capítulo, não mais se falará em penas para condenados pela justiça, mas sim pela aplicação do mesmo castigo abominável para pessoas que ainda são presumidamente inocentes. O capítulo iniciará apresentando a previsão no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, que permite a prisão provisória e determina quais são as “situações excepcionais”.

Nessa apresentação serão denunciadas as falhas nos normativos, que permitem aos magistrados implantarem um direito penal que mantém centenas de milhares de brasileiros detidos, normalmente de forma indigna, enquanto aguardam a morosa justiça brasileira dar seus passos.

¹⁴ GONÇALVES, Marianna Moura. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais, à luz da proporcionalidade**. São Paulo, 2011, 490 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 98-99.

¹⁵ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Magna Carta e Quarto Concílio de Latrão: 800 anos depois dois caminhos diferentes ainda orientam o presente e o futuro do processo penal brasileiro**. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rodrigo-chemim-guimaraes/magna-carta-e-quarto-concilio-de-latiao-800-anos-depois-dois-caminhos-diferentes-ainda-orientam-o-presente-e-o-futuro-do-processo-penal-brasileiro-4v0b7wfwyf3jvens43zm92k5w/>. Acesso em 07 ago 2020.

Segue o capítulo com a apresentação da situação no Brasil. A análise dos casos de prisões provisórias na prática brasileira deixa claro que há um grande descompasso entre a teoria e a prática, pois o *modus operandi* institucional brasileiro parece aplicar uma ideia de presunção de culpa, mesmo com toda previsão legal e constitucional da presunção de inocência.

A CFRB/88 dedica vários incisos do seu artigo 5º, que é um catálogo de direitos fundamentais, para garantir a presunção de inocência e o devido processo legal. Entretanto, apesar de tamanho cuidado do constituinte, o Brasil apresenta hoje a terceira maior população carcerária do mundo, sendo que aproximadamente 40% dos reclusos ainda não tiveram direito a um julgamento, o que parece ser um número exageradamente expressivo para algo que deveria ter um caráter excepcional.

Percebe-se assim um paradoxo institucional, pois o poder constituinte e o legislativo criaram um ordenamento que garante a presunção de inocência, mas o poder judiciário e as forças policiais parecem crer na existência da presunção de culpa. As razões que levam a essa situação extrapolam as questões de direito. O direito penal simbólico, o ativismo judicial e o *lawfare* conferem um caráter extremamente punitivo ao Estado, na sua busca de atender o “clamor das ruas.”

Não encontrando a solução do problema no ordenamento jurídico e na prática institucional brasileira, o autor faz uma busca de soluções no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Então, no terceiro capítulo se debruçará sobre os Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos, analisando nesse capítulo o Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos e adentrará, com mais profundidade no Sistema de Direito da União Europeia que a cada passo eleva o seu entendimento sobre a maximização da garantia dos direitos fundamentais.

A importância de valer-se do exemplo da União Europeia para o enfrentamento do tema se justifica pelos novos referenciais que foram criados para viabilizar a consolidação da União Europeia, a partir do Direito. Mecanismos como os Livros Verdes, para a promoção da democratização do debate jurídico, e o *modus operandi* do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que se vale da interconstitucionalidade e interjusfundamentalidade na busca da máxima efetivação dos direitos fundamentais, são exemplos importantes de como é possível enfrentar problemas complexos, sem esconder-se atrás de respostas fáceis e maniqueístas.

A efetividade na tutela do Direito Fundamental à Presunção de Inocência é um desafio em diversos países que, por alegadas razões de segurança e soberania, insistem em relativizar o *mandamus* decorrente dos tratados internacionais e do próprio ordenamento interno. A

disseminação do medo, em muito ampliada pelos atos terroristas de 2001 nos EUA, e a consequente publicação do chamado “Ato Patriótico”, colocou em causa o Direito Fundamental à Presunção de Inocência, que perdeu efetividade em muitos países.

O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, no entanto, mantém a garantia da presunção de inocência, independente de atos de suposta valorização da soberania tomados por vários Estados em todo mundo. Essa garantia alcançou contornos mais significativos no contexto da União Europeia, apesar de toda heterogeneidade cultural dos seus Estados-Membros, o que foi possível, em grande parte, graças aos processos de tomada de decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

O TJUE foi construindo jurisprudencialmente uma dinâmica de maximização da proteção dos direitos humanos, de forma a garantir não apenas que todos os Estados-membros tivessem que obedecer a um mínimo irredutível, como pouco a pouco, nos casos concretos, foi ampliando o alcance dos direitos fundamentais, de acordo com o ordenamento jurídico-constitucional dos países envolvidos em litígios dentro da União Europeia, agindo dessa forma em um constante exercício pela busca da maior efetividade possível dos direitos fundamentais.¹⁶

Finalmente, no quarto capítulo, será feito um estudo dos mecanismos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e a jurisprudência formada em relação à busca da efetivação da presunção de inocência em casos nos quais os Estados violam o direito internacional ao efetuarem prisões provisórias arbitrárias.

A aplicação da máxima efetivação dos direitos fundamentais, inspirada no modelo da União Europeia (UE) e seus mecanismos, em especial a interconstitucionalidade, levando em conta a jurisprudência do SIDH, considerando ainda o catálogo de direitos fundamentais e a cláusula de abertura para garantia do Direito Internacional dos Direitos Humanos, prevista no parágrafo segundo do artigo 5º da CRFB/88, pode se tornar realidade. No entanto, não há dúvidas de que há um longo caminho a seguir, mas cada passo é importante.

Da busca da garantia do Direito Fundamental à Presunção de Inocência, no Direito Internacional dos Direitos Humanos, espera-se encontrar propostas para aplicação no Brasil. Essas que são aqui apresentadas, talvez nunca sejam discutidas nas apropriadas searas políticas e, se forem, talvez venham a ser rechaçadas de imediato, mas sonhar é necessário. Inovações e quaisquer tipos de mudança quase sempre nasceram da esperança e da utopia.

¹⁶ SILVEIRA, Alessandra. **Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial.** Braga, SDUM. (Cópias policopiadas, sem identificação de data de publicação, gentilmente cedidas pela autora em novembro de 2019).

É preciso esperança, mas esperança do verbo esperar, não do verbo
esperar;
porque tem gente que tem esperança do verbo esperar.
E esperança do verbo esperar não é esperança, é espera. Esperançar
é se levantar,
esperançar é ir atrás,
esperançar é construir,
esperançar é não desistir!
Esperançar é levar adiante,
esperançar é juntar-se com outros,
para fazer de outro modo.
(Paulo Freire)

Capítulo I – Punição.

1.1 Descrição do Tema.

O primeiro tema enfrentado pela presente Dissertação é a aplicação da punição pelo sistema jurídico e a discussão sobre o caráter punitivo em medidas que deveriam apenas acautelar e garantir o resultado útil de um processo penal, como a prisão provisória.

Tal tema será enfrentado inicialmente apresentando reflexões sobre as razões que justificam as punições, quem pode e deve ser punido, os princípios jurídicos que limitam a punição, com destaque para a presunção de inocência, e o uso da prisão como mecanismo punitivo.

Encerra o capítulo uma apresentação sobre a distinção entre a prisão-pena, a ser cumpridas por condenados pela justiça e a prisão cautelar, ou provisória, infligida a suspeitos de cometimento de delitos.

1.2 Razões para Punição.

A punição é uma medida de controle social utilizada desde os tempos mais remotos. Segundo o pensamento judaico-cristão, desde a criação do mundo, Deus se manifestou punindo os erros humanos. O capítulo do Gênesis, da Bíblia judaico-cristã, apresenta vários exemplos de Deus punindo os homens, seja na expulsão do paraíso, no dilúvio ou na destruição de Sodoma e Gomorra.

Usada como ferramenta de controle social, nos mais diversos locais, como escolas, quartéis, igrejas e até mesmo nos lares, a exigência de penas ainda é uma característica do atual estágio de desenvolvimento das sociedades modernas, que delegaram ao Estado o papel de distribuidor e executor das penas.

O papel que corresponde ao Estado é o de preservar a ordem social, e para tanto, no caso da criminalidade, ou seja, em *ultima ratio*, empregar o instrumento coativo mais forte de que dispõe, que é a pena ou a medida de segurança.¹⁷

Via de regra, a pena sempre foi aplicada, em cada ambiente, pela pessoa legitimada no próprio grupo, quer seja um superior hierárquico, um padre ou um pai de família. Normalmente

¹⁷ BUSATO, Paulo César, **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. São Paulo; Atlas, 2013. p. 3.

penas brandas, sempre com a ideia de que a aplicação da pena seria o melhor para todo o grupo, incluindo aquele que sofre a punição.

Fora desses grupos fechados, a pena, na antiguidade, era aplicada por membros da sociedade privada e se caracterizava muito mais como uma vingança do que exatamente a aplicação de uma pena, legal ou moral, previamente determinada pela sociedade. Tais vinganças eram aplicadas de forma intuitiva, sem a existência de metodologias específicas para tal, e normalmente se caracterizavam pela brutalidade.

O principal é que nessa época existia uma vingança coletiva, que não pode ser considerada como pena, pois vingança e pena são dois fenômenos distintos. A vingança implica liberdade, força e disposições individuais; a pena, a existência de um poder organizado.¹⁸

No período histórico anterior às revoluções liberais, a legitimação do direito de punir, para além de pequenos grupos e das ações vingativas de particulares, cabia aos monarcas ou às autoridades eclesiásticas, que haviam recebido o direito de punir por desígnios divinos.

À época da Inquisição, o processo penal servia a propósitos políticos e religiosos evidentes, atuando como uma forma de combate aos inimigos do Estado e à heresia condenada pela Igreja Católica.¹⁹

Com a implantação dos Estados-Nações, orientados por constituições e um ordenamento jurídico, houve a construção dos princípios e regras que passaram a determinar os limites para a punição, com o desenvolvimento de um sistema processual penal acusatório, que previa um julgamento justo por um juiz imparcial e um conjunto de direitos e garantias à disposição do arguido, ao contrário do sistema inquisitório que nada mais era que um sistema para concretizar uma condenação previamente definida.²⁰

Dessa forma, conforme GONÇALVES, estabeleceu-se um novo sistema processual penal, fundamentado no respeito aos direitos dos acusados, na “investigação através de meios de defesa confiáveis” e na existência do contraditório.²¹

Assim, com o novo modelo, até mesmo as igrejas, que passaram a ser as únicas herdeiras do poder divino de punir, passaram a encontrar obstáculos nos princípios e regras que foram criados pelo Direito. Não podendo mais aplicar indistintamente as punições, a quem quer que

¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal – 17ª Edição – De acordo com as Leis n. 13.869/2019 e n. 13.964/2019.** (Versão Kindle). São Paulo; Saraiva Jur, 2020. l. 43.

¹⁹ GONÇALVES, Marianna Moura. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais, à luz da proporcionalidade.** São Paulo, 2011, 490 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

²⁰ MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da constituição.** Florianópolis; Empório do Direito, 2016. p. 60-65.

²¹ GONÇALVES, Marianna Moura. **Prisão e outras medidas...** *(op. cit.)*.

fosse, a Igreja Católica passou a valer-se da ameaça da punição divina para implementar o controle de seus fiéis. Afinal, quem nunca sofreu, de alguma forma, a ameaça de arder nas fogueiras do inferno?

O catecismo me ensinou na infância, a fazer o bem por interesse e não fazer o mal por medo. Deus me oferecia castigos e recompensas, me ameaçava com o inferno e me prometia o céu; e eu temia e acreditava. (Eduardo Galeano).

Independentemente do uso abusivo da punição, utilizada para legitimar os detentores do poder, quer seja político ou religioso, e independentemente da evolução do direito penal, com o desenvolvimento de mecanismos menos cruéis e mais democráticos para a determinação e aplicação da pena, o fato é que a pena, em diversas culturas, é uma exigência popular. Indo além do desejo de vingança, a punição é percebida como um importante mecanismo de aprendizado. “O que não se aprende no amor, se aprende na dor”, conforme diz um adágio popular.

Tal pensamento popular se baseia na ideia de que a principal razão que afasta a vontade humana de valer-se de práticas em desacordo com a moral vigente, para obter vantagens, é o medo do castigo. Esse medo é também o fundamento para uma das mais importantes teorias de justificação do direito penal, chamada de Teoria da Prevenção Geral, que destaca que a principal razão da pena é a prevenção.

Em muitos casos é impossível remediar o mal cometido, mas sempre se pode tirar a vontade de fazer mal, porque por maior que seja o proveito de um delito sempre pode ser maior o mal da pena. (Jeremy Bentham).²²

Com o desenvolvimento do direito, em um longo processo histórico, que atravessou duas guerras mundiais, ideias racionais levaram à busca de limites jurídicos comuns baseados na racionalidade. Os Estados passaram a buscar novos referenciais, que forjaram os chamados princípios jurídicos internacionalmente aceitos, que pouco a pouco assumiram um status de universalidade. Dentre tais princípios, para o escopo do presente trabalho, pode-se destacar a presunção de inocência, o devido processo legal, o contraditório e a plenitude da defesa, presentes nos artigos IX, X e XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos.²³

Passados mais de 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, percebe-se que pensamentos distintos ainda perduram e o uso abusivo do direito penal ainda é bastante

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão – Causas e alternativas. 5ª edição.** São Paulo: Saraiva, 2017. p.78.

²³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade. 18ª edição, revista e atualizada.** São Paulo; Saraiva Jur, 2018. p. 527.

presente, quer seja por motivos religiosos, quer seja pela busca de legitimação e perpetuação do *status quo* vigente, quer seja para a manutenção do poder.

Discursos populistas contrapõem-se aos acordos internacionalmente consolidados, sendo comum, em especial no Brasil, que o representante do Estado que exerça, mesmo de forma autoritária, o poder de punição, seja considerado mais justo e mais legítimo do que aquele que garante os direitos fundamentais e respeita o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Um bordão frequentemente usado nas redes sociais, nos meios de comunicação e, até mesmo em salas de aulas de graduação em direito, no Brasil, é o de que “o mal do Brasil é a impunidade”. Tal bordão dissemina-se pela sociedade como um mantra, sem discussões, sem reflexões, como uma verdade inquestionável.

Esse pensamento criou no imaginário popular a crença de que há uma relação direta entre o aumento da punição e a diminuição da criminalidade, apesar de que no Brasil ambas crescem sistematicamente, sendo que a taxa de crescimento do encarceramento é bastante superior ao aumento da criminalidade.²⁴

Tal crença ampliou-se significativamente nos últimos anos, em função de um crescimento dos movimentos políticos conservadores, que se valem de argumentos extremistas de moral e religião, muitas vezes seguindo a linha neopentecostal²⁵ que defende o conceito de que as penas devem, por desígnio divino, ser imputadas àqueles que se desviam dos caminhos pré-determinados.

Mas, se houver dano grave, então, darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferimento por ferimento, golpe por golpe (Êx 21.23-25).

Embora o pensamento cristão tenha recebido interpretação diversa pelo próprio Jesus Cristo, infelizmente os ensinamentos do Pentateuco continuam influenciando a filosofia judaico-cristã.

Ouvistes que foi dito: Olho por olho, dente por dente. Eu, porém, vos digo: não resistais ao perverso; mas, a qualquer que te ferir na face direita, volta-lhe também a outra; e, ao que quer demandar contigo e tirar-te a túnica, deixa-lhe também a capa. Se alguém te obrigar a andar uma milha, vai com ele duas (Mt 5:38-41).

²⁴ HAHN, Julio Cesar. **Presunção de Inocência, que inocência! A ineficácia do Direito Fundamental à Presunção de Inocência nas prisões provisórias no Brasil**. Curitiba, 2017, 57 f. Monografia (Especialização em Direito Constitucional), Academia Brasileira de Direito Constitucional.

²⁵ Portal DomTotal. **Movimento Pentecostal e Neopentecostal: diferenças e semelhanças**. Disponível em: <https://domtotal.com/noticia/1258786/2018/05/movimento-pentecostal-e-neopentecostal-diferencas-e-semelhancas>. Acesso em 11 out 2020.

Independente da religião professada, concordando ou não com tais premissas, o fato é que há um pensamento arraigado de punitivismo na sociedade brasileira, o que claramente foi visto no apoio à mundialmente conhecida operação Lava Jato. O uso de mecanismos que ultrapassaram os limites definidos pela Constituição e ordenamento jurídico brasileiros, parecia sempre ser razoável pelo fato de estar “acabando com a impunidade”.

Na contramão desse pensamento, quase em um movimento “neo-iluminista”, uma série de doutrinadores, do direito penal e constitucional, questionam a necessidade e a utilidade da punição. Não afirmando que as penas devam ser abolidas, apontam para a necessidade de debate sobre as razões, ou falta de razões, para a punição estatal.

Na sua obra, *Por que punir? Teoria Geral da Pena*²⁶, Tatiana BICUDO, Promotora Pública brasileira, apresenta uma série de ideias de pensadores da criminologia, desde o Século XVIII até os dias atuais, para auxiliar no enfrentamento dessa temática.

Da análise das ideias apresentadas nesse livro, buscadas em Cesare BECCARIA e Jeremy BENTHAM, pensadores do Século XVIII, e em alguns pensadores do Século XX e XXI, como Luigi FERRAJOLI, Claus ROXIN e Alessandro BARATTA, é possível chegar a algumas conclusões.

Em primeiro lugar, sim, é necessário argumentar se há razões para a pena. Não parece razoável a ideia de que punir seja algo inexorável, que prescindir de uma razão de ser, como numa paráfrase da expressão de *Chicó*, na peça popular brasileira, *O Auto da Compadecida*: “não sei porque, só sei que é assim”²⁷.

Da mesma forma, não é razoável aceitar o argumento, muitas vezes ouvido nos meios de comunicação ou nas redes sociais, de que “é necessário punir para acabar com a impunidade”, o que é um raciocínio absurdo, semelhante a dizer que é necessário quebrar para que não fique inteiro.

O presente trabalho não tem a pretensão de fazer um estudo criminológico exaustivo sobre a finalidade da pena, no entanto, não pode seguir adiante sem buscar fundamentação nas teorias clássicas. De acordo com BUSATO²⁸, as teorias clássicas que fundamentam a pena são as teorias absolutas (retribucionistas) e as teorias relativas (preventivas), além de teorias mistas, que se valem de elementos das duas teorias anteriores.

²⁶ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria Geral da Pena, 2ª edição**. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁷ “O Auto da Compadecida”, peça teatral brasileira, de Ariano Suassuna, que mistura regionalismo e religiosidade — e equilibra tradição popular e elaboração literária —, traz as divertidas aventuras de João Grilo e de seu companheiro Chicó, dois trapaceiros que tentam ganhar alguns trocados enganando as pessoas numa pequena cidade do sertão paraibano.

²⁸ BUSATO, Paulo César. Consequências Jurídicas do Direito. IN _____ **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 210-272.

As teorias retribucionistas partem do princípio de que “a pena teria um fim em si mesma, não lhe correspondendo nada mais que simplesmente realizar a justiça”. Assim sendo, de acordo com tais teorias, não há de se fazer considerações sobre benefícios ou malefícios que a pena traria para a sociedade. Simplesmente há uma punição para o desrespeito das regras jurídicas, o que traz para o direito argumentos baseados na moral.

Tal teoria é fortemente rechaçada por vários autores, como ROXIN, que considera que tal ideia contraria a razão de ser do Direito Penal, que é a proteção dos bens jurídicos, sendo “absolutamente inaceitável em um Estado social e democrático de Direito.”²⁹ Na mesma linha Silva SÁNCHEZ, afirma que o retribucionismo fundamenta as razões da punição numa analogia com o “Juízo Final Divino sobre os pecadores”³⁰. ZAFFARONI chama a atenção do caráter ideológico de tais fundamentos, em especial na América Latina, onde partem do “pressuposto da existência prévia de uma igualdade social na qual, absolutamente não vivemos”,³¹ para punir aqueles que ousam afastar-se de um modelo imposto pelo *status quo* vigente.

Assim, indo além dos argumentos citados por diversos autores, BUSATO afirma:

De qualquer forma, a fórmula odiosa e maniqueísta do retribucionismo segue existindo como fundamento defendido por alguns autores, apesar da inevitável associação à ideia de vingança, própria de uma barbárie ancestral.³²

O autor defende que, embora também sofram críticas, as teorias mais aceitas pela doutrina e pelos pensadores afeitos aos conceitos de um Estado Democrático de Direito são as teorias relativas, prevencionistas, que defendem que a pena tem por objetivo a prevenção do crime e a pacificação social, quer seja por evitar que o mesmo autor venha a delinquir novamente, quer seja para desincentivar que outros autores cometam novos delitos.

Como questionamento, no entanto, é importante frisar que não há estudos que comprovem que a punição, de fato, reduza a criminalidade, sendo uma teoria empírica, embora com aceitação por grande parte da doutrina.

A principal finalidade, pois, a que deve dirigir-se a pena é a prevenção geral – em seus sentidos intimidatórios e limitadores -, sem deixar de lado as necessidades da prevenção especial, no tocante à ressocialização do delinquente.³³

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão – Causas e alternativas. 5ª edição.** São Paulo: Saraiva, 2017. p. 172.

Assim, se a punição tem um objetivo de evitar a ocorrência de novos crimes, cuidados devem ser tomados para que os efeitos da teoria se realizem, ou seja, não se pode permitir que a punição, além de não reduzir a criminalidade, de alguma forma possa aumentá-la, o que pode ocorrer em situações em que sujeitos que praticaram desvios eventuais passem a conviver com criminosos contumazes e, pior ainda, com representantes do crime organizado, podendo ser cooptados por tais grupos, o que é uma realidade em muitos centros prisionais brasileiros.

De acordo com vários pensadores, dentre eles Luigi FERRAJOLI e Alessandro BARATTA, não é razoável um Estado que transforme um sujeito eventualmente desviante em um delinquente perigoso. Não é razoável que alguém saia do cumprimento de uma pena pior para a sociedade do que quando entrou.

(...) o cárcere produz e reproduz o delinquente, e serve para representar como normal a relação de desigualdade social existente na sociedade. (Alessandro Baratta)³⁴

Excluída qualquer finalidade de emenda ou disciplinária, o único que se deve pretender da pena é que, como escreve Francesco Carrara: 'não perverta o réu', isto é, que não reedue e tampouco desedue; não tenha uma função corretiva nem tampouco corruptora; que não pretenda fazer o réu melhor nem pior. (Luigi Ferrajoli).³⁵

Dentro dessa linha, parece fundamental entender que, para o direito penal começar a dar respostas sociais, reduzindo a criminalidade, é fundamental que se penalize apenas os que tenham que ser penalizados, evitando-se tanto quanto possível a aplicação da pena nas situações em que não se vislumbre benefícios para a redução da criminalidade ou garantia da paz social.

Ao contrário de um pensamento de senso comum, de que mesmo que a pena não traga a redução da criminalidade, pior seria sem ela, é necessário chamar a atenção para o fato de que a construção do combate à criminalidade passa, também, pelo não fornecimento de mão de obra para o crime.

De acordo com BITENCOURT, é cada vez mais presente a tese de que a prisão é um fator criminógeno, ou seja, "considera-se que a prisão, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la."³⁶ De acordo com o autor, muitos são os fatores presentes na vida carcerária com características criminógenas, mesmo que os desviantes eventuais não tenham contato com o crime organizado.

³⁴ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir?** (op. cit.), p. 149.

³⁵ *Idem.* p.150-151.

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena...** (op. cit.). p. 179-182.

Esses fatores podem ser materiais e higiênicos, como deficiência de alimentos, alojamentos com más condições de higiene, com pouca ventilação natural e excesso de umidade, o que leva inevitavelmente ao prejuízo da imunidade dos detentos, com o que se soma o contágio causado pelo excesso populacional. Doenças como tuberculose, Aids e sífilis apresentam níveis muito mais altos entre os encarcerados do que no restante da população³⁷.

Também há fatores que causam malefícios psicológicos e mesmo éticos, pois “a prisão, por sua própria natureza é um lugar onde se dissimula e se mente” e a “aprendizagem do crime e formação de associações delitivas são tristes consequências do ambiente penitenciário”.³⁸

Acrescenta-se ainda, a esses fatores, segundo o penalista, os fatores sociais, pois o tempo em que o sujeito permanece na instituição penitenciária traz consequências tão nefastas que dificultam em muito a futura reinserção social.

Conclui-se, então que o discurso da punição a qualquer preço precisa ser visto com muitas reservas. A punição deve sim ser aplicada pelo Estado, mas nas situações adequadas, com os devidos cuidados para que tais punições não tragam mais prejuízos do que ganhos para a sociedade.

1.3 O Sujeito da Punição.

Considerando então que, em determinados casos haja razões para punir, torna-se imperioso definir quem pode e deve ser punido, quando pode ser punido e de que forma deve ser punido.

A teoria jurídica não deixa dúvidas de que apenas após a condenação pela prática de um delito, dentro de um devido processo legal, possa haver a punição. Assim sendo, antes de mais nada, a comprovação da existência do delito e a autoria são imprescindíveis para que possa haver condenação.

Embora isso possa parecer óbvio, os elementos da teoria do delito³⁹, determinam uma série de limitações ao direito de punir, tanto pela política criminal legislativa, como pelos princípios do direito interno e mesmo internacional.

³⁷ **MJ Divulga novo relatório sobre população carcerária brasileira.** Disponível em: <http://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em 15 abr 2017. Acesso em 27 abr 2021.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena...** (*op. cit.*). p. 179-182.

³⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Teorias da conduta no direito penal.** Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/631/r148-5.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em 25 out 2020.

A teoria do delito estabelece mecanismos para determinar se algo é ou não um delito, pois como já está claro, a prática de um delito é questão indispensável para que o Estado possa valer-se do seu poder punitivo.

De forma simplificada a teoria do delito prevê que para existir um delito deve haver uma conduta, tipificada como delito, que seja antijurídica, com culpabilidade possível do agente.

Materialmente, o delito se realiza quando há efetiva lesividade no comportamento concretizado e descrito no tipo; quando a conduta não é justificada (excludentes da ilicitude), e quando o agente, maior e capaz, pode ser considerado culpável, à vista de suas condições pessoais diante do fato (concreta inexigibilidade de conduta pessoal diversa).⁴⁰

A tipificação é o objeto da política criminal legislativa, que determina quais são as condutas consideradas delituosas e quais as penas relacionadas. Assim, de acordo com a política legislativa criminal, o Estado cria uma lista finita e exaustiva das condutas (*numerus clausus*), não sendo possível punir penalmente nenhuma conduta fora dessa lista. Embora existam princípios jurídico-constitucionais que devam ser levados em consideração, é nesse ponto que os legisladores estabelecem a “vontade” punitiva do Estado.

Conforme PACELLI e CALLEGARI, os delitos são “juízos de censura sobre determinados comportamentos”.

O delito, então, surge como um juízo de censura sobre determinados comportamentos. Juízo esse da competência do Poder Legislativo, no âmbito da análise do direito positivo, estatal.⁴¹

Embora haja esforço legislativo para definir os demais elementos, como existência da conduta, elementos de antijuridicidade e de culpabilidade, pode-se dizer que nessa seara os princípios gerais do direito possuem força preponderante, pois não parece razoável, em um Estado Democrático de Direito, que o legislador desconsidere, por exemplo, a legítima defesa, como elemento que exclua a antijuridicidade, tampouco que possa atribuir através da lei a punibilidade para pessoas que não possuam capacidade de discernir sobre seus próprios atos.

Uma vez definida a existência de um delito e identificada a probabilidade de autoria, por um sujeito capaz, que não poderia alegar razões de escusa suficientes para cometer tal delito, a próxima barreira a ser superada é a comprovação da sua culpa, em um devido processo legal,

⁴⁰ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal – Parte Geral. 5ª edição, revista e atualizada.** São Paulo: Editora Atlas. p. 294.

⁴¹ *Idem.* p. 297.

amparado em garantias constitucionais, pois o direito não admite, ao menos em tese, que seja condenada uma pessoa inocente.

A CRFB/88 consagrou, no seu catálogo de direitos fundamentais, uma série de princípios que garantem ao arguido todas as ferramentas para que exerça sua defesa, dentro de um devido processo legal. Tais dispositivos constitucionais, inalienáveis, não nasceram da edição da Carta Magna, mas refletem disposições do Direito Internacional dos Direitos Humanos, consagrados historicamente, principalmente nos acordos internacionais posteriores à segunda guerra mundial e não deveriam mais ser objeto de discussão dentro de um Estado Democrático de Direito.

Dentre tais princípios, para fins do presente trabalho, será detalhado o princípio da presunção de inocência, princípio esse que goza de um caráter pretensamente universal, pois está presente nos mais importantes documentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Toda pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas. (Declaração Universal dos Direitos Humanos).

Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos).

Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. (Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: b) o direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida por um tribunal competente. (Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos).

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. (Convenção Americana dos Direitos Humanos).

1.4 Presunção de Inocência.

Ninguém pode ser condenado como criminoso até que seja provada sua culpa, nem a sociedade pode retirar-lhe a proteção pública até que tenha sido provado que ele violou as regras pactuadas. [...] aos olhos da lei, todo homem é inocente se o crime não for provado. (Cesare Beccaria).

A história do Direito Constitucional, que também pode ser considerada a história dos direitos fundamentais, apresenta a Magna Carta, de 1215, durante a Idade Média, como sendo o documento precursor desses direitos. Embora não tenha nascido em função de um movimento

popular, ao contrário, foi fruto de uma ação de força de barões e proprietários de terra. A Magna Carta trouxe no seu texto uma série de exigências, que futuramente passaram a compor os catálogos de direitos fundamentais nos mais diversos países. Não há nessa carta nenhuma manifestação expressa sobre a presunção de inocência, no entanto, apresenta a obrigatoriedade de um devido processo legal para que alguém seja considerado culpado de um delito⁴².

Ninguém poderá ser detido, preso ou despojado dos seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus Pares segundo as leis do país.⁴³

A expressão, presunção de inocência, já utilizada por Beccaria⁴⁴ e outros iluministas, surgiu positivada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na Revolução Francesa.

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.⁴⁵

No ordenamento jurídico-constitucional de diversos países, por todo o mundo, os princípios iluministas, dentre eles a presunção de inocência, foram incorporados. No Brasil, em vista da influência do movimento iluminista e da Revolução Francesa, a presunção de inocência já aparece na primeira Constituição, outorgada pelo monarca, em 1824. No entanto, tal direito fundamental, que sempre foi citado em todas as constituições brasileiras, foi sempre negligenciado, até a proclamação da CRFB/88.⁴⁶

Conforme BATISTA, a primeira Constituição republicana brasileira, de 1891, afirmava a garantia da presunção de inocência, que poderia ser excepcionada apenas pela lei. No entanto, a referida lei permitia aos juizes de paz “cominar penas de multa, prisão de até 30 dias ou internação por três meses em casas de correção aos **suspeitos de pretensão** de cometer algum crime.” Além disso, tal presunção de inocência não se aplicava “aos negros, escravos ou não”, tampouco aos “desclassificados urbanos - prostitutas, cáptens, desempregados, capoeiras e malandros.”⁴⁷ (grifo inexistente no original).

⁴² FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional, 7ª Ed.** Rio de Janeiro; Forense, 2015. p. 36.

⁴³ USP. **Magna Carta.** Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>. Acesso em 25 out 2020.

⁴⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Tradução Neury Carvalho Lima. São Paulo; Hunter Books, 2012.

⁴⁵ USP. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.** Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 25 out 2020.

⁴⁶ GONÇALVES, Marianna Moura. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais, à luz da proporcionalidade.** São Paulo, 2011, 490 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁴⁷ BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira.** Rio de Janeiro; Revan, 2016. p. 34-35.

Mesmo após a proclamação da CRFB/88, alguma resistência foi esboçada, vista que a Constituição não menciona a expressão presunção de inocência de forma explícita, o que levou alguns penalistas a utilizar a expressão “presunção de não culpabilidade,” o que, segundo GONÇALVES, é uma concepção errônea e perigosa. De acordo com a pesquisadora, a expressão surgiu na Escola Positiva italiana, durante o regime fascista, e servia para flexibilizar a ideia da presunção de inocência, servindo assim para tirar o caráter abusivo das prisões injustificáveis praticadas naquele regime.⁴⁸

Ela reforça também que esse estratagema logo foi execrado pela doutrina internacional, no entanto, volta e meia é lembrado na busca de justificção de abusos. Além de GONÇALVES, autores como LOPES JUNIOR e BADARÓ, repudiam esse conceito, considerando que esse reducionismo se alinharia a um momento jurídico internacional anterior às principais convenções internacionais de direitos humanos, em especial à Convenção Americana de Direitos Humanos, o que representaria a negação da base democrática da Constituição brasileira.⁴⁹

Importante ressaltar também que, conforme RITTER, o instituto da presunção de inocência não deve ser confundido com o princípio do *in dubio pro reo*, pois é muito mais abrangente. O *in dubio pro reo* é um princípio muito importante no processo penal, porém a presunção de inocência protege o arguido já antes do processo e o acompanha até o momento em que a comprovação em definitivo da culpa supere a presunção de inocência.⁵⁰

A presunção de inocência é uma norma de tratamento a ser aplicada ao arguido desde o período investigativo, o que mostra o caráter abusivo de parte da mídia, que em muitas situações já o condena antes ainda de se tornar réu em um processo penal. Também é norma probatória, pois as provas cabem a quem acusa, sendo totalmente desprovido de sentido jurídico a exigência de que o réu prove a sua inocência e finalmente é regra de juízo, pois cabe ao magistrado sempre considerar a interpretação mais favorável ao acusado.⁵¹

Considerando todos os elementos apresentados até aqui, neste capítulo, é possível fazer a seguinte sintetização: a punição, que representa um limite no desenvolvimento das sociedades, pode e deve ser aplicada, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, sempre que contribuir, ao menos teoricamente, para a redução da criminalidade e a construção da paz social. Somente pode ser aplicada para alguém que comprovadamente praticou um delito, de acordo

⁴⁸ GONÇALVES, Marianna Moura. **Prisão e outras medidas.** (op. cit.).

⁴⁹ HAHN, Julio Cesar. **Presunção de Inocência...** (op. cit.).

⁵⁰ RITTER, Ruiz. **Definitivamente, é preciso falar mais sobre a presunção de inocência.** Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/definitivamente-e-preciso-falar-mais-sobre-a-presuncao-de-inocencia/> Acesso em 15 abr 2017.

⁵¹ *Idem.*

com a teoria do delito, e foi julgado, através de um devido processo legal, tendo recebido todas as garantias constitucionais previstas, dentre elas, a presunção de inocência.

Resta discutir agora, como deve ser punido.

1.5 A Prisão.

FOUCAULT, em seu clássico, *Vigiar e Punir*, chamou a prisão de “detestável solução”, da qual não podemos abrir mão, num entendimento de que não há outra solução a ser dada para o controle da criminalidade.

Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E, entretanto, não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão⁵².

Criada inicialmente com o objetivo de manter custodiados os acusados, servindo também como ambiente para aplicação de torturas, na busca de confissões forçadas, a prisão foi transformada na principal pena, num processo histórico evolucionário que pouco a pouco foi deixando no passado os horrores do suplício e das demais penas cruéis (galés, banimento, açoites).

A prisão, peça essencial no conjunto das punições, marca certamente um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à “humanidade.”⁵³

O Iluminismo foi responsável, em grande parte por essa evolução, pois da mesma forma que os monarcas perderam seu *status* de representantes divinos e passaram a encontrar, na Constituição e nas leis, limites e direção para os seus atos, o fundamento da pena migrou da ofensa ao monarca, que significava, indiretamente, uma ofensa a Deus, para o controle social pelo Estado.⁵⁴

O pensamento de iluministas como Cesare BECCARIA e Jeremy BENTHAM, deu as bases para o moderno sistema penal, separando as noções de crime e pecado, e estabelecendo diferenças entre direito e moral ou religião. BECCARIA, inclusive estabeleceu a necessidade de relacionar e quantificar a pena ao dano social causado pelo crime, delineando, dessa forma, um diferencial entre justiça e vingança.⁵⁵

⁵² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir...** (*op. cit.*). p. 218.

⁵³ *Idem.* p. 217.

⁵⁴ BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir?** ... (*op. cit.*) p. 41-77.

⁵⁵ *Idem.*

Essa evolução, sem dúvidas, foi fundamental no desenvolvimento das sociedades modernas, pois não seria razoável atualmente a existência de suplicios ou outras crueldades, mas traz uma discussão: será que o modelo da “prisão como pena por excelência”, desenvolvido no final do Século XVIII ainda é adequado, no Século XXI?

É possível depreender, da leitura de FOUCAULT, que, embora a prisão tenha sido a evolução de um modelo mais cruel, não é a solução dos problemas, muito pelo contrário.

As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou ainda pior, aumenta.⁵⁶

De acordo com BITENCOURT⁵⁷, a prisão é uma instituição falida, principalmente porque não resolve, ao contrário, perverte a sua principal razão de ser, que é a redução da criminalidade.

O autor destaca uma série de razões para a falência da prisão e para a deturpação do criminoso, que é o que de fato ocorre, ao invés da reabilitação. Ao invés de ressocializar e recuperar os delinquentes, a prisão potencializa a delinquência.

As razões para isso se dão pelo caráter criminogênico da prisão, que debilita a saúde física dos detentos, expostos a verminoses, parasitas e uma série de doenças, com destaque para a tuberculose e as doenças venéreas.⁵⁸

Além de aspectos físicos, o comportamento desenvolvido nas prisões leva a aquilo que costumeiramente se chama de “maus hábitos”, pois a estrutura interna de poder leva ao desenvolvimento de um modo de pensar dissimulado e mentiroso, necessário para a sobrevivência no ambiente penal. Isso, somado ao medo que impera durante toda a permanência na prisão, leva os apenados a desenvolverem uma série de psicopatias, muitas vezes irreversíveis.⁵⁹

Finalmente, ao retornar para a sociedade, encontram toda a sorte de restrições e preconceitos, pela sua “pecha” de ex-detento. Penas longas também, numa sociedade em constante e rápida evolução, causam imensa dificuldade de readaptação ao mundo e à liberdade.⁶⁰

A sociedade que se desenvolve dentro do estabelecimento penitenciário é o avesso do modelo de sociedade que se busca criar. A vida dos internos é cercada de medos, tanto dos

⁵⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir...** (op. cit.). p. 251.

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão – Causas e alternativas. 5ª edição.** São Paulo: Saraiva, 2017. p. 179-182.

⁵⁸ Segundo dados do Ministério da Saúde, pessoas privadas de liberdade têm, em média, chance 28 vezes maior do que a população em geral de contrair tuberculose. A taxa de prevalência de HIV/Aids entre a população prisional era de 1,3% em 2014, enquanto entre a população em geral era de 0,4%. Em 2014, a taxa de mortalidade criminal (óbitos resultantes de crimes) era de 95,23 por 100 mil habitantes, enquanto entre a população em geral, a taxa era de 29,1 mortes por 100 mil habitantes. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **MJ divulga novo relatório sobre população carcerária brasileira.** Disponível em: <https://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em 14 nov 2020.

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da...** (op. cit.). p. 179-182.

⁶⁰ *Idem.*

castigos e abusos exercido pelos funcionários e, principalmente, pelos abusos causados por outros detentos que passam a exercer o controle dentro da unidade prisional.⁶¹

Os estupros de novos apenados são prática cotidiana, sendo comuns as agressões físicas e até mesmo o assassinato de presos que contrariam ou se opõem às lideranças criadas no meio⁶².

Tal sistema de terror imposto pelas lideranças criminosas torna imperiosa a colaboração dos demais detentos, em especial dos detentos com curtas penas ou que estejam presos de forma provisória, que assim que são libertos praticam crimes a mando das lideranças da prisão, sob pena de sofrerem toda sorte de violências, caso voltem a ser encarcerados, ou de se tornarem alvos de crimes praticados por outros recém liberados. Isso quando as lideranças presas não controlam o crime organizado diretamente de dentro da própria prisão.

Experiências em outros países, como o Canadá e países europeus, apontam para a necessidade da busca de alternativas para a pena de prisão. De acordo com BARATTA, as estatísticas das últimas décadas dos “países capitalistas avançados,” apontam uma associação entre o sucesso de medidas penais com a redução da população carcerária, o que foi possível, dentre outras razões pelo abandono de teses que não se sustentam mais, como o caráter reeducativo do cárcere.⁶³

Conclui-se, do presente tópico, que a Prisão, que ainda é a solução punitiva por excelência, inclusive nos países mais desenvolvidos, merece questionamentos, pois, indubitavelmente, não ressocializa o preso e possivelmente não reduz a criminalidade, isso se não a alimenta.

1.6 Justiça Restaurativa.

Como um sopro de esperança em um sistema tão árduo, surge a proposta da justiça restaurativa, que longe de ser uma tese “abolicionista”, é uma tese racional. Na opinião do autor da Dissertação, não há como pensar em pena diversa da prisão para criminosos contumazes, psicopatas e outros, que poderiam ser chamados irrecuperáveis. E nesses casos, o objetivo da pena não seria a retribuição pelos males feitos, o que não seria um objetivo racional, mas sim a retirada de tais irrecuperáveis do convívio social, para evitar que voltem a cometer tais crimes. Ou seja, assassinos em série, estupradores contumazes, líderes do tráfico de drogas, do crime

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Folha de São Paulo. **Prisões Brasileiras registram uma morte a cada dois dias**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1395204-prisoas-brasileiras-registram-uma-morte-a-cada-dois-dias.shtml>. Acesso em 14 nov 2020.

⁶³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do direito penal. Tradução e prefácio de Juarez Cirino dos Santos, 6ª edição**. Rio de Janeiro; Revan, 2011. p.191-196.

organizado e dos “crimes de colarinho branco”, precisam ser condenados a longas penas, para a pacificação da sociedade.

No entanto, ao contrário do que pode pensar grande parte da sociedade, em termos numéricos, os criminosos acima citados são uma minoria. De acordo com as estatísticas prisionais, mais da metade dos encarcerados no Brasil são aqueles que praticam crimes contra o patrimônio (furto e roubo), além dos pequenos traficantes.⁶⁴

A forma de lidar com a maioria dos autores de delitos, que não podem ser pré-concebidos como “irreparáveis”, necessita ser outra, por questões de humanidade, racionalidade e também para redução de criminalidade, pois como acima comentado, de acordo com BITTENCOURT, as prisões têm um “caráter criminogênico”, que ao invés de reduzir a criminalidade, a amplia e conduz à reincidência e banalização do crime.⁶⁵

FOUCAULT dizia que a evolução da punição se tornou possível porque os delitos deixaram de ser ofensas ao Soberano e tornaram-se ofensas à Lei e ao Estado, o que trouxe objetividade e previsibilidade para a punição de condutas, ao invés da aplicação de castigos de acordo com o humor do Soberano.⁶⁶

A justiça restaurativa, mais além, traz um novo referencial, que pode fazer avançar essa evolução mencionada por FOUCAULT. De acordo com MONTE⁶⁷, a justiça restaurativa busca, mantendo a legalidade, retirar a ideia de que o crime seja uma ofensa ao Estado e colocar, como partes legítimas da questão o ofensor, a vítima e a sociedade. Ao invés de uma punição com caráter puramente retributivo, a justiça penal deve aplicar medidas que, embora possam ser vistas como punitivas, buscam a reparação do mal imposto à vítima e à sociedade, sem alimentar o rancor e a propensão de reincidência criminal do autor.

Infelizmente, conforme os autores do artigo, as visões ideológicas da política criminal se opõem à justiça restaurativa, dificultando um debate mais aprofundado do tema, que é de extrema relevância.

Enquanto o discurso criminológico da direita justiceira a associa a uma escandalosa tolerância face ao crime, as escolas criminológicas de esquerda preocupam-se com o fato de que as práticas restaurativas possam conduzir a uma sub-reptícia expansão do controle penal sobre o cidadão.⁶⁸

⁶⁴ Departamento Penitenciário Nacional – Infopen. **Levantamento...** (op. cit.).

⁶⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da...** (op. cit.). p. 179-182.

⁶⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir...** (op. cit.). p. 253.

⁶⁷ MONTE, Mário João Ferreira *et al.* **Direito penal da reparação: contribuição para um novo paradigma a partir do modelo restaurativo.** Pensar-Revista de Ciências Jurídicas – 2015. Disponível em: [\(PDF\) Direito penal da reparação: contribuição para um novo paradigma a partir do modelo restaurativo \(researchgate.net\)](#). Acesso em 8 set 2021.

⁶⁸ MONTE, Mário João Ferreira *et al.* **Direito penal da...** (op. cit.).

A existência de ideias errôneas pré-concebidas sobre o significado e os objetivos da justiça restaurativa tornam ainda mais importante a busca pelo debate e esclarecimento do assunto, junto não apenas aos operadores de direito, mas a sociedade como um todo.

A sociedade, sem nenhuma dúvida, tem imenso interesse na redução da criminalidade, no entanto, os discursos punitivistas as induzem ao erro, pois acabam por acreditar que a punição tem relação direta com a redução da criminalidade, o que é uma falácia. Conforme diversos autores, de FOUCAULT a BITENCOURT, a prisão, ao invés de reduzir a criminalidade, a aumenta, o que leva ao entendimento de que a punição retributiva é absolutamente irracional.

Conforme CASTRO⁶⁹, a violência, de uma forma epidêmica, aumenta em todas as cidades brasileiras, dentre outros fatores, porque o sistema punitivo se mostra cada vez mais ineficiente, o que leva à necessidade urgente de repensar o modelo.

E nesse repensar, a justiça restaurativa traz algumas importantes ideias, em especial a de que mais do que cumprir uma determinação legal, o direito penal deve buscar a paz social, que passa pela valorização da vítima, que necessita da restauração tão quanto possível de suas perdas, não apenas patrimoniais. E passa também pela busca da reinserção social do autor, para que possa, de aí para frente, cumprir suas obrigações perante a sociedade e dessa forma contribuir para a pacificação social.

O processo com vista ao acordo, colocando frente a frente vítima e infrator, permitindo àquela obter a reparação dos seus danos – patrimoniais e não patrimoniais, numa palavra danos do crime – e a este assumir voluntariamente a responsabilidade pelo crime, possibilitando a sua reintegração, implica seguramente uma distinta compreensão e resolução do fenômeno criminoso.⁷⁰

1.7 Prisão de pessoas presumidamente inocentes.

Há, no direito como um todo, não apenas no direito penal, uma preocupação com o risco de que a demora do atraso jurídico ponha em causa a realização do direito. Em função disso foram criadas medidas cautelares, que são tomadas pelos juízes quando, de forma concomitante, ocorram, conforme o direito civil, o *Periculum in mora* e o *fumus bono iuris*, que consistem na identificação de um perigo real, em função da demora, somada a alta probabilidade de existência de justa causa para a concessão da cautela.

⁶⁹ CASTRO, Fernando Borba de. **Justiça Restaurativa. Um olhar para além da repressão**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 43.

⁷⁰ MONTE, Mário João Ferreira *et al.* **Direito penal da...** (op. cit.).

Vários são os cuidados na expedição de uma decisão cautelar, com destaque para o risco de que tal medida seja irreversível.

Conforme o Código de Processo Civil brasileiro:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. (...)

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

A teoria da cautelaridade, tão bem estudada no direito civil, carece, no entanto, conforme MINAGÉ, de um “conteúdo científico específico destinado às ciências criminais.” Ao contrário, o direito processual penal, em especial no Brasil, vale-se de uma “antecipação de tutela improvisada do processo civil⁷¹”, valendo-se inclusive de um entendimento equivocado da previsão de uma “tutela de evidência”, que é uma novidade no processo civil brasileiro, que de forma alguma poderia ser adaptada ao processo penal.

Ainda mais grave do que a improvisação, denunciada por MINAGÉ, está o fato de que a decretação de uma medida cautelar de privação da liberdade ignora o pressuposto do direito civil, da proibição de concessão nas situações em que haja risco de irreversibilidade, sendo mais do que conhecidos os fatores de risco de saúde, integridade física, danos psicológicos e exclusão social de qualquer pessoa que esteja encarcerada no Brasil.

A restrição da liberdade, que é a punição prevista para quem comprovadamente praticou um delito e, dessa forma, perdeu o direito à presunção de sua inocência, é exatamente a medida imposta àqueles que são suspeitos da prática de algum crime e encontram-se custodiados durante o processo de investigação e judicialização de sua suposta conduta, pelo fato de estarem detidos cautelarmente.

Embora os tratados internacionais relativos ao cárcere disponham sobre a necessidade de tratamentos diferenciados, a rotina das unidades prisionais brasileiras é a não distinção entre condenados e custodiados. Pior ainda, conforme LOPES JÚNIOR, os maus tratos muitas vezes são piores nas delegacias de polícia, onde os suspeitos estão disponíveis vinte e quatro horas por dia para os investigadores valerm-se das práticas investigativas que julgarem necessárias, do que nas unidades prisionais do sistema judiciário.

A tortura está aí, no dia a dia das delegacias e casas de detenção espalhadas pelo Brasil, mas sem dúvida mudou de cara: é muito mais

⁷¹ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 105.

psicológica do que física, mas não por isso menos cruel e eficiente. A prisão temporária cria todas as condições necessárias para se transformar em uma prisão para tortura psicológica, pois o preso fica à disposição do inquisidor. A prisão temporária é um importantíssimo instrumento na cultura inquisitória que ainda norteia a atividade policial, em que a confissão e a “colaboração” são incessantemente buscadas. Não se pode esquecer que a “verdade” se esconde na alma do herege, sendo ele o principal “objeto” da investigação.⁷²

De acordo com as chamadas *Regras de Mandela*⁷³, criadas pelas Nações Unidas, que estabelecem direitos mínimos para os presos, os não julgados tem direito a uma série de benefícios, dentre eles, serem tratados como inocentes (regra 111-2), serem mantidos separados dos presos condenados (regra 112-1), receber, se assim desejarem, alimentação enviada externamente por membros de sua família, amigos, ou às suas expensas (regra 114), receber visitas em regime diferenciado dos demais presos e ser tratado por médico, dentistas e demais profissionais à sua escolha, desde que seja às suas expensas (regra 118), vestir roupas que o diferencie dos presos condenados (regra 115).

Tais regras buscam impedir ou minimizar o efeito punitivo de uma restrição de liberdade, que somente existe por necessidade/conveniência do processo criminal, não podendo, em hipótese alguma serem usadas como antecipação da pena.⁷⁴ Nessa linha, ilustrativo é o entendimento sedimentado pelo STF no julgamento do RTJ 180/262-264, com relatoria do Ministro Celso de Mello, que ressalta o caráter inconstitucional da antecipação da pena:

A Prisão Preventiva – Enquanto medida de natureza cautelar – Não tem por objetivo infligir punição antecipada ao indiciado ou ao réu. – **A prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito**, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. **A prisão preventiva – que não deve ser confundida com a prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.** (Grifos inexistentes no original).

⁷² LOPES JÚNIOR., Aury. **Prisões cautelares**. 4 ed. São Paulo; Saraiva, 2012. p.167.

⁷³ CNJ Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela – Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em 12 nov 2020.

⁷⁴ YAROCHEWSKY, Leonardo I. **Análise do PL 7028/2017 que altera a redação do art. 312 do Código de Processo Penal para retirar a possibilidade de decretação da prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública, que é um elemento inquisitório do processo penal, para adequá-la à Constituição da República**. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/analise-do-pl-70282017-que-altera-a-redacao-do-art-312-do-codigo-de-processo-penal>. Acesso em 11 maio 2019.

Daí a clara advertência do Supremo Tribunal Federal, que tem sido reiterada em diversos julgados, no sentido de **que se revela absolutamente inconstitucional a utilização, com fins punitivos, da prisão cautelar**, pois esta não se destina a punir o suspeito, o indiciado ou o réu, sob pena de manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, com a consequente (e inadmissível) prevalência da ideia – tão cara aos regimes autocráticos – de supressão da liberdade individual, em um contexto de julgamento sem defesa e de condenação sem processo. (Grifo inexistente no original).

Infelizmente, tais condições mínimas não são atendidas na maior parte dos estabelecimentos prisionais brasileiros, o que resulta em punições desmedidas não apenas aos condenados em processos criminais, mas também aos custodiados, presumidamente inocentes.

Mais detalhes sobre as prisões de sujeitos presumidamente inocentes, no Brasil, serão tratados no próximo capítulo, sendo que as discussões até aqui buscaram apresentar a falta de racionalidade e humanidade no instituto do encarceramento, e a conclusão que, dentro de limites que rigorosamente devem ser observados, tal encarceramento ainda se justifica no atual nível de desenvolvimento das sociedades, com a exigência imprescindível da comprovação de culpa, através de um devido processo legal, que garanta ao acusado todas as garantias constitucionais que visam a preservar o princípio fundamental de preservação da dignidade da pessoa humana.

As prisões de pessoas não condenadas, ou seja, presumidamente inocentes, merecem um capítulo à parte, pois todas as considerações feitas no presente capítulo, relacionadas à prisão de condenados, devem ser levadas a um patamar ainda mais exigente, pois tais restrições de liberdade ocorrem sem a comprovação de culpa, muitas vezes antes de iniciado o devido processo legal, sem que o acusado tenha lançado mão de institutos e garantias previstos na Constituição.

Capítulo II – Análise das prisões de sujeitos presumidamente inocentes, no Brasil.

2.1 Descrição do Tema.

O tema enfrentado no presente capítulo é a prática jurídica da restrição de liberdade de pessoas que não foram condenadas. O capítulo inicia com uma breve explanação sobre as diferentes terminologias utilizadas no direito processual penal brasileiro e no direito processual penal português. Continua com uma discussão sobre a possibilidade da flexibilização do Direito Fundamental à Presunção de Inocência. Logo após traz uma apresentação da previsão no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro de mecanismos legais para a restrição de liberdade de pessoas não condenadas e algumas comparações com os mecanismos previstos no direito português. Essas medidas são a Prisão em Flagrante, que é uma medida precautelar, a Prisão Temporária, que aqui é apresentada como uma inserção inadequada no ordenamento, pelo fato de que tal medida não atende as exigências da CRFB/88, e finalmente, a Prisão Preventiva, que é a medida excepcional prevista na Constituição. O capítulo segue com um exercício hermenêutico, que sempre deveria ser utilizado para justificar a Prisão Preventiva.

Depois disso, é apresentada a situação atual das prisões provisórias no Brasil, com dados estatísticos e denúncias sobre a cultura de encarceramento que ignora uma série de direitos e garantias consagrados na CRFB/88 e no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O Capítulo se encerra com uma pitada de otimismo, considerando avanços recentes nas decisões do Supremo Tribunal Federal, em especial com a inclusão no ordenamento das Audiências de Custódia, que se tornaram realidade a partir da ação de sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

2.2 Equalização da terminologia.

As palavras “prisão” e “detenção” possuem sentidos ligeiramente distintos no direito brasileiro e no direito português, o que justifica uma pequena explanação, com o objetivo de equalização da terminologia, para evitar entendimentos equivocados.

Embora a CRFB/88 tenha “cheirinho de alecrim⁷⁵”, numa referência à influência da Constituição da República Portuguesa de 1976 no trabalho dos constituintes brasileiros, o

⁷⁵ SILVEIRA, Alessandra. **Do dirigismo constitucional à interconstitucionalidade “com cheirinho de alecrim” (a propósito da projeção externa da CRP de 1976 na CF de 1988)**. Reprodução da intervenção oral da Autora na 6.ª mesa-redonda do colóquio comemorativo dos

ordenamento jurídico brasileiro também sofreu influências de outros países, em especial dos ordenamentos jurídicos da Alemanha, da Itália e da Espanha. Possíveis falhas de tradução podem ter levado a significados diferentes para as mesmas expressões, em diferentes textos legais, o que, de acordo com MACHADO, também aconteceu em Portugal, pois algumas expressões, como “detenção”, no direito português podem ter significados distintos, de acordo com a lei e o contexto envolvidos, o que possivelmente (embora não se possa afirmar peremptoriamente) seria resultado da tradução de normas transnacionais, o que também deve ter ocorrido no Brasil.

(...) isto quer dizer, por um lado, que o legislador, na mesma lei e em leis distintas, pode ligar a uma mesma palavra – no caso, à “detenção” – sentidos diferentes; mas também quer dizer, por outro lado, que o seu significado irá variar de acordo com os diferentes contextos do discurso normativo (...) Não se pode afirmar com toda a certeza que a heterogeneidade da terminologia adoptada na actividade legiferante portuguesa seja consequência das (traduções das) fontes transnacionais.⁷⁶

Assim sendo, tal equalização de terminologia parece ser muito importante para o presente trabalho, para delimitar exatamente do que se está falando. Para iniciar, é importante ter em mente que, tanto no direito brasileiro, como português, os institutos que serão trabalhados possuem certa equivalência.

Em ambos, uma pessoa pode ter sua liberdade de ir e vir restringida após a condenação em um processo penal, quando passa a cumprir a pena de prisão. Além dessa hipótese, pode haver restrição à liberdade de ir e vir, sem o devido processo legal, havendo duas possibilidades, uma de carácter precário, quando o juiz ainda não analisou o caso ou o fez de forma bastante superficial, e a outra, quando o juiz, analisando o caso, com fundamentação mais aprofundada, considera ser necessário restringir tal liberdade.

A restrição de forma mais precária é conhecida em Portugal como “detenção” e é prevista nos artigos 254º a 261º do Código de Processo Penal português. Tal medida é aplicada para trazer o arguido perante o juiz, para julgamento sumário, para o primeiro interrogatório judicial ou para a aplicação de uma medida de coação, conforme consta no artigo 254º. O tempo máximo em que pode ficar detido, até o comparecimento perante o juiz, é de 24 ou 48 horas, dependendo da hipótese prevista na Lei.

40 anos da CRP, organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no dia 10 de maio de 2016. (Cópia policopiada, gentilmente cedida pela autora aos alunos do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho).

⁷⁶ MACHADO, Pedro Sá. **Os “crimes de detenção” e a “detenção-de-uma-coisa-móvel” no direito penal português**. Coimbra, 2015, 114 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico Criminais), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

A detenção pode ser “em flagrante delito” (arts. 255º e 256º) ou “fora de flagrante delito” (art. 257º), sendo que a segunda pode ocorrer por determinação judicial ou de autoridade policial.

No Brasil, a forma precária existente é a “prisão em flagrante delito”, regulamentada nos artigos 301 a 310⁷⁷ do Código de Processo Penal brasileiro, em que o arguido deve ser apresentado ao juiz competente em 24 horas, para a Audiência de Custódia. O ordenamento jurídico-constitucional brasileiro não admite a hipótese de prisão “fora de flagrante delito” nos termos existentes no direito português.

Embora seja apresentada uma pequena descrição sobre a prisão em flagrante delito, essa forma precária, chamada em Portugal de detenção não é o objeto do presente trabalho.

O objeto desta Dissertação é a abusividade das restrições de liberdade, sem que o arguido tenha sido condenado, “por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, conforme previsão do inciso LXI do artigo 5º da CRFB/88, in verbis:

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

Tal previsão, no ordenamento jurídico brasileiro, se dá pela “prisão preventiva”, disciplinada nos artigos 311 a 316, no Código de Processo Penal ou pela chamada “prisão temporária”, disciplinada pela Lei 7.960, de 1989.

Em Portugal, a previsão se dá no Título 2, relativo às medidas de coação, do Código de Processo Penal português, no instituto da “prisão preventiva”, conforme artigo 202º.

Resumindo, há nos dois países restrições de liberdade em caráter precário, com curta duração, que se encerram com uma audiência do arguido junto à autoridade judiciária. Em Portugal chama-se detenção e no Brasil chama-se prisão em flagrante delito. Esse tipo de restrição de liberdade não é o objeto da presente Dissertação.

Há também, nos dois ordenamentos, a hipótese de restrição legal, por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, em que o arguido ficará por períodos mais longos com sua liberdade restringida, de caráter cautelar, para preservar o processo e o seu resultado útil. Em Portugal chama-se prisão preventiva e no Brasil há dois tipos, a prisão preventiva e a prisão temporária. Há no Brasil um entendimento doutrinário para chamar tanto a prisão preventiva como

⁷⁷ Conforme explicado nas notas introdutórias, os documentos legais brasileiros apresentam a numeração cardinal após o 10º artigo, de forma diversa dos documentos em Portugal, que os grafam como ordinais. Por isso, aqui se fala dos artigos 301 a 310 do CPP brasileiro e dos artigos 255º a 257º do código português, mantendo a grafia *ipsis literis* das fontes buscadas. (Nota do Autor).

a prisão temporária de “prisão provisória” ou “prisão cautelar”. O objeto do presente trabalho é justamente o caráter abusivo na decretação e manutenção de tais prisões provisórias.

2.3 Flexibilização do Direito Fundamental à Presunção de Inocência.

Em muitas situações, para viabilizar a persecução penal, torna-se necessária a aplicação de medidas cautelares penais, como a apreensão de passaportes, o uso de tornozeleiras eletrônicas e, em casos especiais, pode ser necessário manter o arguido preso de forma provisória.

Essa privação de liberdade se choca com o Direito Fundamental à Presunção de Inocência, pois de forma diversa com o que ocorre com a prisão em função de uma condenação transitada em julgado, em um devido processo legal, situação em que a presunção de inocência cai por terra pela comprovação da culpa, o sujeito preso de forma cautelar é presumidamente inocente. Assim sendo, para que não haja arbitrariedade e ofensa aos princípios constitucionais e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, torna-se necessário fazer uma análise aprofundada sobre a legalidade e a constitucionalidade de cada prisão provisória.

De acordo com LOPES JÚNIOR, a análise dos princípios relacionados ao tema deixa muito claro que as prisões provisórias no Brasil são, na maior parte dos casos, arbitrárias, pois as previsões constitucionais e principiológicas, permitem tais restrições de liberdade apenas em situações excepcionalíssimas.

Explica o professor que a análise do princípio da jurisdicionalidade, intimamente relacionado com o *due process of law*, quando verifica a previsão do inciso LIV do artigo 5º da CRFB/88, que preconiza o “*nulla poena sine praevisio iudicio*”, uma vez associada ao inciso LXI, do mesmo artigo, e ao princípio da presunção de inocência, à primeira vista, conclui ser inadmissível a existência de uma prisão de caráter cautelar.

No entanto a realidade aponta em sentido diverso, o que implica numa necessária e imprescindível análise hermenêutica de cada caso, para minimizar, tanto quanto possível, a arbitrariedade.

A rigor, cotejando os princípios da jurisdicionalidade com a presunção de inocência, a prisão cautelar seria completamente inadmissível. Contudo, o pensamento liberal clássico buscou sempre justificar a prisão cautelar (e a violação de diversas garantias) a partir da “cruel necessidade”. Assim, quando ela cumpre sua função instrumental-

cautelar, seria tolerada, em nome da necessidade e da proporcionalidade; o problema está na banalização da medida.⁷⁸

Essa análise hermenêutica é enfrentada por alguns autores, sempre com a temática da busca pela maior efetivação possível do conjunto dos direitos fundamentais. De acordo com ABBOUD, a flexibilização de um direito fundamental, como é o Direito Fundamental à Presunção de Inocência, somente pode ser possível através de um processo constitucional legítimo, e somente pode ser legitimado pelo fato de que nenhum direito fundamental possui caráter absoluto, o que permite a sua relativização na hipótese de existência (ou suposta existência) de conflitos entre direitos fundamentais.⁷⁹

De acordo com ABBOUD⁸⁰, essa restrição a direitos fundamentais, somente pode ocorrer se forem cumpridos quatro requisitos.

Em primeiro lugar a restrição deve estar legal e constitucionalmente autorizada. Georges ABBOUD afirma que, no caso do caráter analítico da CRFB/88, tal autorização deve estar explicitamente definida, não sendo razoável que sua definição se dê exclusivamente através da legislação infraconstitucional, que pode, no entanto, dar detalhamento e estabelecer delimitações para a aplicação no caso concreto.

Em segundo lugar uma restrição a um direito fundamental deve sempre obedecer ao princípio da proporcionalidade, sendo vedado ao Estado proteger de forma deficiente (*Untermassverbot*), da mesma forma que é vedado o excesso de intervenção (*Übermassverbot*)”.

Em terceiro lugar, a restrição deve atender ao interesse social, que em nenhuma hipótese pode ser confundido com o interesse público. De acordo com o autor, “o interesse público (...) remete a uma doutrina *estatalista*, que subjuga a sociedade”, ou seja, caracteriza um ato arbitrário do poder público, na afirmação de que “há interesse público onde o Estado quer que haja interesse público”. Ao contrário, quando se fala em interesse social, se está falando no objetivo de sempre conferir a maior tutela possível do conjunto dos direitos fundamentais para proteção da sociedade civil.

Finalmente, mas não menos importante, a restrição deve estar exaustivamente fundamentada.

⁷⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal – 17ª Edição – De acordo com as Leis n. 13.869/2019 e n. 13.964/2019.** (Versão Kindle) São Paulo; Saraiva Jur, 2020. I. 913-915.

⁷⁹ ALEXY, Robert. A Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais _____. In: **Teoria dos Direitos Fundamentais – Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª edição, 5ª tiragem.** São Paulo: Malheiros, 2017. p. 85 a 179.

⁸⁰ ABBOUD, Georges. Direitos Fundamentais e as Ações Constitucionais _____. In: **Processo Constitucional Brasileiro. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 735 a 742.

O artigo 93, IX, da CRFB/88, afirma que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade da decisão. Em relação ao tema do trabalho, é importante ressaltar que mais embasadas ainda devem estar as decisões, pois a flexibilização do Direito Fundamental à Presunção de Inocência pode levar à violação daquele que pode ser considerado o mais importante princípio fundamental da CRFB/88, a garantia da dignidade da pessoa humana.

No entanto essa exigência de fundamentação, muitas vezes, não é cumprida, nem no despacho do juiz singular, tampouco na decisão dos tribunais ao julgar os recursos. Por sinal, STRECK tem denunciado, repetidamente, que muitos tribunais relevam esse ônus de fundamentação, simplesmente repetindo os argumentos utilizados nas decisões de juízes singulares, sem enfrentar a argumentação da defesa, que questiona a decisão de primeira instância.

No âmbito do Processo Penal, é fácil perceber como algumas das decisões que decretam prisões cautelares descumprem o comando constitucional presente no art. 93, IX. Um caso particularmente interessante são os acórdãos que repetem, integralmente, os fundamentos lançados na sentença, desconsiderando o fato de que, no caso de uma ação de impugnação ou de um recurso em espécie, o pedido está ligado, diretamente, à necessidade de revisão da decisão prolatada pelo juízo *a quo*, o que implica inconformidade com os argumentos explicitados na decisão. A simples repetição desses argumentos, sem o devido confronto com a insurgência do recorrente, constitui uma lesão às garantias processuais.⁸¹

Assim, cumpridos esses requisitos, é possível, dentro da razoabilidade e da impossibilidade do uso de medidas menos gravosas, determinar uma prisão provisória.

2.4 Previsão da restrição de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme ABBoud, acima citado, em função da forma analítica da CRFB/88, o primeiro dos requisitos deve ser suprido explicitamente pela Constituição.

A CRFB/88 autorizou a restrição ao Direito Fundamental à Presunção de Inocência, de duas formas, sendo a primeira, a sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 5º, LVII), que põe por terra a presunção de inocência, ao sobrepujá-la pela comprovação de culpa.

A segunda forma é a descrita no art. 5º, LXI, que fala na “prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária”. Essa segunda forma prevê duas

⁸¹ STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto -as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 98.

hipóteses: prisão em flagrante delito e prisão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária.

A prisão em flagrante delito, conforme LOPES JÚNIOR⁸², é uma prisão precautelar, efetuada por autoridade, ou mesmo por qualquer cidadão, “na certeza visual da prática de um crime”, no momento em que ocorre, preferencialmente a tempo de evitar a lesão ao bem jurídico. É precautelar, pois efetuada antes da análise do caso pela autoridade judiciária. Caracteriza-se por ser de curta duração, pois cabe à autoridade judiciária analisar o caso e, se não houver razões para a manutenção da restrição, expedir a ordem de liberação imediatamente. Tal análise e decisão deve ocorrer em um prazo máximo de 24 horas, a partir do momento em que a prisão em flagrante delito for efetuada.

Embora ocorram casos de abusos do instituto da prisão em flagrante delito, tal instituto não é objeto de análise do presente trabalho. O foco do trabalho será o estudo da prisão “por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária.”

De acordo com a legislação penal infraconstitucional brasileira, há duas possibilidades de prisão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária: a Prisão Temporária e a Prisão Preventiva, que serão a seguir analisadas.

2.5 Prisão Temporária.

A CRFB/88, promulgada após a redemocratização do Brasil, retirou, do ordenamento brasileiro, institutos que não coadunavam com o Estado Democrático de Direito, dentre eles, a Prisão para Averiguações.

A Constituição Brasileira de 1967, outorgada pelo governo militar, previa no seu Artigo 149, que a proibição de prisão era ressalvada pela existência de “ordem escrita de autoridade competente,” o que no mais das vezes significava que bastava um despacho simples de um delegado, ou mesmo de um agente policial, sem nenhuma necessidade de fundamentação, para ser permitida a prisão de qualquer pessoa considerada suspeita pela autoridade policial.

A doutrina jurídica passou a chamar tal procedimento de Prisão para Averiguações, pois era destinada a manter o suspeito à disposição das autoridades policiais para interrogatório e investigação, sem que houvesse nenhum tipo de limitação para o tempo em que ficaria à disposição das autoridades, sem que fosse dado ao suspeito o direito de se comunicar com a

⁸² LOPES JÚNIOR., Aury. **Prisões cautelares. 4 ed.** São Paulo; Saraiva, 2012. p. 49-84.

família ou com advogados. Muitos desafetos do regime militar foram presos dessa forma, sendo que muitos deles “desapareceram”, sem deixar rastros.

Em função desse terrível histórico e para coadunar-se com os direitos fundamentais previstos no ordenamento internacional, o constituinte alterou tal dispositivo, incluindo a obrigatoriedade de fundamentação dessa prisão e a exigência de que tal determinação fosse sempre exarada por uma autoridade judiciária, ou seja, por um juiz de direito.

A CRFB/88, influenciada por outras constituições, promulgadas também após períodos ditatoriais, como a portuguesa e a espanhola, trouxe “ares” mais democráticos e “garantistas” para o ordenamento jurídico brasileiro, o que não foi muito bem aceito por determinados segmentos da sociedade.

Aury LOPES JUNIOR afirma que a polícia judiciária percebeu uma “castração de suas funções” com a extinção da Prisão para Averiguações, pois não teria mais o direito de prender ao seu bel prazer, conduzindo, então, um processo de pressão política que culminou com a edição, em novembro de 1989, de uma Medida Provisória, pelo então presidente José Sarney, que posteriormente foi convertida na Lei 7.960/1989, que implantou a prisão temporária⁸³.

Trata-se de uma lei bastante questionada, do ponto de vista da sua manifesta inconstitucionalidade, tanto do ponto de vista formal, pois Medidas Provisórias não podem ser usadas para criar leis penais e processuais, como material, pois institui a possibilidade de o juiz decretar prisões por 5 dias, num juízo de admissibilidade muito superficial, atentando diretamente contra a presunção de inocência.

Em função de sua, no mínimo, discutível constitucionalidade, foi impetrada uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), em 2008. Essa ADIn, no entanto, ainda não foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, até o momento da produção do presente texto.

Diferentemente da Prisão Preventiva, que busca preservar o processo e garantir que tenha um resultado útil, a Prisão Temporária objetiva favorecer o trabalho da polícia, ao manter o suspeito detido nas delegacias, durante cinco dias, podendo prorrogar por mais cinco, ficando o suspeito à disposição da autoridade policial, 24 horas por dia, para ser interrogado.

Tais interrogatórios colocam em causa o Direito ao Silêncio, previsto na CRFB/88 e plenamente legitimado pelo STF,⁸⁴ ficando difícil não relacionar o instituto da Prisão Temporária à odiosa prática da tortura, que por mais que se negue a existência, sempre se mostra presente.⁸⁵

⁸³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares...** (op. cit). p. 166-174.

⁸⁴ AMARAL, Thiago Bottino do. **Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro; Elsevier, 2009. p. 180.

⁸⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares...** (op. cit). p. 166-185.

Em 1990, o Congresso Nacional, num movimento típico do que se chama Direito Penal Simbólico, criou medidas mais gravosas de persecução e execução penal para uma lista de crimes, que foram denominados “crimes hediondos”. Para essa lista de crimes, a Prisão Temporária de suspeitos foi ampliada, passando a prever 30 dias, que podem ser prorrogados por mais 30, para que a autoridade policial possa fazer as investigações e interrogatórios. Curiosamente, a interpretação não é a de que sejam detidos por “até” 30 dias, para que a investigação possa ser concluída, mas de exatos 30 dias, o que sem dúvidas já significa uma antecipação da pena.⁸⁶

2.6 Prisão Preventiva.

Muito mais alinhado ao *mandamus* constitucional, a Prisão Preventiva parece ser a medida cautelar, com restrição de liberdade, que mais se aproxima da previsão do artigo 5º LXI da CRFB/88. Ao contrário do que ocorre com a Prisão Temporária, para que alguém seja mantido preso, a autoridade judiciária precisa fundamentar detalhadamente, seguindo as regras definidas no Código de Processo Penal e na doutrina penal.

De acordo com MINAGÉ,⁸⁷ os requisitos essenciais para a decretação da Prisão Preventiva são a presença do *Fumus Comissi Delicti* e do *Periculum Libertatis*. (Numa analogia improvisada da teoria da cautelaridade estudada pelo direito civil, conforme descrito no capítulo anterior.)

O CPP define como elementos para a determinação da existência do *Fumus Comissi Delicti*, a comprovação da existência de um delito e indícios suficientes de autoria (art. 312). Em relação à existência do delito, não se fala em juízo de probabilidade, mas sim em certeza. Em relação à “indícios suficientes de autoria,” não cabe mera possibilidade, pois isso poderia ser suficiente para indiciamento, mas nunca para prisão preventiva.

A probabilidade significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao vero, verdadeiro) de todos os requisitos positivos e, por consequência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito. [...] significam prova de que a conduta é aparentemente típica, ilícita e culpável. Além disso, não podem existir requisitos negativos do delito, ou seja, não podem existir (no mesmo nível de aparência) causas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade etc.) ou de exclusão da culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição, etc.)⁸⁸

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição 3ª ed.** Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 144-160.

⁸⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares...** (op. cit.) p. 90.

Em relação ao *Periculum Libertatis*, o CPP determinou que somente pode haver detenção se, cumulativamente, tratar-se de crime doloso, cuja pena em abstrato possa ser maior do que quatro anos, salvo nos casos de reincidência em crime doloso com pena inferior ou igual a quatro anos.

Soma-se a esses dois itens, acima descritos, a existência de ao menos uma das hipóteses abaixo, que também são chamadas pelo autor de requisitos específicos:

- a) Conveniência da Instrução Criminal, que justifica a medida cautelar de prisão para evitar que o arguido, de alguma forma, prejudique o melhor andamento do processo, quer seja pela destruição de provas, pela ameaça a testemunhas, peritos, ou outras pessoas importantes para o processo. Tal justificativa exige a existência de fundadas razões para crer que o réu terá vontade e meios para influenciar no processo;
- b) Assecuração da aplicação da lei penal, evitando, por exemplo, que o réu fuja e não mais seja encontrado para o cumprimento da pena. Da mesma forma que a justificativa anterior, é fundamental a existência de indícios que apontem a existência de vontade e meios para que a fuga ocorra;
- c) Garantia da Ordem Econômica, que é uma hipótese prevista para os crimes contra a ordem econômica, ou contra o sistema financeiro, que, conforme a opinião do autor, muitas vezes é alegada de forma equivocada, em casos que seriam de Garantia da Ordem Pública;
- d) Garantia da Ordem Pública, que é certamente o requisito mais amplo, genérico, indeterminado e impreciso, razão pela qual serve como um coringa para que o magistrado possa mandar prender provisoriamente, mesmo sem ter elementos suficientes para tal.

Thiago MINAGÉ, muito crítico ao último requisito, chama a atenção aos significados que a jurisprudência tem criado para justificá-la.

A jurisprudência tem emprestado à garantia da ordem pública os mais diversos significados: “comoção social”; “periculosidade do réu”, ou mesmo “para preservar sua integridade (do suposto autor da infração) (...) “perversão do crime”, “insensibilidade moral do acusado”; “clamor público”; “repercussão midiática”, ou seja, tudo que não serve como base ou requisito para a decretação de prisão preventiva é utilizado como sinônimo de “ordem pública”, a fim de validar e justificar o decreto prisional provisório.⁸⁹

⁸⁹ MINAGÉ, Thiago. **Prisões e medidas...** (op. cit.) p. 147.

Na mesma linha, talvez com um pouco mais de indignação se posiciona LOPES JUNIOR.

Trata-se de um conceito vago e indeterminado e desta forma “presta-se a qualquer senhor”, em função de sua assustadora “maleabilidade conceitual”, sendo o preferido de todos, “até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer.”⁹⁰

No entanto, embora existam críticas importantes a determinados pontos desse arcabouço jurídico, a doutrina de um modo geral, ao contrário do que pensa da Prisão Temporária, e a jurisprudência, têm o entendimento de que o instituto da Prisão Preventiva, detalha e delimita, no Código de Processo de Processo Penal, a previsão do inciso LXI do artigo 5º da CRFB/88, relativamente à prisão por “ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária”⁹¹.

Assim sendo, admite-se aqui que essa previsão jurídico-constitucional, atende o primeiro requisito proposto por ABBOUD⁹² para permitir a restrição do Direito Fundamental à Presunção de Inocência. Os demais requisitos devem ser supridos pelo juiz, na análise dos casos concretos apresentados pelo Ministério Público.

Em relação ao segundo requisito, da proporcionalidade, que conforme GONÇALVES é “limite axiológico ao exercício do poder estatal”, indispensável “para assegurar a observância de um núcleo indisponível de direitos fundamentais”⁹³, caberá ao juiz verificar se é razoável e proporcional privar de liberdade alguém que ainda é presumidamente inocente.

É fundamental que o juiz verifique se não haveria outra medida cautelar menos gravosa e se a prisão é uma medida necessária e proporcional para a garantia do processo e de seu resultado útil. Afinal, a aplicação da restrição de liberdade é a medida mais rigorosa de que pode se valer o magistrado, não sendo razoável supor que uma mera possibilidade de interferência no processo ou de fuga seja proporcional à medida restritiva de liberdade.

A proporcionalidade também se exige, considerando o tempo da pena em abstrato. Embora o CPP permita a prisão preventiva para crimes, cuja pena máxima seja de 4 anos, não é proporcional e razoável, salvo situações especiais, como a reincidência, que seja emitida ordem de prisão preventiva para crimes cuja pena máxima seja inferior a oito anos, pois de acordo com o Código Penal brasileiro, em situações normais, somente é prevista a prisão em regime fechado,

⁹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares...** *Op. cit.* p. 93.

⁹¹ HAHN, Julio Cesar. **Presunção de Inocência, que inocência! A ineficácia do Direito Fundamental à Presunção de Inocência nas prisões provisórias no Brasil.** Curitiba, 2017, 57 f. Monografia (Especialização em Direito Constitucional), Academia Brasileira de Direito Constitucional.

⁹² ABBOUD. Georges. Direitos Fundamentais e as Ações Constitucionais _____. In: **Processo Constitucional...** (*op. cit.*). p. 735-742.

⁹³ GONÇALVES, Marianna Moura. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais, à luz da proporcionalidade.** São Paulo, 2011, 490 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

para os crimes, cuja pena decretada pelo juiz, seja igual ou superior a 8 anos. Assim sendo, não é razoável e proporcional que um juiz ordene a prisão preventiva, que sempre se dá em regime fechado, se ao final do julgamento, mesmo condenado, o réu não cumprirá pena em regime fechado.

Resumindo: enquanto processado e presumidamente inocente – **preso**; condenado, efetivamente considerado culpado – **solto**. (grifos no original).⁹⁴

O mesmo pensamento também poderia ser utilizado para crimes com pena máxima de oito anos, como por exemplo o furto qualificado, que também, de acordo com a proporcionalidade e razoabilidade, não poderiam ser objeto de prisão preventiva, pois para que o juiz aplique a pena máxima, ele estaria realizando a dosimetria da pena em cognição sumária, aceitando existência de todos os agravantes previstos na lei e a inexistência de quaisquer fatores atenuantes, pois somente dessa forma a pena seria de oito anos. E esse posicionamento se daria, muitas vezes, antes da defesa ter tido tempo para verificação da existência de atenuantes ou da inexistência de agravantes, o que por óbvio se choca frontalmente com a presunção de inocência.

Indo mais além, na opinião do autor da presente Dissertação, mesmo crimes com pena máxima um pouco superior a oito anos também mereceriam essa análise de razoabilidade e proporcionalidade.

Além disso, tal proporcionalidade deveria ser considerada, não apenas no momento da decretação da medida cautelar de prisão, mas também ao passar do tempo, quando ocorre demora para o julgamento, considerando os princípios da atualidade e contemporaneidade do perigo, em especial quando o juiz for realizar a revisão obrigatória da prisão preventiva, exigência recentemente incluída no Código de Processo Penal brasileiro.⁹⁵

Quanto ao terceiro elemento, que é o atendimento ao interesse social, é fundamental que o juiz se abstenha ao máximo de sua ideologia,⁹⁶ quando responder o questionamento sobre qual é o interesse social que está em jogo para que o Direito Fundamental à Presunção de Inocência seja restringido. Se houver, de fato, receio de que haja real perigo para a sociedade com a manutenção do réu em liberdade, caberá ao juiz emitir a ordem de prisão preventiva, no entanto, não pode tomar essa medida em função de que tais medidas são do agrado da opinião pública ou

⁹⁴ MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. Florianópolis; Empório do Direito, 2016. p.155.

⁹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal...** (*op. cit.*) I. 920-924.

⁹⁶ *Idem*.

reforçam os argumentos de políticos que buscam “acabar com a impunidade”. Não há como não lembrar, novamente, da Operação Lava Jato.

Finalmente o último, mas não menos importante requisito, é a fundamentação exaustiva. É extremamente importante lembrar, por mais que seja óbvio, que a prisão preventiva é uma medida excepcional, que somente pode ser ordenada se houver fundada razão para tal. Como diz STRECK, “o dever de fundamentar as decisões ocupa um lugar privilegiado no modo como se passa a olhar para as garantias processuais penais em tempos de Estado Democrático de Direito”. Não há como admitir que um juiz emita uma ordem de prisão preventiva sem que fundamente a existência de cada um dos requisitos necessários, de forma profunda, convincente. Da mesma forma também tem que fundamentar, de forma profunda e convincente sobre as razões pelas quais os argumentos da defesa não devem ser aceitos, sendo intolerável a mera repetição, no caso de um recurso, da fundamentação feita pelo juízo *a quo*.

Fundamentar a fundamentação, eis o elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico. Não há princípio constitucional que resista à falta de fundamentação (...) não há acórdão que possa ser considerado válido se não se pratica – no âmbito do próprio tribunal – a explicitação do compreendido, oferecendo um sério enfrentamento das questões levantadas pela parte recorrente.⁹⁷

Assim como não é razoável que um professor não prepare suas aulas e venha a “enfrentar os alunos” valendo-se apenas de sua experiência e intuição, assim como não é razoável aceitar que um cirurgião venha a fazer uma cirurgia sem que todos os equipamentos estejam testados e desinfetados e que todos os exames necessários tenham sido analisados com cautela e que haja um “projeto” prévio de ações a tomar, também não se pode admitir que um juiz venha a decidir sobre uma ordem de prisão preventiva sem que todos os elementos tenham sido estudados e verificados, pela alegação de uma suposta habilidade e experiência, ou pior ainda, por uma alegada sobrecarga de trabalho.

Da mesma forma que a improvisação e a desídia de um cirurgião pode levar a morte ou causar graves sequelas ao paciente, a improvisação e desídia de um juiz, ao determinar a prisão preventiva, pode levar a resultados tão graves quanto.

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2012. p. 99.

A profissão de juiz exige um trabalho árduo, dedicado, reflexivo, o que muitas vezes o impede de tomar boas medidas em intervalo de tempo exíguo. Não se pode admitir que um juiz se valha de fórmulas prontas e preconceitos para tomar atalhos no processo de decisão.

A compreensão no campo jurídico é um processo hermenêutico demorado, reflexivo e que demanda energia dos atores jurídicos. Diante da complexidade decisória (...) criam-se “regras de bolso” (...) Daí que a utilização em qualquer momento da regra de bolso do *in dubio pro societate* é uma “gambiarra” retórica utilizada por **atores jurídicos preguiçosos** e muitas vezes alienados do seu respectivo papel de compreender autenticamente o regime probatório existente. (...) uma das faces do *in dubio pro hell*. (grifo inexistente no original.)⁹⁸

Concluindo todo o conjunto de exigências acima descritos para flexibilizar o Direito Fundamental à Presunção de Inocência, em casos excepcionais, visando a máxima efetivação possível do conjunto dos direitos fundamentais, um arguido poderá ter a sua liberdade de ir e vir restringida. Infelizmente, essa restrição significará cumprir as mesmas condições de criminosos condenados, sendo que não se pode esquecer que são presumidamente inocentes.

2.7 A situação atual das prisões provisórias no Brasil

De tudo o que foi exposto até aqui, pode-se concluir que o Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Constituição da República Federativa do Brasil, fundada no Estado Democrático de Direito, apresentam as prisões como necessidades de uma sociedade imperfeita, mas que devem ser utilizadas, com muita parcimônia, somente em situações em que outras medidas não sejam suficientes e eficazes, garantindo sempre aos réus valerem-se de todas as garantias constitucionais e do ordenamento internacional para que possam exercer a sua defesa, sendo o Direito Fundamental à Presunção de Inocência uma das mais importantes garantias.

Somente através do devido processo legal, com todas as garantias constitucionais, uma pessoa pode ser condenada a cumprir uma pena de prisão, quando a presunção de inocência for substituída pela comprovação de culpa.

Em situações ainda mais excepcionais, na busca da maior efetivação possível do conjunto dos direitos fundamentais, há a previsão de prisões provisórias, das quais se exige ainda maior rigor na análise, afinal, são decididas com provas que ainda podem ser questionadas, em um

⁹⁸ ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JUNIOR, Salah H. A regra de Bolso do *in dubio pro societate*: a preguiça diabólica. _____ **In: In Dubio Pro Hell I – Profanando o Sistema Penal, 2ª edição, ampliada, revisada e modificada.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 99-104.

processo de cognição sumária, e que implicam na retirada, ainda que temporária, da liberdade de pessoas presumidamente inocentes.

A realidade brasileira, no entanto, mostra que as coisas não são bem assim. Há no Brasil mais de 800 mil presos, sendo que mais de 40% deles não foram condenados sequer em primeira instância, o que torna difícil aceitar que sejam casos excepcionais.⁹⁹

Da análise dos dados extraídos do Infopen,¹⁰⁰ base de dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública, é possível verificar que as prisões, em especial as prisões provisórias, cresceram em quantidade muito acima do crescimento populacional e do crescimento da criminalidade. No período entre 2005 e 2017, a população cresceu 11,7%, enquanto a população carcerária aumentou em 101% e a quantidade de presos provisórios aumentou em 123%. Nesse mesmo período, a quantidade de homicídios cresceu 21%.¹⁰¹ A morosidade da justiça e a inexistência de tempo máximo para as prisões provisórias, ao contrário do que ocorre em outros países, como Portugal, amplifica esse problema.

Considerando a abrangência das garantias constitucionais previstas na CRFB/88, é necessário fazer uma análise histórica das razões que poderiam ter levado a essa ineficácia na garantia da presunção de inocência.

O Brasil vive o seu mais longo período democrático da história, que iniciou em 1985, tendo como marco fundamental a promulgação da CRFB/88, em outubro de 1988. Antes disso, pela instabilidade política e por vários governos não democráticos, sempre foi muito difícil a defesa dos direitos fundamentais.

No recente período democrático, muitas são as histórias de sucesso, que passam pela estabilização da moeda, pelo progresso na geração de energia, pela universalização do acesso à saúde, pela redução drástica do analfabetismo, pelo aumento da expectativa de vida e muitos outros.

No entanto, em alguns pontos não houve evolução. O país continua sendo um dos mais desiguais do mundo, sendo essa a principal causa para a manutenção da pobreza e para o aumento da criminalidade. Não agindo no sentido de redução dessa desigualdade, o Estado atua através do Direito Penal para a manutenção do *status quo*, punindo muito mais os pobres do que

⁹⁹ Sítio Jornalístico G1. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em 09 dez 2020.

¹⁰⁰ Departamento Penitenciário Nacional – Infopen. **Levantamento Nacional.** Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>. Acesso em 09 dez 2020.

¹⁰¹ IPEA Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da Violência.** Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/20>. Acesso em 09 dez 2020.

os ricos, o que se percebe ao verificar que os “crimes de ricos” resultam em pouquíssimas prisões, com penas sensivelmente menores que aquelas previstas para os “crimes de pobres”, que são os que superlotam o sistema penitenciário.¹⁰²

Os dados do sistema penitenciário brasileiros são inquietantes. Os pobres, sem acesso aos meios de educação, são os “hóspedes por excelência” das prisões. São os mais indefesos em relação aos abusos do sistema. Sem conhecimento, sem dinheiro, sem contatos, poucas chances têm de se defenderem de prisões provisórias, por mais absurdos que sejam os argumentos (quando há) que justificam a sua privação de liberdade.

De acordo com o CNJ, aproximadamente 80% dos presos não iniciaram estudos no ensino médio (78,82%) e apenas 1,36% frequentaram, ao menos por alguns dias, as salas de aula do ensino superior.¹⁰³ Essa realidade deixa evidente o quanto que a garantia do Direito Fundamental à Presunção de Inocência, tão consagrada no texto constitucional e nos diplomas internacionais aos quais o Brasil aderiu, não encontra efetividade, em especial quando se trata dos excluídos da sociedade.

Ao analisar os dados estatísticos, desde a promulgação da CRFB/88, percebe-se que houve um estrondoso aumento da quantidade de presos, o que não encontra respaldo nem no aumento populacional, nem no aumento da criminalidade, tampouco no controle da criminalidade. Enquanto a população brasileira aumentou em 44%, desde a promulgação da CRFB/88 até 2019, a população carcerária aumentou em mais de 700%.¹⁰⁴

Apesar da ocorrência de alguns casos de atuação legislativa com viés de direito penal simbólico, o fato é que tanto a CRFB/88 como a legislação infraconstitucional buscam garantir o Direito Fundamental à Presunção de Inocência, no entanto, formadores de opinião, como jornalistas, políticos e até mesmo membros do judiciário, esmeram-se em contornar as exigências jurídico-constitucionais para justificar as políticas de encarceramento.

Muitas vezes o judiciário se apresenta em uma forma diversa de seu papel institucional, como se pudesse salvar o povo brasileiro das agruras da vida, o que muitas vezes é alimentado por alguns órgãos de imprensa e pelas redes sociais. Os crimes tornam-se notícias nos meios de comunicação e muitas vezes “viralizam” nas redes sociais, levando juízes a, em muitas vezes, determinar medidas enérgicas, normalmente prisões, como mostra de que “algo está sendo feito”.

¹⁰² SOUZA, André Peixoto de. **Crime de rico, crime de pobre ... e o sistema penal**. Canal de Ciências Criminais. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.iusbrasil.com.br/noticias/215543948/crime-de-rico-crime-de-pobre-e-o-sistema-penal>. Acesso em 15 dez 2020.

¹⁰³ CNJ Conselho Nacional de Justiça. **BNMP 2.0...** (*op. cit.*).

¹⁰⁴ Sítio Jornalístico Globo. **Em 26 anos, total de presos dispara 700% no país; número de vagas cai**. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2017/12/08/em-26-anos-total-de-presos-dispara-700-no-pais-numero-de-vagas-cai.ghtml>. Acesso em 15 dez 2020.

Um exemplo recente é o caso ocorrido em 2019, quando houve o rompimento da Barragem do Feijão, em Brumadinho-MG, causando centenas de mortes, danos materiais e ambientais, com a comoção tomando conta do país pela gravidade do fato. Mesmo sem ter nenhum elemento que apontasse para a causa do rompimento, a juíza responsável, decidiu expedir ordem de prisão temporária de 30 dias para executivos e engenheiros da empresa responsável pela barragem¹⁰⁵, sob a imputação de homicídio doloso qualificado¹⁰⁶.

Não se está aqui minimizando a gravidade do fato, tampouco buscando a impunidade para os responsáveis, apenas fazendo a defesa do Estado Democrático de Direito e das garantias constitucionais. O processo está em andamento e ainda não foi prolatada a sentença, mas há indícios de que a responsabilidade seja de outra empresa, que teria atestado a estabilidade da barragem, o que isentaria ou minimizaria a responsabilidade dos engenheiros da Vale, que foram mantidos presos de forma arbitrária por 6 dias, sendo liberados após a expedição de *habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça, depois que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais negou o pedido. Independentemente de que os réus venham ou não serem condenados ao final do processo, a prisão provisória foi claramente arbitrária.

O caso apresentado é, na opinião do autor do presente trabalho, um exemplo bastante claro de como acontecem as prisões provisórias no Brasil. Garantias constitucionais são facilmente deixadas de lado, no afã de “fazer justiça”. Aliás, parece cada vez mais presente nas decisões de alguns magistrados brasileiros o entendimento de que são capazes de fazer justiça ao não aplicar o direito. É sempre bom lembrar as palavras do antigo Ministro do STF, Eros Grau: “o papel do juiz é aplicar o direito, não é fazer justiça.”¹⁰⁷

Em estudo realizado na cidade do Rio de Janeiro, o projeto Danos Permanentes, iniciativa da ONG Sou da Paz, em parceria com a *Open Society Foundations*¹⁰⁸, identificou que no Rio de Janeiro, no ano de 2013, foram mantidas presas, de forma provisória, 7734 pessoas, em média por 101 dias. Mais da metade delas foram inocentadas ou condenadas a penas sem encarceramento, o que implicou em um custo desnecessário de milhões de reais aos cofres públicos e um custo não mensurável para cada uma dessas pessoas.

¹⁰⁵ Sítio Jornalístico UOL. **Funcionários da Vale e engenheiros que atestaram barragem em MG são presos.** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/01/29/prisoes-brumadinho-barragem-minas-gerais-sao-paulo.htm>. Acesso em 15 dez 2020.

¹⁰⁶ A escolha do crime se deu para que pudesse ser aplicada a prisão temporária por 30 dias, prevista na lei dos crimes hediondos. Se não escolhesse esse crime, a prisão temporária somente poderia ser de 5 dias (nota do autor).

¹⁰⁷ GRAU, Eros. **Juizes interpretam e aplicam a Constituição e as leis, não fazem justiça.** Consultor Jurídico – Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/eros-grau-juizes-aplicam-direito-nao-fazem-justica>. Acesso em 15 dez 2020.

¹⁰⁸ Danospermanentes.org. **Presos Provisórios, Danos Permanentes.** Disponível em: <http://www.danospermanentes.org/index.html>. Acesso em 15 dez 2020.

Tais dados apontam para uma realidade em que políticas de segurança muitas vezes afrontam o direito, sem produzir as melhorias esperadas na segurança pública, servindo de ferramentas para a manutenção do *status quo* em um país que apresenta um dos mais elevados graus de concentração de renda do mundo.

2.8 Um caminho possível.

O Brasil pode ser considerado, do ponto de vista da estabilidade democrática, um país jovem, com uma história marcada pelo domínio de pequenas classes poderosas sobre uma imensa massa humana, praticamente desprovida de bens e de direitos.

No período do ocaso da Guerra Fria, quando mais e mais democracias se consolidavam em todo mundo, o Brasil conseguiu, após uma ditadura militar que durou mais de duas décadas, iniciar um caminho tímido de (re)construção democrática.

Desde a chamada abertura política, iniciada no último ano da década de 1970, as forças políticas civis se organizaram para fazer a transição, que somente foi acontecer através do mecanismo implantado pela ditadura, a eleição indireta do presidente pelo Congresso Nacional.

Apesar da derrocada iminente do regime, praticamente em um último gesto de força, em 1984, o Congresso Nacional foi sitiado, com tropas militares proibindo a aproximação de populares e controlando o trabalho da imprensa, enquanto se votava a Emenda Constitucional Dante de Oliveira, que pretendia reestabelecer as eleições diretas para Presidente da República, a qual infelizmente não foi aprovada.

No entanto, conforme FACHIN, “o retorno do regime democrático era natural, apesar de muitos insistirem na continuidade do regime ditatorial”. Milhares de pessoas saíam às ruas, de forma espontânea, e o Brasil vivia “um momento histórico que a teoria constitucional denomina *situação constituinte*”. Apesar do insucesso na votação da emenda Dante de Oliveira, o movimento democrático, somado ao esgotamento do modelo, permitiu a eleição, mesmo pelo modelo indireto, de um presidente civil apoiado pelos partidos de oposição ao regime militar.¹⁰⁹

O Presidente eleito, Tancredo Neves, do PMDB, maior partido da oposição, infelizmente não tomou posse. Internado às pressas no Hospital de Base de Brasília, horas antes de tomar posse como Presidente da República, veio a falecer, em função de complicações de uma diverticulite. Em seu lugar tomou posse o Vice-Presidente eleito, José Sarney, dissidente do grupo de apoio do governo ditatorial.

¹⁰⁹ FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional, 7ª Ed.** Rio de Janeiro; Forense, 2015. p. 96-100.

José Sarney honrou uma série de compromissos de Tancredo Neves, dentre eles a convocação de uma Assembleia Constituinte e a promulgação de uma nova Constituição. Promulgada em outubro de 1988, a chamada Constituição Cidadã, de “cunho programático” e “caráter marcadamente compromissário,”¹¹⁰ inaugurou uma nova fase na proteção dos direitos humanos.

A crise econômica enfrentada pelo Brasil no final dos anos 1980 postergou, no entanto, a efetividade da CRFB/88. José Sarney passou a faixa presidencial ao populista Fernando Collor de Melo num quadro de recessão e hiperinflação que superava 80% ao mês.

O governo de Collor de Melo também não obteve êxito no combate à hiperinflação e acabou sofrendo impeachment. Pode-se dizer que o Brasil somente encontrou o caminho da estabilidade e crescimento econômico no somatório do trabalho dos presidentes Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva, o que implica dizer que as condições para a efetivação das cláusulas programáticas da Constituição somente se tornaram possíveis no Século XXI.

Tal situação explica em parte o otimismo apresentado pelo autor, que acredita que muito do que a CFRB/88 estipulou, ainda está em vias de se tornar realidade, como pode ser visto pela recente implantação no sistema judiciário brasileiro da Audiência de Custódia, que não teria acontecido sem a influência do sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos.

Embora, conforme afirma CHOUKR,¹¹¹ exista uma grande resistência dos operadores do direito brasileiros em acatar o conteúdo substantivo dos textos internacionais relacionados a direitos humanos, pouco a pouco percebe-se nos tribunais, em especial, no Supremo Tribunal Federal, a efetivação e aplicação das normas previstas em acordos internacionais relacionados à direitos humanos que o Brasil ratificou, tal qual previsto na CRFB/88.

Tal situação foi percebida na implantação da Audiência de Custódia no sistema jurídico pátrio. Trata-se de uma audiência, com a participação de um juiz de direito, um membro do Ministério Público e um defensor público ou particular, na qual comparece qualquer pessoa que tenha sido presa em flagrante delito, num prazo de 24 horas a contar da comunicação da prisão, para que o juiz, ouvido o réu, o Ministério Público e o defensor, decida pela necessidade ou não da manutenção da privação de liberdade. Tal audiência veio ampliar a efetividade de uma série de

¹¹⁰ Conforme SARLET, embasado em CANOTILHO, a CFRB/88 em muito se assemelha à Constituição portuguesa de 1976, igualmente resultante de uma solução compromissária e harmonizadora das diversas forças políticas. SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª edição revista e atualizada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2012. p. 65.

¹¹¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. Margens nacionais de apreciação. *(op. cit.)* p. 150.

normas, previstas no artigo 5º da CRFB/88, cujo objetivo é garantir o Direito Fundamental à Presunção de Inocência nas prisões em flagrante delito.

Conforme ARACHESKI,

(...) além do juiz, a pessoa presa tem direito a que o ato se realize na presença do representante do Ministério Público e de um defensor, público ou privado. Desta feita, antes da apresentação ao juiz, a pessoa presa poderá entrevistar-se, reservadamente, com seu advogado ou, se não possuir, com o defensor público, a fim de saber previamente sobre os fins do ato judicial e orientada a prestar as informações que sejam de relevo à defesa dos seus interesses, inclusive o direito de permanecer em silêncio.

(...) a partir da presença tanto do titular da ação penal como do defensor, é possível, à vista dos elementos de informação recolhidos no procedimento (auto) de prisão em flagrante, ordenar diligências que, ignoradas ou não produzidas pela autoridade policial, vem no interesse da pessoa presa e que, a seguir o procedimento comum, poderiam se perder à vista do decurso de tempo.

(...) o juiz entrevistará a pessoa presa para o fim de “indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão” e “perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis”. Com a apresentação ao juiz, a pessoa presa ainda será informada acerca da finalidade da audiência justamente a fim de exercer e resguardar na plenitude os seus direitos e interesses, inclusive o de permanecer em silêncio.

(...) caberá ao juiz decidir sobre a validade da prisão e a necessidade de sua manutenção, substituição por medidas cautelares alternativas ou restituição da liberdade à pessoa presa, assim efetivando a tutela jurisdicional –à luz dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da presunção de inocência, sobretudo.¹¹²

O que interessa para o presente trabalho é que a implantação da Audiência de Custódia tornou-se realidade, dentre outros fatores, pela aplicação de normas dispostas em convenções internacionais de direitos humanos, nomeadamente, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 2009 e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992.

O julgamento da medida cautelar na ADPF 347, pelo Supremo Tribunal Federal, pode ser visto como um verdadeiro divisor de águas na atuação do STF, que passou a ser, além de guardião

¹¹² ARACHESKI, Gustavo Henrique. **A introdução da audiência de custódia no direito brasileiro: uma reflexão à luz da teoria da interconstitucionalidade**. Braga (Portugal)/Itajaí (Brasil). 2019, 109 f. Dissertação de Mestrado. Universidade do Minho/Universidade do Vale do Itajaí.

da CRFB/88, também guardião do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Brasil, até mesmo porque o Direito Internacional dos Direitos Humanos é consagrado na Constituição brasileira.

Percebe-se que a promulgação de uma Constituição não funciona como uma vara de condão, que de imediato atende os desejos de quem a busca, principalmente quando ela choca com princípios antigos que, mesmo sendo formalmente banidos, continuam nas mentes e corações de muitos operadores do direito.

Apesar do contido no artigo 4º e no parágrafo segundo do artigo 5º da CRFB/88, que adiante será discutido, e da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1992, somente em 2009 o STF fez a devida análise para, ainda de forma tímida, aceitar que os acordos internacionais relativos a direitos humanos ratificados pelo Brasil têm hierarquia superior à legislação ordinária interna. Em outras palavras, durante um período de mais de 20 anos, após a promulgação da CRFB/88, o STF negou-se a agir como guardião do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Com todas as dificuldades apresentadas, até agora, tais posicionamentos do STF trazem a esperança de que novas soluções serão encontradas, em especial no Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que será objeto de estudo desta dissertação nos dois próximos capítulos. No terceiro capítulo será apresentado o Sistema Jurídico da União Europeia e no quarto capítulo os sistemas universal e regionais, com maior aprofundamento no sistema Interamericano.

No próximo capítulo será feito um estudo sobre o Sistema Europeu de Direitos Humanos e, mais detalhadamente, o Direito da União Europeia e a busca pela máxima efetivação dos direitos humanos. Valendo-se de um modelo jurídico-constitucional *sui generis*, a União Europeia desenvolveu um novo modelo de constitucionalismo, que, conforme a visão de juristas portugueses, com destaque para Gomes Canotilho, é um constitucionalismo desenvolvido a partir da teoria da interconstitucionalidade, que valoriza o processo histórico e cultural de construção, não apenas dos Tratados Constitutivos da União Europeia, como das constituições de todos os Estados-membros.

Esse novo constitucionalismo, que se caracteriza, não apenas por seus textos, mas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, é um constitucionalismo que prima pela máxima efetivação dos direitos fundamentais. Tal modelo, que pouco a pouco vai se sedimentando, pode (e deve, segundo a opinião do autor) tornar-se um modelo a ser aplicado em

outros continentes, dando força aos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos em todo mundo, em particular no Sistema Interamericano dos Direitos Humanos.

Capítulo III – Direito da União Europeia - A interconstitucionalidade como mecanismo para a máxima efetivação dos direitos humanos.

3.1 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Terminologia e Efeitos Práticos.

O objetivo do presente capítulo é fazer um estudo sobre o modelo jurídico da União Europeia, que é fonte de inspiração para a Dissertação. Em função de sua peculiaridade, de mesclar o direito internacional, o direito contido nos tratados constitutivos da União e o direito constitucional dos Estados-Membros, torna-se necessário apresentar alguns conceitos e distinções sobre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”.

Segundo SARLET, é bastante comum, na doutrina e mesmo no direito positivado, o uso de uma série de expressões, ora como sendo sinônimas, ora com objetivo de diferenciar os conceitos, muitas vezes trazendo dificuldades de entendimento para os operadores do direito. Termos como “liberdades civis”, “direitos humanos”, “liberdades fundamentais”, “direitos do homem”, “direitos fundamentais”, “direito natural”, dentre outros, merecem uma atenção, para evitar entendimentos equivocados. Como diz o doutrinador, esse cuidado ultrapassa a ideia de que seria apenas “uma mera querela acadêmica entre teóricos que não tem mais o que fazer”¹¹³.

Ingo SARLET defende o posicionamento de que, juridicamente, dois termos são os mais relevantes e não podem ser confundidos: direitos humanos e direitos fundamentais.

Indo direto ao ponto, direitos humanos são aqueles previstos em documentos internacionais, a serem reivindicados por quaisquer pessoas, sem nenhuma necessidade de vinculação com países e ordenamentos jurídico-constitucionais, ao passo que direitos fundamentais são aqueles “positivados” nas constituições.

Em que pese sejam ambos os termos comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).¹¹⁴

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª edição, revista e atualizada.** Porto Alegre; Livraria do Advogado. 2012. p. 27-35.

¹¹⁴ *Idem*, p. 29.

O professor alerta que essa diferenciação tem como principal consequência prática o fato de que os direitos fundamentais, previstos nos textos constitucionais, possuem um caráter vinculante, conferindo assim uma proteção mais eficaz do que os textos do direito internacional. Salienta que enquanto, de uma forma geral, os países dão muita importância para a efetivação de suas normas constitucionais, o mesmo nem sempre pode ser dito em relação às normas do direito internacional.

Entretanto, conforme PIOVESAN¹¹⁵, “cláusulas de abertura constitucional”, presentes em diversas constituições latino-americanas, permitem uma “integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos” e, “a partir dos diálogos local-regional-global em um sistema multinível se vislumbra a emergência de um novo paradigma jurídico”. Cita a autora, a frase de Ferrajoli:

A dignidade humana é referência para o constitucionalismo mundial, a emprestar-lhe fundamento de validade, seja qual for o ordenamento, mas também fora e contra todos os Estados. (Luigi Ferrajoli).¹¹⁶

Esse “novo paradigma jurídico”, que se vislumbra no horizonte, já é realidade do outro lado do Oceano Atlântico. Conforme SILVEIRA, o TJUE aplica, por mais de quarenta anos, um recorte jurisprudencial para a efetivação dos direitos fundamentais, valendo-se da jusfundamentalidade de diversas fontes do direito, nacionais e internacionais.

(...) o bloco de jusfundamentalidade que serve de parâmetro para as decisões do TJUE (...) congrega direitos fundamentais de distintas fontes: normas de proveniência europeia (constantes dos tratados constitutivos e especialmente a CDFUE), normas de proveniência nacional [correspondentes às tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, isto é, constantes das Constituições nacionais], e normas de proveniência internacional [constantes de tratados internacionais, especialmente a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)].¹¹⁷

E é exatamente essa peculiaridade do Direito da União Europeia que será aqui apresentada.

¹¹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade. 18ª edição, revista e atualizada.** São Paulo; Saraiva Jur, 2018. p. 193-197.

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia – Doutrina e Jurisprudência. 2ª edição (atualizada e ampliada).** Lisboa; Quid Juris, 2011. p. 80.

3.2 Um repensar de conceitos. O caso do Direito da União Europeia.

O primeiro contato com o Direito da União Europeia (DUE) trouxe a este autor um misto de surpresa e de satisfação. Surpresa e satisfação ao perceber a existência de um Direito que realiza princípios constantes na Carta Magna brasileira, ao passo que no Brasil são rotineiramente violados em função de um discurso arcaico e talvez xenófobo de supremacia da soberania sobre quaisquer outros temas, inclusive sobre direitos fundamentais.

Com certeza tal construção europeia não se deu do dia para a noite, mas o que se percebe é que na UE foram superadas barreiras arcaicas do conceito de soberania, em prol do desenvolvimento comum e da proteção dos direitos fundamentais. O que se deu entre Estados que, em um passado não muito distante, se digladiavam em guerras mortais.

Talvez o conhecimento do ódio do passado e seus efeitos nefastos, seja o motivador dessa união, ou talvez o medo de um retorno a tempos tão sombrios seja um motivador mais importante. De qualquer forma, para alguém que não viveu de perto o desenvolvimento dessa unidade, e que acredita na união dos povos e na defesa dos direitos humanos, o que ocorre com o DUE é inspirador.

Por óbvio, que não é um mar de rosas e certamente os esforços devem ser constantes para a manutenção dessa situação. Tampouco não é razoável supor que possa ter alcançado a utópica unanimidade. Muitas decisões certamente são e continuarão a ser questionadas, mas o caminho para um sistema de proteção dos direitos fundamentais parece bastante consolidado.

A viabilização da União Europeia passou por uma série de desafios, sendo o primeiro deles a superação do conceito tradicional de soberania e a ideia de que as definições do direito internacional afrontam a soberania dos Estados, como se a soberania, num sistema refratário às contribuições externas, fosse um fundamento da democracia.

Conforme CANOTILHO, não é razoável fazer um relacionamento de causa e efeito entre soberania e democracia. Países não democráticos também pode ser soberanos. Da mesma forma, não se pode aceitar uma visão reducionista de uma “ordem de domínio”, onde o Estado possui o povo, o que da mesma forma se aplicaria para países democráticos ou não democráticos. Na visão do constitucionalista, o povo, no sentido democrático, é o legitimador do domínio estatal e dos domínios supranacionais. Assim sendo, o direito internacional também é legitimado pelo povo, que tem o direito a usufruir de sua proteção.

(...) o “**povo do Estado**”, no sentido democrático, **é o sujeito de legitimação do domínio estatal e de domínios supranacionais**

ou supraestaduais tal como ele é juridicamente conformado pelas Constituições dos Estados. (grifos inexistentes no original)¹¹⁸

No mesmo sentido se posiciona HABERMAS que afirma a necessidade de superação do conceito de que a soberania do povo seja dependente da soberania do Estado. No seu entender, o cerne da soberania do povo está na autodeterminação democrática, em que o povo é igualmente destinatário e autor das leis coercivas, e essa autodeterminação inevitavelmente tende a extrapolar, em algum momento, os limites nacionais.

(...) tenho de eliminar um bloqueio ao pensamento que, ao sugerir a existência de uma dependência concetual da soberania do povo em relação à soberania do Estado, impede que se avance (...)

(...) Autodeterminação democrática significa que os destinatários das leis coercivas são, simultaneamente, os autores das mesmas. Numa democracia, os cidadãos estão sujeitos apenas às leis que estabeleceram para si, de acordo com um procedimento democrático.

(...) temos que admitir como irreversível a dependência crescente dos Estados nacionais dos constrangimentos sistêmicos de uma sociedade mundial cada vez mais interdependente, impõe-se a necessidade política de alargar os procedimentos democráticos para lá das fronteiras do Estado nacional.¹¹⁹

Essa nova leitura sobre o significado da soberania, considerando o povo como o sujeito que legitima e usufrui do direito internacional, afasta a ideia de que a defesa da soberania seja a defesa de um governo, democraticamente eleito ou não, afinal, esse governo existe para servir ao povo e não como um fim em si só, o que nunca é demais relembrar. A assunção desse novo conceito de soberania foi fundamental para a criação da UE e do DUE. No entanto, não foi a única barreira a superar.

Conforme MADURO, muitos são os dilemas, que talvez nunca sejam superados de uma forma definitiva, e aqui há de se salientar que a história evolutiva da humanidade nunca se deu de forma linear, sendo um somatório de altos e baixos e não haveria de se esperar que não fosse assim na União Europeia.¹²⁰

¹¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade – Itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Edições Almedina, 2006. p. 234.

¹¹⁹ HABERMAS. Jürgen. **Um Ensaio sobre a Constituição da Europa – Prefácio José Joaquim Gomes Canotilho**. Lisboa: Edições 70, 2012.

¹²⁰ MADURO, Miguel Poiares. **A Constituição Plural – Constitucionalismo e União Europeia**. Cascais: Principia Publicações Universitárias e Científicas, 2006. p. 262.

De acordo com o autor, vive-se uma crise na “Constituição Europeia,”¹²¹ quer seja pelo chamado “défice democrático”, em razão da transferência de poderes e controles dos Estados nacionais para o plano europeu, “alegadamente menos representativo e transparente”, quer seja pelos possíveis conflitos entre a jurisdição dos Estados e a jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia, ou ainda pelo argumento de que “não existe uma comunidade europeia (demos).”¹²² No entanto, a despeito dos questionamentos que sofre, o Direito da União Europeia tem mantido a integridade do sistema.

Dentre tais obstáculos, conforme MOREIRA, um dos mais consideráveis foi a rejeição do Tratado Constitucional de 2004, que freou, ao menos momentaneamente, a ideia de “uma união cada vez mais estreita”. O posterior Tratado de Lisboa, no entanto, fez retomar a caminhada, embora fazendo concessões que não se percebia necessárias quando “(...) o futuro da União estava algures entre a ambição dos visionários e o pragmatismo dos dirigentes políticos.”¹²³

Independente das dificuldades, a União Europeia é uma realidade e cada vez mais consolida sua posição geopolítica, sendo referencial para o mundo em diversas esferas, como o desenvolvimento sustentável, o progresso da ciência e a garantia dos direitos humanos. E é sobre essa garantia dos direitos humanos, numa busca de sua máxima efetivação, que se falará logo adiante. No entanto, antes disso, é necessário traçar algumas breves linhas para falar do modelo jurídico da União Europeia.

3.3 O sistema jurídico europeu. A construção a partir da Teoria da Interconstitucionalidade.

Conforme Alessandra SILVEIRA, o projeto de uma Europa unida não é assim tão recente. Já em 1795 Emmanuel Kant defendia a ideia da celebração de acordos entre os representantes dos povos liberais da Europa. No entanto, a ideia começou a tomar novos contornos após a Segunda Guerra. Em 1946, Winston Churchill fez um apelo à Alemanha e França para, em um esforço de reconciliação, criarem os Estados Unidos da Europa.¹²⁴

¹²¹ Não há uma Constituição formal europeia, mas “os tratados constitutivos funcionam como a Constituição da União Europeia, na medida em que consagram uma ordem jurídica fundamental que vincula todo o poder público europeu”. SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito...** (*op. cit.*) p. 29.

¹²² MADURO, Miguel Poiars. **A Constituição Plural** (*op. cit.*). p. 262.

¹²³ MOREIRA, Vital. **“Respublica” Europeia – Estudos de Direito Constitucional da União Europeia**. Coimbra; Coimbra Editora, 2014. p. 47-49.

¹²⁴ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União**. (*op. cit.*). p. 19-26.

Em 1951, com a assinatura do Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, envolvendo os governos da Alemanha, França, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo, foram “lançadas as primeiras bases concretas de uma federação europeia indispensável à paz”¹²⁵.

O passo seguinte foi a assinatura em Roma, em 1957, do tratado constitutivo da Comunidade Europeia da Energia Atômica e da Comunidade Econômica Europeia. De lá, até o Tratado de Lisboa, em 2007, decorreram 50 anos, que foram marcados, não apenas pela mudança de denominação, como pelo alargamento das competências, poderes e objetivos. O mercado comum transformou-se em uma união política, muito além do que era previsto lá naqueles primeiros anos do pós-guerra. Conforme MOREIRA, “A UE de hoje é mais produto da sua própria história do que um desígnio inicial”.¹²⁶

No entanto, muitos dos traços que caracterizam a UE atualmente já estavam lá demarcados, como a existência de uma unidade interestatal, com poderes assemelhados ao de autoridades estatais, com órgãos legislativos e judiciários, com a previsão de um parlamento eleito e com um tribunal com poderes punitivos em relação aos Estados-Membros que não cumprissem suas obrigações definidas no nascente direito comunitário.¹²⁷

Fruto desse processo histórico a UE afirmou-se como um modelo *sui generis*, sedimentado juridicamente, formando uma “União de Direito”, que somente foi possível através de um processo de construção que respeitou, não apenas o texto dos seus tratados constitutivos, mas também todo o ordenamento jurídico constitucional dos Estados-Membros.

Por isso se diz que a União Europeia funciona como uma União de direito (por alusão à expressão Estado de direito). Isto significa que o exercício do poder público da União deve estar submetido ao direito, tal como o exercício do poder público do Estado está submetido ao direito (não é outro o sentido da expressão: Estado de direito).¹²⁸

Para que essa União de direito se tornasse viável, esse modelo *sui generis* necessitou quebrar paradigmas políticos e criar uma nova teoria jurídico-constitucional. Uma vez que os acordos internacionais, na maior parte das vezes não se caracterizam pela capacidade de coerção e vinculação jurídica das partes, algo deveria ser feito, pois para que a União Europeia pudesse atingir seus objetivos, seria necessária uma conformação político-jurídica diferente. Caso contrário, fatalmente não se manteria estável na hipótese de que os Estados-Membros não acatassem

¹²⁵ *Idem*.

¹²⁶ MOREIRA, Vital. “**Respublica**”... (*op. cit.*) p. 15.

¹²⁷ *Idem*.

¹²⁸ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União**. (*op. cit.*) p. 28.

decisões europeias por alegadas questões de soberania. HABERMAS alertou para o fato de que não haveria possibilidade de eficácia, e mesmo de democracia, em acordos não vinculativos, sendo indispensável a institucionalização do processo decisório.

Os compromissos juridicamente não vinculativos, assumidos no círculo dos chefes de governo, são ineficazes ou não democráticos e, por isso, têm de ser substituídos por uma institucionalização das decisões comuns que seja insuspeita do ponto de vista democrático.¹²⁹

A guinada ocorrida dentro do processo histórico, afastando o modelo jurídico do direito internacional, no sentido de uma constitucionalização do Direito da União Europeia, foi acontecendo pouco a pouco e se consolidou com o Tratado de Lisboa.

Como explica MOREIRA, a UE não é um Estado, embora tenha alguns traços estatais, e não prescinde dos Estados que a compõe, dentre outras razões, porque cabe aos Estados a prestação de serviços à sociedade e outras funções que não são exercidas pela UE. Também não é uma federação, pois os “Estados-Membros mantém a sua soberania (embora comprimida)”, podendo ser considerada uma “entidade parafederal”. Assim sendo, o seu constitucionalismo necessita estar “para além do Estado”.¹³⁰

Esse novo ordenamento rompe com o modelo tradicional, pois ele surge tendo como base os tratados constitutivos da União e o ordenamento jurídico-constitucional dos Estados que a compõem e os tratados de direitos humanos assumidos por esses Estados, em especial a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH).

Gomes CANOTILHO propôs que se usasse, para a construção constitucional europeia uma *teoria da interconstitucionalidade* que estudasse e buscasse soluções na análise “das relações constitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político.”¹³¹

Essa teoria parece acrescentar complexidade a um fenômeno já estudado por outros autores, como ALEXY, que é o conflito entre normas, em especial de direitos fundamentais, que deve sempre ser equacionado para os casos concretos, partindo do princípio de que todas as normas de direitos fundamentais possuem validade *prima facie*, sendo que nos casos de conflitos,

¹²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Um Ensaio sobre a Constituição da Europa – Prefácio José Joaquim Gomes Canotilho**. Lisboa: Edições 70, 2012. p.63.

¹³⁰ MOREIRA, Vital. “**Respublica**”... (*op. cit.*). p. 28-33.

¹³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Interconstitucionalidade e Interculturalidade. IN _____ **“Brançosos” e Interconstitucionalidade – itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra; Almedina, 2017. p. 263-279.

mecanismos de resolução devem ser aplicados, sempre na busca da maior efetividade possível do conjunto de direitos fundamentais.¹³²

No entanto, a coisa se complica pelo fato de que a *interconstitucionalidade* estuda normas originadas em diferentes processos históricos, em diferentes culturas, razão pela qual Gomes CANOTILHO coloca como ponto preponderante o estudo da interculturalidade, da partilha de cultura, o que evidentemente aumenta o grau de complexidade da análise, mas em hipótese alguma a inviabiliza.¹³³

O modelo jurídico da União Europeia, no que se refere aos direitos fundamentais, proporciona a sua máxima efetivação, o que se dá, há décadas, pelo trabalho do TJUE, que busca no conjunto de fontes de direito à sua disposição, numa análise interconstitucional, a norma que conduza à máxima efetivação dos direitos fundamentais.

O TJUE, de acordo com a previsão do artigo 6º, 3 do Tratado da União Europeia, considera, além das normas de direitos fundamentais previstas nas constituições dos Estados-Membros, também normas de direito internacional, em especial a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdade Fundamentais. Em função disso, maximiza a efetivação tanto dos direitos fundamentais, como dos direitos humanos, extrapolando, dessa forma, os conceitos anteriormente apresentados, propostos por SARLET.

Pode se dizer então, que a partir desse ponto, o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos convergem para um mecanismo de solução de conflitos que, embora traga muitos desafios, se apresenta como o melhor caminho para garantir o princípio da máxima efetivação dos direitos fundamentais, que no caso da UE também significa a máxima efetivação dos direitos humanos.

3.4 Os Direitos Fundamentais e o Direito da UE.

Talvez para um europeu seja óbvio (talvez não), mas para um não europeu, as distinções entre União Europeia e Europa não são triviais. Quando se pensa em constitucionalismo e direitos fundamentais, que com certa dificuldade vão se assentando nos países da América Latina, imagina-se como institutos consolidados na Europa, pois afinal de contas estão no debate, naquele continente, ao menos desde a Revolução Francesa. Entretanto, a Europa não se confunde com a

¹³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais – Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª edição, 5ª tiragem.** São Paulo: Malheiros, 2017.

¹³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Interconstitucionalidade...** (*op. cit.*) p. 263-265.

União Europeia e o ordenamento jurídico-constitucional da UE, relativo aos direitos fundamentais, ainda é bastante jovem.

Conforme MOREIRA, os “tratados fundadores das três primitivas Comunidades Europeias”, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (1951), a Comunidade Europeia da Energia Atômica e a Comunidade Econômica Europeia, (ambas de 1957) se omitiram totalmente em relação aos direitos fundamentais. Além disso, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) mostrou total insensibilidade aos direitos fundamentais nos processos, atendo-se aos tratados e ignorando o ordenamento jurídico-constitucional dos Estados-Membros.

Não demorou para que tribunais nacionais se rebelassem, em especial o alemão, que não admitiu que pudesse haver uma supremacia da corte comunitária, se essa corte não observasse os direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental alemã. Para não pôr em causa o nascente direito comunitário, o TJCE criou uma jurisprudência que passou a considerar os direitos fundamentais previstos nas constituições estaduais e também os instrumentos internacionais de direitos humanos aos quais os Estados-Membros haviam aderido.

A escapatória jurídica consistiu em considerá-los como *princípios gerais de direitos comunitário*, com origem nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e nos instrumentos internacionais de direitos humanos que todos os Estados-Membros da CEE haviam subscrito, nomeadamente a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).¹³⁴

A partir de então, pouco a pouco, nos seus julgados, o Tribunal foi alargando a efetivação dos direitos fundamentais e passando também a seguir “as orientações fornecidas pelos tratados internacionais de proteção de direitos humanos, em cuja elaboração ou assinatura os Estados-Membros colaboraram.”¹³⁵

Nessa linha, cada vez mais, o Tribunal vai colher inspiração como referente interpretativo e hermenêutico a tratados internacionais de que a Comunidade não é subscritora nem aderente, mas que são parte os Estados-Membros, nomeadamente a CEDH, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (1946), a Carta Social europeia (1961), as convenções da OIT, etc.¹³⁶

De lá para cá, os novos tratados, com destaque para Maastricht e Amsterdã, começaram a dar respaldo para as decisões do Tribunal, reforçando dessa forma a proteção dos direitos

¹³⁴ MOREIRA, Vital. “**Respublica**” Europeia – Estudos... (op. cit.). p. 141.

¹³⁵ *Idem*. p. 143.

¹³⁶ *Ibidem*.

fundamentais. Mesmo assim, conforme Vital Moreira, “a proteção dos direitos fundamentais continuava a apresentar um evidente défice jurídico,” uma vez que não estabelecia um catálogo preciso de direitos fundamentais e a heterogeneidade de previsões constitucionais dentre os países membros poderia levar a incerteza e mesmo insegurança jurídica, o que se espera seja algo superado pela inserção, no Tratado de Lisboa, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE).¹³⁷

3.5 A máxima efetivação dos direitos fundamentais no Direito da UE.

No prefácio da 2ª edição da sua obra, *Princípios de Direito da União Europeia – doutrina e jurisprudência*, Alessandra Silveira dá as boas-vindas ao Tratado de Lisboa, exaltando a atribuição de “força vinculativa à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), o que implica na inclusão, no Direito da União Europeia, de um catálogo de direitos fundamentais.”¹³⁸

Entretanto, ao discorrer sobre “*o modelo de protecção dos direitos fundamentais na União*”, a professora se posicionou no sentido de não acreditar que a entrada em vigor da CDFUE alterará, de forma substancial, o reconhecimento dos direitos fundamentais, uma vez que entende que “o TJUE continuará a qualificar, interpretar e aplicar a disposição relativa a direitos fundamentais segundo os critérios e objectivos da própria ordem jurídica da União”.¹³⁹

Esse modelo de proteção, com fundamento interconstitucional, prevê um lugar de destaque para os direitos fundamentais, que seriam baseados na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, além daqueles previstos nas Constituições dos Estados-Membros.

Artigo 6º. 3. - Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.¹⁴⁰

De onde se pode concluir que a máxima efetivação dos direitos fundamentais, há muito tempo está em pauta no Direito da UE, mesmo inexistindo um catálogo formal de direitos fundamentais. Por outro lado, a nova Carta trouxe uma série de elementos que, analisados de

¹³⁷ *Ibidem*. p. 151-166.

¹³⁸ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União**. (op. cit.). p. 7.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 81.

¹⁴⁰ Jornal Oficial da União Europeia 07.06.2016. **Tratado da União Europeia – Versão Consolidada**. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF. Acesso em 15 mar 2021.

forma sistemática, permitem concluir que veio reforçar a máxima efetivação dos direitos e afastar a ideia de busca de um “menor denominador comum” entre as previsões das diferentes fontes normativas que fundamentam o DUE.

(...) as disposições do artigo 52º da CDFUE estabelecem as condições de convivência harmoniosa entre normas jurídicas de distintas fontes (...) preservando o nível de proteção atualmente conferido (...) de modo que nenhum dos patamares atingidos por tais ordenamentos possa retroceder (...) se nenhum deles pode recuar, há de aplicar-se o nível de proteção mais elevado, afastando uma abordagem rígida de “menor denominador comum”. Esse princípio será densificado pelo artigo 53º da CDFUE, do qual decorre que, no seu respetivo âmbito de aplicação, o direito da União há de conferir a proteção mais elevada de entre as variáveis mobilizáveis para a solução de um caso concreto que envolva direitos fundamentais.¹⁴¹

O Artigo 53º¹⁴² da CDFUE, que deve ser entendido como um princípio da preferência pela norma mais favorável, sedimentado pelas disposições do Tratado de Lisboa, vem reforçar aquilo que já se manifestava em decisões do TJUE, como o Acórdão Ômega, de 2004, que considerou prioritária a norma interna alemã relativa à proibição de jogos com simulação de atos homicidas, no objetivo de preservação da dignidade humana, mesmo que isso tenha significado uma restrição à liberdade econômica.

De acordo com SILVEIRA, a afirmação da existência de impossibilidade de comparação entre a efetividade de tutela de direitos fundamentais entre ordenamentos jurídicos de distintas culturas políticas se mostra sem sentido, a partir da implementação dos mecanismos de interconstitucionalidade presentes na União Europeia.

As particularidades do modelo de protecção dos direitos fundamentais na União Europeia (...), conduziram à consagração do princípio do nível de protecção mais elevado (art.º 53.º da CDFUE), que deve ser compreendido como um princípio de preferência pela norma mais favorável. Segundo tal princípio, se numa situação concreta for possível a aplicação de mais de um regime jurídico relativo ao mesmo direito fundamental, será aplicável o que ofereça uma protecção mais elevada ao titular do direito em causa. (...)

Há quem defenda não ser possível comparar níveis de protecção: as diferenças quanto à tutela de direitos fundamentais nas diversas sociedades reflectem a cultura política e a identidade das mesmas, e por isso não haveria como afirmar que um ordenamento jurídico

¹⁴¹ SILVEIRA, Alessandra. ARTIGO 52º - Âmbito e Interpretação dos Direitos e dos Princípios. IN _____ **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada – Coordenadoras Alessandra Silveira e Mariana Canotilho**. Coimbra; Almedina, 2013. p. 591.

¹⁴² Art.º 53º. “Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.”

protege mais que outro (...) faria sentido se não estivéssemos a falar de ordenamentos jurídicos submetidos ao mesmo padrão supraconstitucional de juridicidade e de jusfundamentalidade – mas este já não é o caso da União Europeia.¹⁴³

Apesar da existência de posicionamentos divergentes na doutrina, sobre o alcance do art.º 53.º da CDFUE, Mariana CANOTILHO entende que a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, inegavelmente, estabelece um patamar mínimo de direitos fundamentais para todos os Estados-Membros e, indo além, assume o posicionamento de que estabelece a efetivação do princípio da máxima efetivação dos direitos fundamentais. Assim sendo, independentemente da posição de alguns doutrinadores importantes que consideram que o teor do referido artigo se choca com o primado do direito da União Europeia, o TJUE, ao avaliar eventuais conflitos entre o direito dos Estados e o direito da União, deverá considerar a norma contida no artigo como regra de solução de conflitos normativos, o que levará à aplicação do mais alto nível de proteção em casos concretos.¹⁴⁴

Considerando então que o Direito da UE busca, indubitavelmente, a maximização dos direitos fundamentais, é possível depreender que o mesmo faz quando o direito fundamental em questão é o Direito Fundamental à Presunção de Inocência.

3.6 A presunção de inocência na União Europeia.

A história do constitucionalismo e dos direitos fundamentais, em especial da presunção de inocência, aponta, como alguns dos principais marcos, eventos ocorridos na Europa. Desde a Magna Carta de João sem Terra, passando pela Revolução Francesa, há vários séculos tais temas são tratados em terras europeias.

De acordo com GONÇALVES, a presunção de inocência foi fator de suma importância para a viabilização da Revolução Francesa, uma vez que a presunção de culpa era primordial para viabilização do sistema inquisitório, com o qual a monarquia e a Igreja mantinham seu poder. A passagem para o sistema acusatório, com presunção de inocência, alijou o *ancient régime* da “verdade real”, calcada na legitimação divina do poder.

(...) o princípio da presunção de inocência insere-se como um dos postulados fundamentais a orientar a reforma do sistema repressivo, conduzida pela Revolução Liberal no Século XVIII. (...) A substituição do procedimento criminal da Inquisição colocou-se como um dos pontos

¹⁴³ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União...** (*op. cit.*). p. 83.

¹⁴⁴ CANOTILHO, Mariana Rodrigues. **O Princípio do nível mais elevado de protecção em matéria de Direitos Fundamentais.** Coimbra, 2008, 263 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

desta reforma, notadamente em virtude da constatação de que o processo penal inquisitório era um dos principais instrumentos de controle utilizado pelo Estado.¹⁴⁵

A primeira Constituição francesa de 1791, humanista e liberal, manteve na íntegra o texto da Declaração de 1789, que em relação à presunção de inocência afirmava:

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Nunca é demais lembrar que a presunção de inocência não era para todos. A realidade constitucional do final do século XVIII e durante o século XIX era francamente liberal, voltada aos interesses da burguesia, o que implicava que os direitos fundamentais, dentre eles a presunção de inocência, eram direitos daqueles que detinham direitos. Não eram universais. Conforme Ingo SARLET, tratavam-se dos Direitos Fundamentais de Primeira Geração ou de Primeira Dimensão, direitos do indivíduo frente ao Estado, no caso, direito dos burgueses frente ao Estado. Considerando o tema em questão, direito de os burgueses serem presumidamente inocentes¹⁴⁶.

A instabilidade política das nações naquele período, no entanto, não permitia no mais das vezes, que os ideais iluministas liberais fossem sempre efetivados. Na própria França, enormes dificuldades foram enfrentadas para manter os ideais democráticos, quando naquela “pocilga nacional os franceses não foram capazes de poupar nem o papa, que esbulharam e prenderam”,¹⁴⁷

Logo a seguir, o período napoleônico foi marcado por processos criminais sem nenhum compromisso com a presunção de inocência, muitas vezes recrudescendo a ponto de resgatar o modelo inquisitorial da Igreja Católica que se caracterizava pela busca incessante da punição para quem já era considerado culpado de antemão.

Outros países, como Portugal, insistiram em manter vivos os Tribunais do Santo Ofício, com todo o seu significado, o que durou até 1821, no caso português.¹⁴⁸

Depois de mais de um século de predomínio do modelo liberal, em que as garantias constitucionais existiam, mas apenas para a burguesia, o ideal liberal foi colocado em xeque no início do século XX, em função da pressão de segmentos da sociedade que normalmente eram

¹⁴⁵ GONÇALVES, Marianna Moura. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais, à luz da proporcionalidade**. São Paulo, 2011, 490 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2012. p 45-47.

¹⁴⁷ ENGLUND, Steven. **Napoleão – Uma biografia política – Tradução Maria Luiza X. de A. Borges**. Rio de Janeiro; Jorge ZAHAR Editor, 2005. p.171-174.

¹⁴⁸ MELO, Antônio. **O fim da inquisição em Portugal foi há 180 anos**. Publicado em 05/04/2001. Disponível em: <https://www.publico.pt/sociedade/jornal/o-fim-da-inquisicao-em-portugal-foi-ha-180-anos-156351>. Acesso em 14 abr 2021.

excluídos das benesses do modelo. Em razão da revolução industrial no fim do século XIX, surgiu uma série de tensões entre os trabalhadores e os empregadores. Movimentos com viés social proliferaram na Europa. A filosofia de Karl Marx ganhava adeptos e a primeira grande nação comunista nasceu na Rússia. A ameaça comunista e as crises econômicas oriundas da Primeira Guerra levaram à necessidade de evolução do modelo liberal.

Em um espírito ainda conservador, aceitando os termos dos aliados,¹⁴⁹ a Alemanha apresentou uma constituição mais abrangente, com viés social, na cidade de Weimar, não tanto como um grito de liberdade, mais como um contraponto à Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918. Embora tal constituição não tenha inovado em relação à presunção de inocência, inovou ao reconhecer que os direitos tinham um caráter pretensamente universal. Infelizmente, o período imediatamente posterior foi catastrófico para a Europa, por causa da Segunda Guerra, o que colocou ainda mais em evidência a necessidade de garantia dos direitos humanos.

Após a Segunda Guerra, os Direitos Humanos ganharam força, especialmente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual descrevia o direito à presunção de inocência nos seguintes termos:

Toda a pessoa acusada de um ato delituoso **presume-se inocente** até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas. (Grifo inexistente no original).

Em Roma, em 1950, foi elaborada, pelos “Governos signatários, Membros do Conselho da Europa,”¹⁵⁰ a *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, que no processo histórico passou a ser chamada de Convenção Europeia dos Direitos Humanos, ou mais sucintamente CEDH, que já previa em seu Artigo 6º, 2. que “qualquer pessoa acusada de uma infração se presume inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

Tal ordenamento jurídico, voltado à garantia dos direitos humanos, no entanto, não foi apropriado de forma automática pelos blocos formados por países europeus que posteriormente viriam a formar a União Europeia, até porque, não faziam parte de seus objetivos, marcadamente comerciais.

149 RICHARD, Lionel. **A República de Weimar**. São Paulo; Companhia das Letras, 1988. p. 47-55.

150 PEREIRA, Maria De Assunção do Vale. **Textos de Direito Internacional 03ª Edição**. Coimbra; Coimbra Editora, 2018.

Os primeiros tratados, que deram origem à União Europeia,¹⁵¹ como já explicado anteriormente, foram omissos em relação aos direitos fundamentais, que passaram a ser garantidos pelas decisões do Tribunal de Justiça, em acórdãos pós 1969, o que valeu também para a efetivação do princípio da presunção de inocência.

Embora a jurisprudência do Tribunal tenha garantido, por 30 anos, os direitos fundamentais, dentre eles a presunção de inocência, a falta de um catálogo de direitos fundamentais, conforme MOREIRA sempre representou um “défice jurídico.”

Apesar do notável avanço de Maastricht e Amesterdão, a proteção dos direitos fundamentais continuava a apresentar um evidente déficit jurídico. O art. 6.º-2 do TUE não estabelecia um elenco preciso de direitos fundamentais. Por um lado, a referência às tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros padecia de grande incerteza, visto que existem diferenças mais ou menos consideráveis entre as diversas tradições nacionais. Saber qual é esse fundo comum acabava por depender unicamente do juízo do TJCE.¹⁵²

Passados cinquenta anos dos primeiros tratados, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) recebeu, através do Tratado de Lisboa, força vinculativa para o Direito da União Europeia, vindo sanar esse “défice jurídico”.

A CDFUE, no seu artigo 48º, dispôs sobre a presunção de inocência e direitos de defesa, estabelecendo:

1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa.
2. É garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa.

LOUREIRO e PITON¹⁵³ analisaram o artigo 48º e fizeram algumas considerações importantes. Inicialmente apontaram para a similaridade com as disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a CEDH, embora sem a densificação de quais seriam os direitos de defesa. Afirmam, no entanto, que analisado sistematicamente com o artigo 52º, que dispõe sobre o “âmbito e interpretação dos direitos e dos princípios”, a CDFUE prevê a mesma densificação da CEDH.

¹⁵¹ A exemplo da opção de Vital Moreira, em sua obra “Respublica” Europeia”, por comodidade, será usada a expressão União Europeia, criada pelo Tratado de Maastricht, em todo o período histórico, mesmo no período de 1957-1992, quando se chamava Comunidade Econômica Europeia, ou no período de 1992-2009, quando se chamava Comunidade Europeia. (Nota do autor).

¹⁵² MOREIRA, Vital. “**Respublica**” Europeia – Estudos... (*op. cit.*). p. 151.

¹⁵³ LOUREIRO, Flávia Norversa; PITON, André. ARTIGO 48º - Presunção de inocência e direitos de defesa. IN _____ **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada – Coordenadoras Alessandra Silveira e Mariana Canotilho**. Coimbra; Almedina, 2013. p. 545-552.

Em relação ao princípio da presunção de inocência, os autores afirmam o seu caráter axiológico, haja vista ser imprescindível na “conceção de uma sociedade livre, que reconhece o valor ético intrínseco de cada ser humano” e ressaltam a importância do princípio no campo processual, citando as medidas de coação, e lembrando que tais medidas devem se limitar ao “estritamente indispensável para a garantia das exigências cautelares”.¹⁵⁴

Um ponto trazido pelos autores, bastante relevante, é o fato de o TEDH ter se debruçado sobre a questão da existência de exceções. Ao contrário do que se possa inferir, é muito útil para a efetividade do princípio da presunção de inocência a definição de exceções, pois, na opinião do autor da presente Dissertação, são *numerus clausus*, o que implica na não aceitação de outras hipóteses, reduzindo dessa forma interpretações de ativismo judicial punitivista.

De acordo com LOUREIRO e PITON, a presunção de inocência, que se encontra há muito consagrada nos principais textos do direito internacional dos direitos humanos, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, não consta em vários dos textos constitucionais dos Estados-Membros, o que poderia trazer dificuldades para a efetivação dessa garantia. Em função disso, há tempos que a União Europeia preocupa-se com esse tema, tendo criado, em abril de 2006, um importante instrumento nessa matéria, o Livro Verde sobre a Presunção de Inocência da Comissão Europeia.¹⁵⁵

Parte do objetivo de estabelecer o reconhecimento mútuo na ordem jurídica dos Estados-Membros, o Livro verde sobre a presunção de inocência busca “(...) não só o reforço da cooperação entre Estados-Membros, mas também a protecção do direito das pessoas”¹⁵⁶

Nesse Livro Verde, fica clara a intenção de que todos os cidadãos da União devem ter seu direito à presunção de inocência garantido, de forma equitativa, independente do Estado-Membro onde tenha praticado, ou seja processado, um suposto delito.

Só funciona eficazmente se houver confiança nos outros sistemas judiciais, para que cada pessoa abrangida por uma decisão judicial estrangeira esteja segura de que esta foi proferida segundo princípios equitativos.¹⁵⁷

Ao dispor sobre a presunção de inocência, a Comissão deixa claro que “um arguido não deve ser detido preventivamente excepto por razões imperiosas”¹⁵⁸, o que ao fim e ao cabo é o

¹⁵⁴ *Idem*.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ Comissão das Comunidades Europeias. **Livro Verde – A presunção de inocência**. Bruxelas, 2006. Disponível em: https://hip.lisboa.ucp.pt/edocs/cde/2006_15535.pdf. Acesso em 02 fev 2021.

¹⁵⁷ *Idem*.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

questionamento que permeia toda a presente obra, que não nega a existência de razões imperiosas para detenções pré-julgamento, mas denuncia a banalização de tais razões.

Indo um pouco mais além, a Comissão também editou um Livro Verde voltado especificamente para as detenções, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais aos detidos, em especial a presunção de inocência. Editado em 2011, *Reforçar a confiança mútua no espaço judiciário europeu – Livro Verde sobre a aplicação da legislação penal da UE no domínio da detenção*, é uma publicação de relevante interesse por reforçar temas que seriam de difícil implementação no Brasil e mesmo em alguns países pertencentes ao bloco europeu. No caso da União Europeia, no entanto, são enfrentados com a disposição política de quem busca a máxima proteção para os direitos fundamentais e não se esconde atrás de simplificações e brocardos punitivistas.

Temas tão ignorados em alguns países, em especial no Brasil, como a exigência de razões imperiosas para permitir uma detenção, a utilização sempre que possível de medidas cautelares diversas da detenção, a necessidade de prazos de detenção razoáveis e o reexame periódico dos pressupostos da detenção, são elementos cada vez mais solidificados na jurisprudência do TJUE.

Os Livros Verdes não têm caráter legislativo, sendo na verdade documentos publicados pela Comissão Europeia destinados a promover uma reflexão em nível europeu sobre um assunto específico e assim sendo, convidam as partes interessadas a participar em um processo de consulta e debate democrático. A partir deles, em muitas ocasiões, desenvolvem-se documentos legislativos, como as Diretivas.¹⁵⁹

Em 2016 foi editado no Jornal Oficial da União Europeia a Diretiva 2016/343, emitida pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia. Com essa Diretiva, juntamente com outras, como a 2013/48, a UE vai, pouco a pouco, implementando a máxima efetivação dos direitos fundamentais relativos aos arguidos em processos penais.

Apenas a título de exemplo da máxima efetivação dos direitos fundamentais, apresenta-se aqui um caso, no qual se percebe que o respeito à presunção de inocência na UE está em um patamar muito além do que se vê no Brasil e possivelmente em vários outros países.

O caso aqui apresentado é o Acórdão do TJUE para o Processo C377-18, que se desenvolvia na Bulgária.

¹⁵⁹ EUR-LEX – Acesso ao direito da União Europeia. **Glossário das Sínteses.** Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/green_paper.html?locale=pt. Acesso em 23 mar 2021.

Nesse processo, cujo objeto é um pedido de reenvio prejudicial apresentado pelo Spetsializiran Nakazatelen Sad (Tribunal Criminal Especial da Bulgária), seis pessoas são acusadas de pertencer a um grupo de criminalidade organizada. Um dos suspeitos fez um acordo, visando reduzir a pena, pois a legislação búlgara prevê a redução de pena em casos desse tipo, exigindo do acusado a indicação, com nomes completos e documentos de identificação, dos demais integrantes da organização.

Os demais acusados não assumiram a culpa e alegaram que a inclusão dos seus nomes no processo, que é público, violaria o seu direito à presunção de inocência, pois de acordo com o Artigo 4º da Diretiva 2016/343, as autoridades não podem apresentar o arguido como culpado, enquanto a culpa não estiver estabelecida.

Artigo 4º - Referências em público à culpa.

Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para assegurar que, **enquanto a culpa do suspeito ou arguido não for provada nos termos da lei, declarações públicas emitidas pelas autoridades públicas ou decisões judiciais que não estabelecem a culpa não apresentem o suspeito ou o arguido como culpado.** Esta disposição aplica-se sem prejuízo de atos da acusação que visam provar a culpa do suspeito ou do arguido e de decisões preliminares de carácter processual proferidas pelas autoridades judiciárias ou por outras autoridades competentes e baseadas em suspeitas ou em elementos de acusação. (grifos inexistentes no original).

No caso em questão, o TJUE fez um trabalho hermenêutico buscando contemplar os direitos dos arguidos, previstos no DUE, sem menosprezar as disposições do ordenamento búlgaro, que, *prima facie*, estão de acordo com a Constituição daquele país e o seu modo de buscar a garantia dos direitos fundamentais.

Assim sendo, seguindo o parecer do Advogado Geral, o TJUE entendeu que a regra búlgara é válida, podendo ser feito o acordão com o suspeito que assumiu a culpa e que, caso entenda ser estritamente necessário, pode incluir no processo os nomes e identificadores pessoais dos supostos coautores.

Destacou, no entanto, “que a mera escolha de termos utilizados pela autoridade judiciária poderia caracterizar violação ao direito” e, assim sendo, para preservação do Direito Fundamental à Presunção de Inocência, o órgão jurisdicional deveria fazer menção, de forma clara, que os terceiros citados seriam eventualmente julgados, separadamente, não fazendo parte do presente processo, no qual há confissão de culpa e busca de acordo.

O caso acima apresentado exemplifica como a UE se esmera na busca da efetivação do Direito Fundamental à Presunção de Inocência, que tantas vezes é violado e menosprezado nas decisões jurídicas no Brasil.

Da mesma forma, complementando o direito à presunção de inocência, a UE dedicou esforços para prever *standards* mínimos para evitar a detenção, sempre que possível.

3.7 Aplicação da legislação penal da UE no domínio da detenção.

Apesar da legislação penal ser um tema reservado ao direito interno dos Estados-Membros, a União Europeia promoveu debates para buscar a garantia de *standards* mínimos entre todos os países que a compõem.

O Conselho da União Europeia, em dezembro de 2009, editou uma Resolução com o objetivo de reforçar os direitos processuais dos suspeitos ou acusados em processos penais, na União Europeia, destacando no que se refere à detenção que:

Períodos de detenção anterior ao julgamento excessivamente prolongados são prejudiciais para a pessoa em causa, podem prejudicar a cooperação judiciária entre Estados-Membros e não traduzem os valores que inspiram a União Europeia.¹⁶⁰

Essa Resolução, determinou, entre outras coisas, que deveria ser elaborado um Livro Verde específico para analisar e identificar as ações necessárias para sanar o problema.

Em junho de 2011 foi publicado o Livro Verde intitulado: *Reforçar a confiança mútua no espaço judiciário europeu – Livro Verde sobre a aplicação penal da UE no domínio da detenção*.¹⁶¹

Dentre outros quesitos, o Livro Verde analisou os limites de tempo de detenção aplicados pelos Estados-Membros e a existência de reexames periódicos dos pressupostos da prisão preventiva, justamente para buscar uma equalização entre as medidas tomadas pelos Estados-Membros e as exigências da UE relacionadas aos direitos fundamentais.

Os resultados desse e outros trabalhos, relativos aos direitos dos arguidos em investigações e processos penais, levou à publicação de Diretivas pela União Europeia, no ano de 2016, que no presente momento já são exigíveis dos Estados-Membros, pois já venceu o prazo para adaptação do direito interno às exigências das Diretivas, o que aumentou a panóplia de

¹⁶⁰ Jornal Oficial da União Europeia, edição de 4 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2009:295:FULL&from=GA>. Acesso em 22 mar 2021.

¹⁶¹ Comissão Europeia. Livro Verde - **Reforçar a confiança mútua no espaço judiciário europeu – Livro Verde sobre a aplicação penal da UE no domínio da detenção**. Publicado em Bruxelas, em 14.06.2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0327&from=PT>. Acesso em 22 mar 2021.

ferramentas à disposição dos tribunais europeus para a máxima efetivação dos direitos fundamentais dos arguidos.

Certamente que ainda existem casos de abusos aqui e ali, dentro da UE, que não tem o condão de eliminar as falhas humanas, mas é inegável que a UE caminha a passos largos em direção à máxima efetivação dos direitos fundamentais, em particular dos direitos dos arguidos em processos penais, matéria de estudo da presente Dissertação.

3.8 Um modelo para o mundo?

O modelo construído pela União Europeia foi fruto de um processo histórico e geopolítico próprio, que de partida não se aplica a outros países, com processos distintos, mas isso não significa que nada se possa aprender dele. Diz-se que aprender com os próprios erros e acertos é uma atitude sábia, mas mais sábia ainda é aprender com os erros e acertos dos outros.

O estudo do Direito da União Europeia pode ser fonte para avanços em relação à máxima efetivação dos direitos humanos em todo o mundo e, em especial no continente americano.

Idéias nesse sentido já existem, pois como afirma PIOVESAN, o sistema interamericano tem se revelado capaz de impedir retrocessos e fomentar avanços na proteção dos direitos humanos, fortalecendo os direitos humanos em um “sistema multinível”, com o controle de convencionalidade dialogando com os sistemas nacionais e um crescente diálogo com a sociedade civil, o que converge para a criação de um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina.

(...)impulsionado a criação de um constitucionalismo regional transformador em matéria de direitos humanos – um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina.¹⁶²

No próximo capítulo serão apresentados os sistemas, universal e regionais, de proteção de direitos humanos, com destaque para o sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos. Na continuidade se buscará apontar caminhos para a máxima efetivação dos direitos fundamentais, em especial aos direitos em arguidos em processos penais no Brasil, encontrando assim possíveis soluções para as frequentes violações dos direitos fundamentais de pessoas, presumidamente inocentes, presas provisoriamente, em função de determinações judiciais.

¹⁶² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional...** (*op. cit.*), p. 395.

Não haverá a sugestão de aplicação do modelo europeu, no entanto, o estudo de “ideias fora da caixa”, como a interconstitucionalidade, parece ser fundamental para a construção de um Sistema Interamericano de Direitos Humanos mais efetivo, para a atual e para as futuras gerações.

Capítulo IV – Os sistemas universal e regionais de proteção dos direitos humanos, em especial o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, na busca da máxima efetivação dos direitos fundamentais.

4.1 A máxima efetivação dos direitos humanos.

Muito se discute sobre a eficácia jurídica e a efetividade dos direitos fundamentais e/ou dos direitos humanos, considerando que “eficácia jurídica consiste na possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a consequente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes” e efetividade (ou eficácia social), o atingimento do objetivo social que tal norma busca atingir.¹⁶³

Essa discussão se dá pelo fato de que diversas decisões jurídicas, associadas ou não a direitos fundamentais, impedem o atingimento do objetivo social da norma, o que acontece, em muitas vezes, por causa do conflito normativo, que não raramente é solucionado pelo magistrado pela “escolha” do enunciado normativo mais de acordo com suas convicções morais ou políticas. Essa decisão, muitas vezes calcada no ativismo judicial, sempre acaba sendo respaldada pela ideia de que a decisão está amparada em algum dispositivo normativo válido.

Não há a menor dúvida de que a resolução de conflitos normativos não é uma atividade trivial, sendo praticamente impossível que a tomada de decisão não possa ser apoiada ou questionada com argumentos válidos, pois não há regras definitivas para a resolução de tais conflitos.

No entanto, no caso específico de direitos humanos, o princípio da prevalência da norma mais favorável à vítima, que leva à máxima efetivação dos direitos humanos, reduz sensivelmente a margem de discricionariedade dos magistrados, consequentemente a uma diminuição da possibilidade de atuação ativista, ampliando sobremaneira a efetividade da norma.

Possivelmente o princípio da prevalência da norma mais favorável à vítima seja o mais importante princípio do Direito Internacional dos Direitos Humanos em matéria penal. A primazia, de acordo com esse princípio, deve ser da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos humanos. PIOVESAN destaca que o artigo 29 da Convenção Americana dos Direitos Humanos é bastante elucidativo ao dispor que:

(...) nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª edição, revista e atualizada.** Porto Alegre; Livraria do Advogado. 2012.

que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados.¹⁶⁴

Esse princípio, de tamanha importância, no entanto, nem sempre é respeitado. Não raro, os Estados, apesar de serem signatários de convenções internacionais de direitos humanos, elegem as definições do direito interno, como sendo o conjunto de normas a aplicar, sem mensurar a existência ou não de normas mais favoráveis no direito internacional.

No Brasil, em especial, há uma grande dificuldade na aplicação das normas de direito internacional voltadas aos direitos humanos. Há inclusive uma dupla dificuldade, tanto por um conceito equivocado de soberania, que reluta em aplicar normas internacionais, quanto por uma falácia, aceita por boa parte da sociedade, de que direitos humanos significam convivência com criminosos.

As duas décadas de ditadura militar continuam a pesar bastante sobre o funcionamento do Estado e sobre as mentalidades coletivas, o que faz com que o conjunto das classes sociais tendam a identificar a defesa dos direitos do homem com a tolerância à bandidagem.¹⁶⁵

Decisões recentes do STF, no entanto, apontam para uma mudança desse paradigma, influenciado, sem dúvida alguma, pelo sistema universal e pelos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

4.2 A Humanização do Direito Internacional.

Segundo CANÇADO TRINDADE, a história das civilizações apresenta uma grande dificuldade para “coibir o impulso humano à destruição de seus semelhantes.” Barbárie e civilização sempre andaram de mãos dadas, apesar da existência de alguns momentos de luz, como o renascimento e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, embora tais momentos de luz não tenham acabado com a barbárie.¹⁶⁶

Passado o período tão problemático da Guerra Fria e o processo de redemocratização que se tornou viável, a partir de então, parece surgir, embora num ritmo mais lento do que se poderia

¹⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional...** (*op. cit.*), p. 188.

¹⁶⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Margens nacionais...* (*op. cit.*) p.149.

¹⁶⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional. 2ª Edição, Revista, Atualizada e Ampliada.** Belo Horizonte; Del Rey Editora, 2015. Prefácio à Segunda Edição.

desejar, o despertar de uma “consciência jurídica universal”, consciência essa que deve moldar o direito internacional e através dele, difundir-se adentro, no direito dos Estados.

O próprio trabalho que vem sendo conduzido no Direito da União Europeia dá mostras do quanto é possível a consolidação de um novo “ordenamento jurídico internacional humanizado,” o que pode levar ao novo “*jus gentium* do Século XXI.”

No novo *jus gentium* do Século XXI, a pessoa humana emerge como sujeito de direitos emanados diretamente do Direito Internacional, dotado de capacidade processual para vindicá-los. Mediante sua *humanização e universalização*, o Direito Internacional contemporâneo passa a ocupar-se mais diretamente da identificação e realização de valores e metas comuns superiores, atinentes a cada ser humano em particular, assim como à humanidade como um todo. (grifos no original).¹⁶⁷

Na esteira do pensamento de Cançado Trindade, o presente trabalho acredita no poder do direito internacional no desenvolvimento do novo *jus gentium* do Século XXI e, conseqüentemente, na influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos na garantia dos direitos fundamentais, dentre eles o Direito Fundamental à Presunção de Inocência, superando antigos conceitos que ainda insistem em afastar os direitos mais valiosos, como o da liberdade de tantas pessoas consideradas “inadequadas” para a vida em sociedade.

A jurisprudência dos sistemas de proteção dos direitos humanos aponta para esse caminho, que, espera-se, influencie as decisões dos tribunais nacionais na efetivação da garantia dos direitos humanos. Tais sistemas, que a seguir serão apresentados, embora possam ter nascido em momentos distintos, em processos históricos diferentes, pouco a pouco se aproximam e se retroalimentam, o que faz crer que em algum momento, em um futuro não muito distante, todos os sistemas estarão integrados, complementando-se mutuamente.

4.3 Os sistemas de proteção e a interjufundamentalidade.

O novo “ordenamento jurídico internacional humanizado,” preconizado por TRINDADE,¹⁶⁸ que poderá levar o mundo ao atingimento dos seus valores mais importantes, como a dignidade da pessoa humana, somente se tornará possível com a integração dos diversos ordenamentos, tanto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como dos ordenamentos internos dos

¹⁶⁷ *Idem.*

¹⁶⁸ *Ibidem.*

Estados, o que envolve um trabalho constante de harmonização entre os sistemas regionais, o sistema universal de proteção dos direitos humanos e os sistemas estaduais.

A integração e inspiração recíproca entre os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, talvez mais devagar do que possa desejar, vêm ocorrendo em várias searas do direito internacional, o que leva a acreditar que pouco a pouco a humanidade se aproxima de uma situação de proteção jurídico constitucional que PIOVESAN chamou de um “*Ius Constitutionale Commune*”.¹⁶⁹

A retroalimentação entre os sistemas regionais e destes com os sistemas estaduais ocorre de formas diversas, nos diferentes contextos, mas claramente se influenciam e se mesclam, sempre na busca da máxima efetivação dos direitos humanos, mesmo que em alguns momentos apresentem algumas turbulências.

O Sistema Europeu, que é o mais antigo dos sistemas regionais, foi o primeiro a enfrentar tais temáticas e encontrar seus próprios caminhos. De acordo com ABREU, a Convenção Europeia de Direitos Humanos é “perpassada pela ideia do *rule of the law*”, mais ainda, pela ideia de um *rule of the law* para além dos Estados, numa citação indispensável a CANOTILHO, o que significa que se rege pela prevalência dos direitos fundamentais, pela observância de princípios fundantes, organizatórios e garantísticos, de um autêntico Estado Democrático de Direito.

Assim, o preâmbulo da CEDH enfatiza o apelo ao rule of law, por referência à reafirmação, pelos Estados contratantes, do profundo apego às liberdades fundamentais, que constituem as verdadeiras bases da justiça e da paz do mundo e cuja preservação repousa essencialmente, por um lado, num regime político verdadeiramente democrático e, por outro, numa conceção comum e no comum respeito dos direitos do homem, por se reputar um valor comum às ordens jurídicas desses Estados.¹⁷⁰

Esse rule of the law, se torna mais complexo e porque não dizer, mais desafiador, na existência de uma pluralidade de fontes de proteção de direito. No entanto, tal desafio deve ser enfrentado, na busca de um Estado Democrático de Direito de caráter universal, ou tão universal quanto possível. Nessa linha, conforme a autora, é perceptível o enfrentamento do sistema europeu de desafios relacionados aos direitos humanos, tanto pelo Conselho, como pelo Tribunal, com vistas à sua máxima efetivação.

¹⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito...** (op. cit.), p. 395.

¹⁷⁰ ABREU, Joana Covelo de. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos – da tutela jurisdicional efetiva às reflexões em sede de jusfundamentalidade _____. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto (Org. Cient.). **Comentário da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e dos Protocolos Adicionais**, Universidade Católica Editora, 2019. p. 240-258.

Como tivemos oportunidade de apreciar, por força da interjurisdicionalidade verificada no contexto regional europeu da proteção de direitos humanos, a CEDH acaba por ter um primado de aplicação em sede interjurisdicional, pois o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ao decidir, em via de recurso, conflitos sobre direitos fundamentais sobrepostos com direitos do homem positivados na Convenção, acaba por impor, como última palavra de *jurisdictio*, uma interpretação convencionalmente amigável (interpretação amigável do direito internacional de direitos humanos).¹⁷¹

O enfrentamento dos desafios da interjursfundamentalidade, envolvendo o direito internacional, ocorre no Direito da União Europeia de forma ainda mais complexa e ousada, a partir da utilização de um novo paradigma, o paradigma da interconstitucionalidade, que ultrapassa a obediência a patamares mínimos, como ocorre no Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos.

Conforme MOREIRA¹⁷², os “tratados fundadores” das primeiras Comunidades Europeias, lá nos anos 1950, não se preocupavam com a proteção de direitos fundamentais, no entanto, após o surgimento de “rebeliões de tribunais constitucionais nacionais”, o então TJCE, hoje TJUE, passou a construir uma jurisprudência que, reforçada por tratados posteriores, conduziu o Direito da União Europeia ao possivelmente mais alto grau de efetivação dos direitos fundamentais, dentre todos os sistemas de proteção de direitos humanos.

Tal construção de direitos, baseada na chamada teoria da interconstitucionalidade, desde logo passou a valer-se da “tradição constitucional” dos Estados-Membros e também das normas protetivas de direitos humanos da Convenção Europeia de Direitos Humanos, levando a uma integração com aquele sistema regional de proteção de direitos humanos.

Se hoje o atual estágio de desenvolvimento do Direito da União Europeia atingiu níveis incontestáveis de proteção dos direitos fundamentais, a ponto de consagrar, jurisprudencialmente e normativamente, desde o Tratado de Lisboa, o princípio do nível de proteção mais elevado, relativamente aos direitos fundamentais,¹⁷³ inegável foi a contribuição do sistema regional no “processo criativo do Tribunal de Justiça”.

Nessa linha, cada vez mais, o Tribunal vai colher inspiração como referente interpretativo e hermenêutico a tratados internacionais de que a Comunidade não é subscritora, nem aderente, mas que são partes os Estados-Membros, nomeadamente a CEDH, o Pacto Internacional

¹⁷¹ *Idem*.

¹⁷² MOREIRA, Vital. “**Respublica**” Europeia – Estudos... (*op. cit.*). p. 137-144.

¹⁷³ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União**... (*op. cit.*). p. 83.

dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (1966), a Carta Social Europeia (1961), as convenções da OIT, etc.

Desse modo, o Tribunal passa a interpretar o direito comunitário à luz das disposições da CEDH (mesmo quando não existe correspondência textual) e vai mesmo ao ponto de anular atos comunitários com fundamento na violação de normas da CEDH (assim, o acórdão *Baustahlebewebe*, de 1998, em que julgou violado o direito a uma justiça em prazo razoável, estabelecido no art. 6º dessa Convenção.¹⁷⁴

Em relação ao Sistema Africano, embora ainda bastante jovem, enfrentando ainda dificuldades para a efetivação da tutela, como adiante será detalhado, também tem encontrado caminhos para seu desenvolvimento na utilização de instrumentos de interjusfundamentalidade, baseando suas decisões em diplomas de caráter universal, tais como a Convenção contra a tortura e outras penas e tratamentos cruéis desumanos ou degradantes (1984) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, além de valer-se de jurisprudência de outros sistemas regionais de proteção de direitos humanos.

Dando concretização à interjusfundamentalidade e, bem assim, a uma tendencial interjurisdicionalidade, na Comunicação n.º 294/04 – Zimbabwe Lawyers for Human Rights e Institute for Human Rights and Development in Africa vs. Zimbabwe, a Comissão mostrou-se sensível a um acórdão proferido pelo Tribunal Interamericano de Direitos Humanos, no caso *Godínez-Cruz vs. Honduras*.¹⁷⁵

Bastante notória é também a influência recíproca entre o sistema europeu e o sistema interamericano, o que levou PIOVESAN a criar as expressões: “interamericanização” do sistema europeu e “europeicização” do sistema interamericano. De acordo com a autora, tal reciprocidade se encontra em vários julgados, mas destacam-se os casos conduzidos pelo TEDH, posteriores a 1998, relativos ao desaparecimento forçado de pessoas e inobservância do *due process of law* em casos de graves violações dos direitos humanos, em que o fundamento jurídico da Corte Europeia destacou a jurisprudência da Corte Interamericana. Em outra mão, os casos envolvendo discriminação por orientação sexual e proteção de direitos reprodutivos, conduzidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, foram decididos com observação da jurisprudência europeia.¹⁷⁶

¹⁷⁴ MOREIRA, Vital. “**Respublica**” Europeia – Estudos... (op. cit.). p. 137-144.

¹⁷⁵ ABREU, Joana Covelo de. A Convenção Europeia... (op. cit.). p. 240-258.

¹⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional** ... (op. cit) p.231-251.

Tais situações deixam claro que a integração dos sistemas não é apenas uma possibilidade, mas sim um processo em evolução.

4.4 Sistemas Universal e Regionais de Proteção dos Direitos Humanos.

O final da Segunda Guerra marcou o início de um período em que a humanidade passou a buscar soluções internacionais para a preservação dos direitos humanos, uma vez que os fatos ocorridos durante o conflito deixaram claro que os Estados, em muitas vezes, não são capazes ou não se interessam pela garantia desses direitos. Conforme PIOVESAN, citando Buerghenthal, as violações dos direitos humanos, na “era Hitler,” indicavam a necessidade da criação de um “efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos”.¹⁷⁷

Ainda durante a Segunda Guerra foi debatida a necessidade de um passo além em relação aos acordos da Liga das Nações, com a criação de um “órgão mundial para a defesa da paz”, como falava o presidente americano Franklin Roosevelt. O modelo inicial se baseava na ideia de que caberia a um conjunto de países o “policimento do mundo.” Tais países, nomeadamente, EUA, URSS, Reino Unido, China e França, no futuro, formariam o Conselho de Segurança da ONU. A esse grupo seria outorgada a função de garantir a paz em todo o mundo. Esse projeto, de suposta autoria do presidente americano Franklin Roosevelt, com apoio do primeiro-ministro britânico Winston Churchill, tornou-se viável a partir do acordo feito com Stálin, na Conferência de Yalta.¹⁷⁸

Além de buscar preservar o mundo de conflitos no futuro, a ONU tinha expressado nos seus objetivos o papel de promover os direitos humanos, papel que foi exercido de forma precária em boa parte do século XX, apesar da Declaração dos Direitos Humanos de 1948. Tal ocorreu em função da tensão entre os principais líderes, EUA e URSS, que se tornaram opositores na chamada Guerra Fria que se estendeu até os últimos anos do Século XX¹⁷⁹. Agora, já no Século XXI, espera-se ações mais concretas para a proteção dos direitos humanos, conforme previsão da Declaração Universal.

Com a criação da ONU e, principalmente a partir da Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, nasceu o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que em um longo processo

¹⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional – Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9ª edição, revista e atualizada.** São Paulo; Saraivajur, 2019, p. 57.

¹⁷⁸ FENBY, Jonathan. **Os três grandes: Churchill, Roosevelt & Stalin: ganharam uma guerra e começaram outra – tradução Gleuber Vieira.** Rio de Janeiro; Nova Fronteira, 2009. p. 371-408.

¹⁷⁹ FERREIRA, Bruno. **A Formação da ONU – Sua Crise de Representatividade no Sec XXI.** (Versão Kindle). Editora Clube de Autores, 2017.

histórico, implementou um conjunto de mecanismos internacionais para a constante busca da garantia desses direitos, de forma pretensamente universal. Com a posterior celebração de diversos acordos internacionais, o Direito Internacional dos Direitos Humanos foi pouco a pouco atingindo seus objetivos.

No entanto, muitas resistências ao cumprimento dos seus preceitos foram percebidas em diversos pontos do mundo, o que levou à necessidade de ampliar o caráter vinculativo dos acordos internacionais relativos à direitos humanos, que conforme PIOVESAN, é um desafio que necessita ser vencido para a máxima efetivação dos direitos humanos na seara internacional.

Um dos desafios centrais aos direitos humanos na ordem internacional contemporânea atém-se à sua justicialização. (...) vislumbram-se os desafios da justiça internacional em matéria de direitos humanos no marco da tensão entre o direito da força vs. A força do Direito.¹⁸⁰

Essa justicialização, no cenário de proteção universal dos direitos, iniciou com medidas isoladas voltadas para casos específicos, como ocorreu em Nuremberg, imediatamente após a Segunda Guerra e posteriormente nos caso dos tribunais penais ad-hoc para a ex-Iugoslávia e Ruanda, sendo que em todos esses casos houve características de tribunais de exceção, uma vez que os delitos ocorreram antes da criação do tribunal e da legislação pertinente.

Somente em julho de 1998, na Conferência de Roma, foi criado o Tribunal Penal Internacional (TPI), que entrou em vigor em 2002, estabelecendo mecanismos punitivos, em especial para líderes políticos que violavam os direitos humanos, mas ficavam sistematicamente impunes no sistema jurídico dos seus Estados.¹⁸¹ Além da criação do TPI, com objetivo de punir gravíssimas violações dos direitos humanos, como o genocídio e os crimes contra a humanidade, outras importantes ações foram desenvolvidas.

Mecanismos universais de proteção dos direitos humanos, de relevante importância, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, revestiram-se de maior solidez ao integrarem-se aos sistemas regionais de defesa dos direitos humanos, obtendo assim maior efetividade na garantia de suas normas.

De acordo com vários pensadores, há uma maior efetividade na atuação regional de proteção dos direitos humanos do que na universal, tanto pelo pragmatismo do debate que fica

¹⁸⁰ *Idem.*

¹⁸¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional ...** (op. cit) p. 114-124.

facilitado por uma menor quantidade de Estados e de idiomas, pela maior proximidade de culturas e tradições, bem como pela existência, na prática, de uma maior capacidade sancionatória.

Na medida em que um número menor de Estados está envolvido, o consenso político se torna mais facilitado, seja com relação aos textos convencionais, seja quanto aos mecanismos de monitoramento. Muitas regiões são ainda relativamente homogêneas, com respeito à cultura, à língua e às tradições (...). Enquanto o sistema global de proteção dos direitos humanos geralmente sofre com a ausência de uma capacidade sancionatória que têm os sistemas nacionais, os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos apresentam vantagens comparativamente ao sistema da ONU.¹⁸²

Essa maior efetividade, no entanto, não implica na desconsideração dos mecanismos do sistema universal de proteção aos direitos humanos, muito pelo contrário. Conforme relatório apresentando pela Commission to Study the Organization of Peace, pode se afirmar que o sistema global e o sistema regional de proteção dos direitos humanos possuem caráter complementar, pois seus princípios e valores refletem o ideal da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cabendo ao instrumento global o estabelecimento de um “parâmetro normativo mínimo”, enquanto os instrumentos regionais devem ir além, “adicionando novos direitos e aperfeiçoando outros”.¹⁸³

De acordo com Flávia PIOVESAN, há três efetivos Sistemas Regionais de Direitos Humanos, o europeu, o africano e o interamericano, os quais são vistos a seguir, especialmente o interamericano, principal assunto do presente capítulo.

4.5 Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos.

O continente europeu possui dois sistemas jurídicos que atuam de forma transnacional na garantia dos direitos humanos, o Sistema Europeu e o Sistema da UE, tratado no capítulo anterior, sendo que o sistema da UE não nasceu com esse objetivo, embora confira um alto grau de efetividade para a garantia dos direitos humanos aos cidadãos dos 27 Estados-Membros que compõem o bloco.

O Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, conforme PIOVESAN, é o mais consolidado e amadurecido sistema de proteção dos direitos humanos, tendo nascido como uma “resposta aos horrores perpetrados ao longo da Segunda Guerra Mundial”. Ao contrário do que

¹⁸² *Idem.*

¹⁸³ *Idem.*

acontece com os outros sistemas de proteção, o Sistema Europeu se consolidou pela existência de uma certa homogeneidade dos Estados de Direito que inicialmente a compuseram, no entanto, com a inclusão dos países do leste europeu, passou a enfrentar desafios relativos às graves violações dos direitos humanos.¹⁸⁴

O sistema foi implementado tendo como base a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que compreende fundamentalmente direitos civis e políticos, conhecidos na doutrina constitucionalista como direitos de primeira geração, inspirados no “ideário democrático liberal e individualista”.

De acordo com PIOVESAN, tal sistema, em especial pela sua Corte, é uma “extraordinária experiência de justicialização de direitos humanos”.

Pela primeira vez, Estados soberanos aceitam obrigações juridicamente vinculantes no sentido de assegurar direitos humanos clássicos a todas as pessoas em sua jurisdição e assegurar a todos os indivíduos, incluindo seus nacionais, o direito de submeter casos contra os próprios Estados, que poderão ensejar decisões vinculantes proferidas por uma Corte internacional.¹⁸⁵

A Corte Europeia, na aplicação da Convenção, baseia-se na utilização de princípios jurídicos na busca da maior efetividade da garantia dos direitos humanos, com destaque para o *princípio da interpretação teleológica* da Convenção, com vistas à busca incessante dos objetivos e propósito dos tratados, não resumindo-se à mera aplicação literal da Convenção; ao *princípio da interpretação efetiva*, para que a Corte sempre assegure às vítimas “acesso a remédios práticos e efetivos, e não apenas a soluções teóricas ou ilusórias”; ao *princípio da interpretação dinâmica e evolutiva*, impedindo que o “alcance e o significado dos direitos” fiquem “confinados e estagnados às concepções do momento em que foi elaborada a Convenção”, como ocorreu no caso Tyrer em que a Corte condenou a prática de punições corporais de adolescente infratores, afirmando que “o que era aceitável em 1950 podia não ser mais necessariamente aceitável”; finalmente e não menos importante, pelo *princípio da proporcionalidade*, especialmente relevante nos casos de restrições de direitos expressamente previstos na Convenção, de forma que “tal restrição deverá ser efetuada pelos Estados em prol de uma finalidade legítima, ser adequada em seus propósitos e estritamente necessária”.¹⁸⁶

¹⁸⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional ...** (op. cit) p. 127-149.

¹⁸⁵ *Idem*.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

A jurisdição da Corte, conforme explica a autora, é prevista por cláusula obrigatória com aplicação automática pelos países que ratificaram a Convenção, em especial o Protocolo 11, de 1998. Tal implementação evita que alguns países se valham de artifícios de forma a transformar o acatamento de decisões em algo voluntário, o que segundo TRINDADE é um dos problemas enfrentados pela Corte Interamericana, mas que, de acordo com o autor, é algo que será superado.

Urge que los Estados se convenzan que el ordenamiento jurídico internacional es, más que voluntario, necesario. En el ámbito del derecho internacional general, há llegado el tiempo de avanzar em el perfeccionamiento de la solución judicial de controversias internacionales. (...) Ha llegado el tiempo de superar en definitiva la lamentable falta de automatismo de la jurisdicción internacional.¹⁸⁷

Outra característica importante é a existência de um Comitê de Ministros que supervisiona a execução das decisões da Corte. Segundo TRINDADE, a inexistência de um órgão específico para tal é outra das dificuldades enfrentadas pela Corte Interamericana.¹⁸⁸

Chama a atenção que, de acordo com o estudo da jurisprudência da Corte Europeia no período entre 1959 e 2009, praticamente a metade dos casos julgados foram relativos a violações ao direito ao julgamento em prazo razoável ou ao direito a um julgamento justo, o que deixa clara a importância do trabalho dos Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos, para evitar a violação ao princípio da presunção de inocência nas prisões provisórias, que é o tema central desta Dissertação.

4.6 Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos.

O sistema africano é o mais jovem dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos e ainda não conseguiu apresentar os resultados que são visíveis, já há algum tempo, nos sistemas europeu e interamericano.

Segundo Rui GARRIDO, a construção do sistema regional africano iniciou com a criação da Organização da Unidade Africana (OUA), no período em que os países africanos começavam a vivenciar a independência do domínio colonial europeu, nos anos 1960. A Carta da OUA, que instituiu a organização em 1963, não tinha como objetivo de destaque a proteção dos direitos humanos, mas sim a libertação do jugo colonial. Conforme Joana ABREU, o zelo pela soberania nacional, de alguma forma, dificultava a implantação de disposições que pudessem pôr em causa essa soberania.

¹⁸⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **El Ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 5ª Edición Ampliada**. Belo Horizonte; Editora del Rey, 2018. p. 11-19.

¹⁸⁸ *Idem*.

Na realidade, os estados africanos encontravam-se num clima de zelo pela sua soberania nacional recentemente adquirida por conta dos fenómenos de libertação colonial e estavam reticentes em limitar externamente essa soberania, o que apenas se aligeirou pela constatação de que, neste continente, começavam a proliferar regimes ditatoriais.¹⁸⁹

Somente na década de 1980 foi adotada a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP). No entanto, a delicada situação económica de vários países africanos levou à intervenção do Fundo Monetário Internacional e o cumprimento das exigências do fundo em nada ajudou para o início de uma atuação mais efetiva. Em 1998 foi adotado o Protocolo da CADHP relativo à criação do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos (TADHP), que foi implantado somente em 2004.¹⁹⁰

Com a implantação do TADHP, o Sistema Regional Africano de Proteção aos Direitos Humanos passou a contar com um órgão jurisdicional permanente, de caráter consultivo e contencioso. No entanto, esse Tribunal ainda não desenvolveu uma jurisprudência mais robusta e o sistema ainda enfrenta resistência por parte de várias nações africanas. Propostas de fusão com o Tribunal de Justiça da União Africana (TJUA) e a ideia de formação de um Tribunal Penal Regional Africano preocupam juristas e pode levar a um resultado de redução de efetividade do Sistema Regional Africano de Proteção aos Direitos Humanos.¹⁹¹

Mesmo não havendo ainda a maturidade política suficiente para dar respostas efetivas na proteção dos direitos humanos no continente africano, o modelo do sistema merece destaque por completar o conjunto de sistemas regionais de proteção dos direitos humanos e traz inovações importantes, que vale a pena destacar. Segundo PIOVESAN, quatro são esses aspectos: a valorização das tradições, a perspectiva coletivista, a indissociabilidade entre direitos civis e políticos dos direitos económicos sociais e culturais e à menção explícita aos deveres de cada pessoa.

O primeiro deles é a atenção conferida às tradições históricas e aos valores da civilização africana (...). A eles se conjuga o processo de libertação da África, a luta por independência e dignidade dos povos africanos(...).

¹⁸⁹ ABREU, Joana Covelo de. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos – da tutela jurisdicional efetiva às reflexões em sede de justfundamentalidade _____. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto (Org. Cient.). **Comentário da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e dos Protocolos Adicionais**, Universidade Católica Editora, 2019. p. 240-258.

¹⁹⁰ GARRIDO, Rui. O Sistema Africano de Direitos Humanos em Transformação? A criação do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos e os desafios à proteção dos direitos humanos em África _____. In JERÔNIMO, Patrícia et al. **Temas de Direitos Humanos para o Século XXI**, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016. p. 331-344.

¹⁹¹ *Idem*.

Diversamente dos demais instrumentos de proteção, em especial a Convenção Europeia e a Convenção Americana, a Carta Africana adota uma perspectiva coletivista, que empresta ênfase ao direito dos povos.

(...) os direitos civis e políticos são indissociáveis dos direitos econômicos, sociais e culturais (...) a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais garante o gozo dos direitos civis e políticos.

(...) o gozo dos direitos e liberdades implica o cumprimento dos deveres de cada um.¹⁹²

ABREU, analisando tais características, ressalta a dicotomia existente no preâmbulo da Convenção, que se por um lado reconhece que “os direitos fundamentais do ser humano se baseiam nos atributos da pessoa humana”, por outro lado destaca que “a realidade e o respeito do direito dos povos devem necessariamente garantir os direitos humanos” e dessa forma, “estipula os chamados direitos de grupo, reconhecendo os povos como titulares de direitos e salientando a proteção e defesa destes direitos como parte intrínseca da promoção dos direitos humanos em geral.”¹⁹³

Essa característica distingue-se da histórica visão centrada nos direitos individualistas liberais, ainda predominantes nos textos europeus e americanos, que insistem em diferenciar os chamados direitos civis e políticos dos direitos econômicos e sociais, também colocados em xeque nos textos africanos.

Outra das suas características inegáveis prende-se com o tratamento indivisível dos direitos humanos, ou seja, reconhece a indissociabilidade entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais porque o gozo e a fruição de uns estão diretamente ligados ao gozo e fruição de outros. Para tal conclusão tende a análise teleológica da CADHP quando, no seu preâmbulo, se adianta que os signatários se encontravam convencidos de que [...] os direitos civis e políticos são indissociáveis dos direitos económicos, sociais e culturais, tanto na sua conceção como na sua universalidade, e que a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais garante o gozo dos direitos civis e políticos.¹⁹⁴

4.7 Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos apresentou grande evolução no trato de questões relativas aos direitos humanos nas Américas, apesar de sempre encontrar

¹⁹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional ...** (op. cit.) p. 254-259.

¹⁹³ ABREU, Joana Covelo de. A Convenção Europeia... (op. cit.). p. 240-258.

¹⁹⁴ *Idem*.

uma série de dificuldades, uma vez que seu âmbito geográfico de proteção compreende uma região com alto grau de exclusão e desigualdade social, não apenas em relação à países muito ricos e poderosos, como os EUA e países muito pobres como o Haiti, mas também pela existência de vários países com alto grau interno de desigualdade e exclusão social, com destaque para o Brasil, que possui historicamente um dos piores índices de Gini do mundo.¹⁹⁵

Conforme PIOVESAN, a região convive com “uma precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico”, fruto de um legado deixado pelos regimes ditatoriais que dominaram, em um passado não muito distante, o poder nesses Estados. Ao contrário do que possa ser visto em países com democracias consolidadas, as marcas das execuções sumárias, prisões ilegais e arbitrárias e perseguições político-ideológicas ainda são muito frescas e, volta e meia, a despeito da redemocratização, talvez de uma forma mais branda, ainda se apresentem.

Isso se explica, em parte, segundo a autora, pela existência de duas fases no caminho da transição de um regime autoritário para a democracia, sendo a primeira a instalação de governos democráticos e a segunda, muito mais longa, que é a consolidação democrática.¹⁹⁶

A fase da consolidação democrática passa não apenas pela estabilidade institucional, que não pode permitir desvios do caminho democrático, independente das crises que são enfrentadas, mas passa também pelo desenvolvimento de uma maturidade democrática dos grupos sociais, que em alguns momentos parecem agir como se houvesse opções razoáveis ao Estado Democrático, como têm ocorrido recentemente no Brasil.¹⁹⁷ Mesmo entre os que, ao menos na teoria, defendem o Estado Democrático de Direito, ocorre a manutenção de uma cultura que, de alguma forma, enaltece ações públicas em desacordo com os direitos humanos e a inclusão social. Conforme Fauzi CHOUKR, anteriormente citado no presente trabalho:

As duas décadas de ditadura militar continuam a pesar bastante sobre o funcionamento do Estado como (também) sobre as mentalidades coletivas, o que faz com que o conjunto das classes sociais tendam a identificar a defesa dos direitos do homem com a tolerância à bandidagem. De maneira que, além da marginalidade urbana, a violência no Brasil encontra uma segunda raiz em uma cultura política que permanece profundamente marcada pelo selo do autoritarismo.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Sítio Jornalístico Exame. Nov/2020. **Brasil é o nono país mais desigual do mundo, diz IBGE**. Disponível em: <https://exame.com/economia/brasil-e-nono-pais-mais-desigual-do-mundo-diz-ibge/>. Acesso em jun/2021.

¹⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional ...** (op. cit) p. 150-153.

¹⁹⁷ Sítio Jornalístico Isto É. **Manifestantes pró-Bolsonaro fazem atos em defesa da ditadura militar**. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/03/4915376-atos-esvaziados-celebram-golpe-de-64-e-pedem-intervencao-militar.html>. Acesso em Jun 2021.

¹⁹⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Margens nacionais...* (op. cit.) p.149.

Esta cultura tende a ignorar a importância de sistemas de proteção de direitos humanos, havendo até mesmo um alto grau de desconfiança, com a pura menção à expressão: “direitos humanos”¹⁹⁹. Entretanto, o sistema interamericano de direitos humanos, que a seguir é detalhado, vai, pouco a pouco, estabelecendo-se como um importante mecanismo de proteção dos direitos humanos, apesar do desconhecimento e descrença de boa parte da sociedade brasileira.

Conforme PIOVESAN,²⁰⁰ os principais elementos do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos são a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Convenção, que é o principal documento do sistema de proteção dos direitos humanos, foi assinada em 1969 e entrou em vigor em 1978 e reconhece um catálogo de direitos civis e políticos, aos moldes do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Criada durante o período de ditaduras militares na América Latina, foi ratificada pelo Brasil apenas em 1992, após a redemocratização e promulgação da CRFB/88.

A Comissão, que possui competência relativa ao conhecimento de ações relacionadas aos direitos humanos de qualquer um dos países que compõem a Organização dos Estados Americanos (OEA), tem como principal função “promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América”. Cumpre sua função fazendo recomendações aos Estados-partes, preparando estudos e relatórios na busca da garantia do cumprimento da Convenção, e enviando relatórios para a Assembleia Geral da OEA. Também tem a importante competência de examinar os pedidos de interferência e/ou as denúncias de violação encaminhadas por indivíduos, grupos ou entidades não governamentais, podendo a partir disso enviar recomendações ao Estado envolvido na questão, ou ainda submeter o pleito para apreciação e julgamento pela Corte Interamericana, inclusive solicitando a adoção de medidas cautelares.

A tríade de componentes do sistema americano de proteção dos direitos humanos se completa com a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, à qual cabe a justicialização dos direitos humanos no continente americano. A corte, formada por sete juízes de Estados integrantes da OEA, “eleitos a título especial”, apresenta duas atribuições essenciais: uma de caráter consultivo, cabendo a ela a tarefa de responder questionamentos dos Estados-parte, relativas à interpretação da Convenção e de demais acordos internacionais relativos à direitos humanos e a

¹⁹⁹ *Idem.*

²⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional ...** (*op. cit.*) p. 150-153.

segunda de caráter contencioso, decidindo jurisdicionalmente controvérsias entre Estados-parte e sobre denúncias de violação de direitos humanos.

A atuação consultiva tem sido de vital importância para a evolução dos direitos humanos no continente americano. Como destaca PASQUALUCCI, citado por PIOVESAN,

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem a mais ampla jurisdição em matéria consultiva, se comparada com qualquer outro Tribunal internacional. A Corte tem exercido sua jurisdição no sentido de realizar importantes contribuições conceituais no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos. (...) Por meio de sua jurisdição consultiva, a Corte tem contribuído para conferir uniformidade e consistência à interpretação de previsões substantivas e procedimentais da Convenção Americana e de outros tratados de direitos humanos.²⁰¹

Juntas, a Comissão e a Corte detêm competência plena para a interpretação da Convenção e o conhecimento de quaisquer litígios envolvendo o tema dos direitos humanos nas Américas.

4.8 O Controle de Convencionalidade do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Os Estados, após ratificar a adesão aos tratados internacionais de direitos humanos, ficam vinculados ao conteúdo desses tratados, devendo honrar tal compromisso, não podendo justificar o seu descumprimento em função de sua legislação interna, conforme previsto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. No entanto, não são raros os casos em que ocorre o descumprimento do que foi convencionado, cabendo à um processo, chamado de Controle de Convencionalidade, coibir tais transgressões.

Conforme BARLETTA, no caso específico do Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, esse controle de convencionalidade é exercido pelos próprios Estados-parte e pelo Sistema Interamericano (SIDH), formado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), a quem cabe dar a correta interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e das demais normas internacionais de direitos humanos.

Assim, consoante artigo 33 da CADH, a CIDH e a Corte IDH são responsáveis pela aferição da responsabilidade internacional dos Estados pela violação de direitos humanos reconhecidos nos

²⁰¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional ...** (op. cit) p. 166.

instrumentos internacionais do Sistema interamericano. Nesta tarefa, tais órgãos devem verificar a compatibilidade de atos e omissões estatais com a Convenção Americana e outros tratados de direitos humanos ratificados, procedimento a que se denominou como controle de convencionalidade. No exercício deste controle, os órgãos do SIDH estão encarregados da interpretação da Convenção Americana.²⁰²

Segundo a jurisprudência da Corte IDH, no julgamento do Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, parágrafos 162 a 174, os artigos da CADH impõem aos Estados-parte “o dever de promoção dos direitos humanos, tarefa essa que não se esgota na mera abstenção de violá-los, abrangendo também um dever de diligência”, ou seja, de evitar que os agentes estatais, ou mesmo particulares, incorram em violações. Também se origina na Corte IDH o preceito de que o artigo 29, b da Convenção exige que a interpretação das questões relativas aos direitos humanos nunca seja baseada na hierarquia estabelecida pelos Estados entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, mas sim pela aplicação da “norma mais benéfica e efetiva na proteção dos direitos e garantias do indivíduo ou a que mais amplie a sua esfera de liberdade.”²⁰³

Junya BARLETTA explica que os órgãos do SIDH, nomeadamente a Corte IDH e a CIDH, exercem papéis fundamentais e complementares no controle de convencionalidade.

Cabe à Corte IDH a decisão sobre casos concretos de violação dos direitos humanos que tenham sido cometidas por Estados-Membros da OEA que ratificaram a CADH, tanto no julgamento contencioso, seguindo os procedimentos regulamentares, como também emitindo opiniões consultivas. Tanto as opiniões consultivas, como as decisões, tornam-se fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no contexto do SIDH.

Já a CIDH tem um papel relevante no controle de convencionalidade, ao efetuar a análise das alegações de violação dos direitos humanos, tomando decisões, com ou sem a participação da Corte IDH, gerando relatórios e determinações aos Estados-parte relacionadas aos direitos humanos e à interpretação da CADH. Embora haja questionamentos de alguns doutrinadores relativos à competência da CIDH na formulação de determinações aos Estados-parte e vinculação do controle de convencionalidade dos Estados à interpretação da CADH pela CIDH, cada vez fica mais consolidada tal posição, inclusive pelas decisões da Corte IDH.

Através destes relatórios definitivos, a CIDH elabora doutrina fundamental para a condução dos Estados americanos e conformidade com os direitos humanos (...) Portanto, indubitavelmente, os *informes*

²⁰² BARLETTA, Junya. **Prisão provisória e direitos humanos: uma análise baseada nos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p.59.

²⁰³ *Idem*. p. 58-62.

definitivos da CIDH têm valor interpretativo fundamental para guiar os Estados-partes no exercício concreto do controle de convencionalidade. (...) Consoante o artigo 33 da CADH, a CIDH é competente, juntamente com a Corte IDH para conhecer dos assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos atraídos pelos Estados-parte. (...) Ademais o artigo 51.2 da CADH dispõe que o Estado, tendo em vista as recomendações emitidas pela CIDH em seu relatório definitivo *deve* tomar as medidas competentes para remediar a situação examinada. (...) Com base nesses argumentos a Corte IDH pronunciou-se no caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, que os Estados-parte na CADH “*tem a obrigação de realizar seus melhores esforços para aplicar as recomendações de um órgão de proteção como a Comissão Interamericana*”. (grifos no original).²⁰⁴

4.9 A Constituição Brasileira e a CADH.

Conforme PIOVESAN²⁰⁵, a CRFB/88 inovou quando estabeleceu a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais e quando definiu o objetivo de criação de uma comunidade latino-americana de nações, ultrapassando os ditames tradicionais de soberania.

Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II – prevalência dos direitos humanos;

(...)

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Nas palavras da autora:

Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos²⁰⁶.

O disposto no §2º do artigo 5º da CRFB/88 indica que há uma hierarquia constitucional inequívoca dos tratados de direitos humanos, tanto do ponto de vista material como formal, em especial para os tratados ratificados antes da EC 95/2004, que criou um procedimento formal para os tratados adquirirem o status equivalente às emendas constitucionais.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nessa 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.

²⁰⁴ *Ibidem*. p. 73-74.

²⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional ...** (op. cit) p.151-195.

²⁰⁶ *Idem*.

Aliás, a redação deixa claro que nem mesmo os artigos da CRFB/88 podem excluir direitos decorrentes dos tratados internacionais, o que é percebido por alguns doutrinadores como a existência de um caráter supraconstitucional.

Em relação à disposição criada pela EC95/2004, que criou o § 3º do artigo 5º da CRFB/88, a autora afirma que não exclui o caráter de equivalência constitucional substantiva de todos os acordos internacionais sobre direitos humanos.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

Mesmo havendo discussões doutrinárias a respeito, a CADH tem ao menos status supralegal, conforme a jurisprudência do STF, anteriormente apresentada na presente Dissertação.

Assim sendo, há disposição explícita no texto constitucional brasileiro, referendado por decisão do STF, que coloca a CADH em posição hierárquica superior à da legislação ordinária brasileira, ou seja, as disposições da CADH, considerando a discussão aqui conduzida, superam, naquilo que é divergente, o conteúdo normativo do Código de Processo Penal, que regula as prisões provisórias no Brasil.

Independentemente da hierarquia entre normas, a evolução do direito internacional, e mais especificamente do Direito Internacional dos Direitos Humanos, criou preceitos de extrema importância, que não podem ser ignorados. Mesmo que não houvesse essa previsão explícita na CRFB/88, a análise da Convenção de Viena, considerada “o tratado dos tratados” não deixaria dúvidas que, de acordo com o princípio da boa-fé, as normas internas não podem superar os compromissos internacionais assumidos. Seu artigo 27 dispõe que: “uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado.”

Mais além, quando se fala em direitos humanos, a hermenêutica a ser usada, rege-se na prevalência da norma mais favorável à vítima e tal regra foi expressa no voto do Ministro Celso de Mello, do STF, no julgamento do HC96.772, em 2009:

Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, **especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos**, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em **atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana**, em ordem a

dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. (grifos inexistentes no original).

Esse conceito, aplicado pelo Ministro Celso de Mello, é a aplicação do princípio do nível mais elevado de proteção em matéria de direitos humanos, princípio esse que tem fundamentado as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, como visto no capítulo III, e que se espera, venha a se tornar também realidade no Direito Internacional dos Direitos Humanos em outras partes do mundo, em especial na América.

4.10 A Prisão Provisória, de acordo com os parâmetros do SIDH.

Apesar de o Brasil possuir números alarmantes relacionados às prisões provisórias, em clara violação ao Direito Fundamental à Presunção de Inocência, o tema não foi ainda objeto de justicialização no SIDH.

Não há como afirmar o porquê de tal tema, tão relevante, ainda não ter sido levado à apreciação do SIDH, apesar do reiterado e visível descumprimento da CADH e da jurisprudência do SIDH, mas inegavelmente é uma falha do sistema de controle de convencionalidade. A implantação do instituto de Audiências de Custódia, que veio para suprir lacunas em relação a normas previstas na PIDCP e CADH, não ocorreu a partir de denúncias à CIDH, mas sim em função de uma ADPF impetrada junto ao STF.

No entanto, embora não haja denúncias à CIDH contra o governo brasileiro por causa do descumprimento da CADH, no caso das prisões provisórias, a análise da jurisprudência da Corte IDH e dos relatórios da CIDH não deixa dúvidas de que muitas das prisões provisórias ocorridas no Brasil desrespeitam o posicionamento do SIDH e podem (devem) ser utilizadas como argumentos em processos judiciais no Brasil, em especial em *habeas corpus*.

Um dos argumentos mais utilizados para justificar a decretação de prisões provisórias é o de que os magistrados afirmam que levaram em consideração as exigências de razoabilidade, proporcionalidade e necessidade, de acordo com a sua ótica e com a jurisprudência brasileira e aplicaram a previsão legislativa do Código de Processo Penal (CPP). No entanto, tais argumentos caem por terra, uma vez que a CADH, conforme entendimento do próprio STF, tem status superior ao do CPP, e cabe à Corte IDH e a CIDH a interpretação da Convenção. E essa interpretação, como adiante será detalhada, é bastante clara na identificação do que caracteriza arbitrariedade nas prisões provisórias.

Junya Rodrigues BARLETTA efetuou um rigoroso levantamento da “construção jurisprudencial dos limites e princípios orientadores da prisão provisória pela Corte Interamericana de Direitos Humanos” e também nos “Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos”²⁰⁷, informações que serão utilizadas na presente Dissertação.

De todo esse material levantado junto ao SIDH, é possível determinar uma série de parâmetros que podem e devem ser utilizados por operadores de direito dos países da OEA, em especial do Brasil, para balizar petições de *habeas corpus* com vistas a dar liberdade para pessoas mantidas sob cárcere de forma incompatível com os ditames dos direitos humanos, previstos na CADH. Eventual negativa desses *habeas corpus* serão oportunidade de análise dos recursos pelos tribunais superiores, em especial pelo STF, o que pode levar à uma jurisprudência mais conforme à CADH.

A partir de agora, a Dissertação inicia a apresentação de uma série de determinações do SIDH, relativas à prisões provisórias, e um comparativo com a realidade brasileira. Para tal foram utilizadas as informações coletadas por Junya BARLETTA e pesquisas diretas no conteúdo disponível online, no sítio Internet da Corte IDH. Importante ressaltar que dois temas já devidamente pacificados no SIDH foram recentemente incorporados ao sistema jurídico brasileiro: a Audiência de Custódia e a revisão periódica das prisões preventivas. Os demais, no entanto, ainda precisam ser incorporados.

Audiência de Custódia. No caso *Tibi vs Equador*, a Corte IDH deixou claro que é essencial que o preso seja encaminhado à presença do juiz, não bastando que o juiz tenha conhecimento do fato.

(...) el artículo 7.5 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 del derecho a la libertad personal y para otorgar 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 alegó el Estado, no satisface esa garantía** (grifo inexistente no original...)²⁰⁸

Em relação a esse quesito, até 2015 o Brasil não havia implantado a Audiência de Custódia e, ainda hoje, não está implantada em todo o território nacional por questões logísticas

²⁰⁷ BARLETTA, Junya. **Prisão provisória e direitos humanos** (*op. cit.*). p. 89-143.

²⁰⁸ Corte IDH. **Caso Tibi vs Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114, parágrafo 118. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em 11 jun 2021.

do judiciário, mas está presente nas principais cidades brasileiras. Até 2015 era considerado necessária apenas a comunicação ao juiz, pela aplicação literal do art. 5º, LXII da CRFB/88 que diz: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente (...)”.

Nesse caso específico, o STF foi provocado para manifestar-se sobre a questão, sendo a jurisprudência da Corte IDH decisiva para que o Brasil tomasse medidas para evitar essa transgressão ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.²⁰⁹

Revisão Periódica. A jurisprudência da Corte IDH, criada no caso *Bayarri Vs. Argentina*, determina que as razões que levaram à decretação da prisão provisória devem ser reexaminadas periodicamente, para evitar a manutenção da medida cautelar de forma desproporcional e exagerada.

(...) o juiz não tem de esperar até o momento de proferir a sentença absolutória para que uma pessoa detida recupere a liberdade, mas deve avaliar periodicamente se as causas, a necessidade e a proporcionalidade da medida se mantêm, 67 e se o prazo da detenção ultrapassou os limites que impõem a lei e a razão. (...) ²¹⁰

Recentemente foi implantada no Brasil uma alteração no Código Processual Penal, através da Lei 13.964/2019, implementando a obrigatoriedade de revisão da prisão preventiva. O artigo 316 do CPP ficou com a seguinte redação: “Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa dias), mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.”

Tal medida, que veio ao encontro da jurisprudência da Corte IDH, causou mal-estar em algumas parcelas da sociedade e ainda está sendo discutida política e juridicamente, embora já esteja em vigor.

Gravidade do Delito. Várias decisões da Corte IDH afirmam que a gravidade do delito não é causa suficiente para determinação da prisão provisória, pois a prisão provisória é uma medida cautelar, não podendo ser confundida com a pena de prisão. Aliás, conforme a CIDH, “nenhum critério de direito penal material, não processual, embasado em fins preventivos como a periculosidade do imputado, a possibilidade de que cometa delitos no futuro ou a repercussão social do fato,” podem ser admitidos como argumentos para a prisão processual.²¹¹

²⁰⁹ ARACHESKI, Gustavo Henrique. **A introdução da audiência de custódia no direito brasileiro.** (op. cit.).

²¹⁰ Corte IDH. **Caso Bayarri vs. Argentina.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C Nº 187, parágrafo 76. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf. Acesso em 11 jun 2021.

²¹¹ BARLETTA, Junya. **Prisão provisória e direitos humanos** (op. cit.). p. 138.

(...) Dicha legislación ignoraba la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificara en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que **en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo**. (grifo inexistente no original).²¹²

Embora existam decisões do STF no mesmo sentido da jurisprudência da Corte IDH, infelizmente, tanto a prática jurídica, como a legislação violam corriqueiramente as determinações do SIDH. A chamada Lei contra crimes hediondos, por exemplo, determina que a Prisão Temporária, para uma relação de delitos previstos na referida Lei será de 30 dias e não de apenas 5 dias, como ocorre com os demais crimes, o que indubitavelmente significa a manutenção em prisão temporária por um período mais longo, em função da gravidade do delito, contrariando frontalmente a jurisprudência do SIDH.

Infelizmente, a pressão da opinião pública, reforçada pelos meios de comunicação e lideranças políticas, torna muito difícil impedir que se aplique a prisão provisória a arguidos em processos penais relativos à crimes considerados graves. Aliás, em tais crimes, muitas vezes se “flexibilizam” as demais exigências, como a certeza da existência do delito e claros indícios de autoria, conforme exigência do Código de Processo Penal.

Medida processual mais gravosa do que a pena. Em vários casos a Corte IDH se manifestou no sentido de ser inadmissível que a prisão processual possa ser mais gravosa do que a pena, caso o acusado seja condenado. Tal situação é ainda mais grave do que a não consideração da proporcionalidade na tomada de decisão. No caso Suárez Rosero vs. Equador, a prisão preventiva do Sr. Rosero estendeu-se por 3 anos e 10 meses, quando a pena máxima para o tipo penal era de 2 anos.²¹³

Essa situação não é rara no Brasil. Conforme relatado no Capítulo II, estudo realizado pela ONG Danos Permanentes, em 2013, na cidade do Rio de Janeiro, 7734 pessoas foram mantidas presas provisoriamente, em média por mais de 100 dias, sendo que após o julgamento mais da metade delas foram inocentadas ou condenadas a penas sem encarceramento.²¹⁴

²¹² Corte IDH. **Caso López Álvarez vs. Honduras**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C N° 141, parágrafo 81. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf. Acesso em 15 jun 2021.

²¹³ BARLETTA, Junya. **Prisão provisória e direitos humanos** (op. cit.). p. 95.

²¹⁴ Danospermanentes.org. **Presos Provisórios**. (op. cit.).

No caso Barreto Leiva vs. Venezuela o Tribunal afirmou que o Estado não pode aplicar a prisão cautelar nas hipóteses em que a condenação não implicará no encarceramento²¹⁵, o que no caso brasileiro ocorre com muita frequência.

No “Informe de fondo” 86/09, a CIDH determina que deve ser levado em consideração a pena mínima prevista para o delito para determinar se o arguido pode ou não ser preso provisoriamente e para estabelecer o tempo máximo de prisão, de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Com relação ao prognóstico de pena feito para avaliar o risco processual, a Comissão assevera que deve se considerar sempre o mínimo legal cominado ao delito ou a sanção penal mais leve, do contrário a consideração de elementos para a determinação da pena no caso concreto, antes da sentença condenatória, ofenderá a presunção de inocência, e também a garantia de imparcialidade do julgador e o direito de defesa.²¹⁶

Nesse ponto, torna-se importante destacar o quanto que a legislação processual penal brasileira fere as disposições do SIDH. O artigo 313, I, do CPP, determina que será admitida a prisão preventiva nos crimes dolosos com pena privativa máxima superior a 4 anos. No entanto, de acordo com o artigo 33 do código penal, somente penas superiores a 8 anos preveem execução em regime fechado, cabendo o regime semiaberto àqueles que forem punidos com penas entre 4 e 8 anos, sendo que a prisão provisória sempre se dá em caráter fechado.

Defensores do sistema punitivo em voga consideram que as razões para que o suposto autor de um delito, com pena máxima entre 4 e 8 anos, possa ser preso provisoriamente, se dá pela disposição do artigo 59, III, do Código Penal, que permite ao juiz, analisando características do condenado e comportamento da vítima, dentre outros quesitos, pode decidir pelo regime inicial de cumprimento da pena. No entanto, tal norma é de direito material e não processual, e por isso não pode ser utilizado como argumento, conforme entendimento da CIDH, para a decretação da prisão provisória.

Requisitos previstos para justificar o *periculum libertatis*. O CPP brasileiro, em seu artigo 312, prevê quatro requisitos para justificar a *periculum libertatis* na prisão preventiva: garantia da ordem econômica, garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. Destes, apenas os dois últimos se adequam ao previsto no SIDH.

²¹⁵ BARLETTA, Junya. **Prisão provisória e direitos humanos** (op. cit.). p. 125.

²¹⁶ *Idem*. p. 138.

Chama a atenção que o mais criticado dos requisitos, pelos doutrinadores brasileiros, que é a garantia da ordem pública, não faz parte da lista reconhecida pela Corte IDH. Em várias decisões a Corte reproduziu variações do mesmo enunciado:

A Corte condiciona a excepcionalidade da prisão processual a apenas duas possibilidades, que são limites – de natureza processual – de sua justificação ou legitimação: quando seja necessária para assegurar a eficácia das investigações, e da mesma forma, a ação da justiça.²¹⁷

Assim sendo, o controle de convencionalidade torna necessária a adequação do artigo 312 do CPP, quer seja pela supressão dos condicionantes não conformes com a Convenção, quer seja por uma interpretação à luz da CRFB/88 e da Convenção Americana, a ser feita pelo STF, em uma tardia, porém necessária ADIn.

Diferença entre arbitrariedade e ilegalidade. O ex-juiz, Sérgio Moro, que se tornou verdadeira celebridade da chamada operação Lava jato, emitiu mandado de prisão preventiva para o ex-deputado Eduardo Cunha e justificou sua decisão pela “aplicação ortodoxa da lei processual penal”.²¹⁸ O mesmo argumento é utilizado por vários magistrados e tais decisões, no mais das vezes, são muito bem vistas pela mídia e pelos formadores de opinião, o que leva à aprovação da medida por parcela considerável da sociedade.

No entanto, a Corte IDH já se manifestou no sentido de que a legalidade é indispensável, mas não suficiente para a decretação de prisões provisórias, que somente podem ocorrer com a presença de princípios jurídicos que garantam os direitos fundamentais.

(...) En el segundo supuesto, se esta en presencia de una condicion segun la cual nadie puede ser sornetido a detencion o encarcelamiento por causas y metodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidade.²¹⁹

Tais princípios também foram citados no Caso Tibi vs. Ecuador, no Caso Lòpez Álvarez Vs. Honduras e pode-se dizer, de forma ainda mais didática no Caso Chaparro Álvarez i Lapo Íñiguez vs. Ecuador.

²¹⁷ *Ibidem.* p. 97.

²¹⁸ **Prisão de Eduardo Cunha é "aplicação ortodoxa da lei", defende Sérgio Moro.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-19/prisao-cunha-aplicacao-ortodoxa-lei-defende-sergio-moro>. Acesso em 13 Jun 2021.

²¹⁹ Corte IDH. **Caso Gangaram Panday vs. Surinam.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C N° 16, parágrafo 47. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/gangaram/cum_sent94.pdf. Acesso em 13 Jun 2021.

No caso *Tibi vs. Ecuador* a Corte IDH ressalta a severidade da prisão processual, razão pela qual somente pode ser decretada em “caráter excepcional”.

La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.²²⁰

No caso *López Álvarez Vs. Honduras*, a Corte não questionou a legalidade da decisão, mas condenou o Estado de Honduras, pela falta de razoabilidade e proporcionalidade e, ainda, pelas violações dos direitos dos presos, uma vez encarcerados.

A Corte observa que a Convenção Americana proíbe a prisão por métodos que, **ainda que sejam legais**, na prática revelam-se desarrazoados ou desproporcionais. Ademais, a prisão também pode se tornar arbitrária se, durante sua execução, sobrevierem violações aos direitos dos presos. (grifos inexistentes no original).²²¹

No caso *Chaparro Álvarez i Lapo Ñíguez vs. Ecuador*, a Corte sintetizou os requisitos que sempre deverão ser respeitados pelos Estados, para que suas decisões relativas às prisões provisórias não sejam consideradas arbitrárias, ressaltando que a “definição de arbitrariedade deverá ser interpretada de forma mais ampla que a de contrariedade à lei”, considerando que “a prisão preventiva deverá ser não apenas lícita, mas também razoável em qualquer circunstância.”

Os quesitos exigidos pela Corte, conforme a decisão supra são:

- i) que a finalidade das medidas privativas ou restritivas da liberdade seja compatível com a Convenção, ressaltando que os fins legítimos da prisão preventiva, reconhecidos pela jurisprudência da Corte, são de assegurar que o acusado não impedirá o desenvolvimento processual e de que não impedirá a ação da justiça;
- ii) que as medidas privativas ou restritivas de liberdade sejam idôneas ao cumprimento do fim a ser perseguido;
- iii) que sejam também necessárias e adotadas em caráter excepcional, isto é, que sejam absolutamente indispensáveis para se alcançar o fim desejado e que, dentre todas as medidas idôneas ao cumprimento do objetivo proposto, não exista uma medida menos gravosa ao direito de liberdade;
- iv) que tais medidas sejam proporcionais, de maneira que o sacrifício inerente à restrição do direito de liberdade não resulte

²²⁰ Corte IDH. **Caso Tibi vs Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114, parágrafo 106. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em 13 jun 2021.

²²¹ BARLETTA, Junya. **Prisão provisória e direitos humanos** (*op. cit.*). p. 113.

exagerado ou desmedido em relação às vantagens obtidas com tal limitação e com o cumprimento da finalidade almejada.²²²

Sem a pretensão de esgotar o assunto, os itens acima descritos exemplificam e demonstram o quanto que a legislação e a prática judiciária brasileira se apresentam desconformes com a Convenção Americana e com a CRFB/88, que estabelece hierarquia diferenciada para os tratados internacionais relativos a direitos humanos ratificados pela República Federativa do Brasil, conforme consta no parágrafo segundo do artigo 5º da CRFB/88.

A partir do estudo realizado para confeccionar a presente Dissertação, seguem alguns chamados à reflexão e propostas de estudo para ações que possam minimizar as constantes violações dos direitos fundamentais, em especial do Direito Fundamental à Presunção de Inocência.

4.11 Sugestões e temas para debate e reflexão – interconstitucionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A interligação entre os sistemas de proteção dos direitos humanos é uma realidade inegável, no entanto, muito ainda pode ser feito nesse caminho. Os sistemas regionais clássicos de proteção dos direitos humanos, Europeu, Interamericano e Africano, bem como o sistema universal, baseiam suas ações na garantia de um conjunto protetivo mínimo, o que é de inegável valor. No entanto, poderiam dar um passo em direção à máxima efetivação dos direitos humanos, seguindo, tanto quanto possível o modelo do Direito da União Europeia, que passa pela análise interconstitucional, caso a caso.

Embora faltem alguns dos elementos diretamente responsáveis pelo sucesso do Direito da União Europeia, em especial a existência de uma União voltada a interesses econômicos e estratégicos, que viabiliza a existência de um primado do Direito da União Europeia, o que sem dúvida alguma caracteriza uma dificuldade para implantação do modelo em outros locais, há de se considerar, por outro lado, que a implantação de um modelo baseado na interconstitucionalidade, por exemplo no sistema Interamericano, partiria da utilização ou adaptação de um modelo de sucesso existente, que não existia nos primórdios da então Comunidade Europeia. A existência de um modelo para ser seguido ou adaptado, até mesmo

²²² *Idem*. p. 119.

melhorado, indubitavelmente é um importante fator de sucesso para um projeto que ouse buscar os mesmos resultados.

As Constituições de alguns países americanos apresentam direitos diversos daqueles mais tradicionalmente conhecidos, o que pode ser muito útil para enfrentar os problemas do mundo moderno. Pode-se considerar, por exemplo, os direitos da *Pachamama* (mãe natureza), existentes nas constituições do Equador e da Bolívia, que trazem fundamento jurídico, dentre outros, para a defesa dos direitos dos animais, direitos esses notoriamente esquecidos nas constituições tradicionais e nas convenções sobre direitos humanos. Da mesma forma, muitos outros exemplos podem ser buscados, valendo-se de uma riqueza cultural diversa daquela existente em terras europeias.

Sem buscar pesquisar casos específicos, o conceito do agir interconstitucionalmente abre um leque de possibilidades para um mundo mais justo. Longe de buscar a cópia do modelo da União Europeia, o que envolveria um repensar do Mercosul, que efetivamente nunca conseguiu dar as respostas que dele se esperava, um modelo interconstitucional interamericano poderia ser pensado, apenas como ferramenta jurídica para a busca da máxima efetivação dos direitos humanos, sem a necessidade de definições de políticas econômicas multilaterais. Assim, a Corte Interamericana, que se aproxima constantemente da Corte Europeia, poderia também buscar alimentar-se, dentro do possível, do Direito da União.

4.12 Sugestões e temas para debate – reflexos do SIDH no direito interno brasileiro.

Algumas das decisões da Corte IDH deixam claro que, além da necessidade de os juízes brasileiros valerem-se da interpretação da CADH, feita pelos órgãos que compõem o SIDH, há necessidade de ajustes na legislação processual penal brasileira. Apenas para exemplificar, seguem algumas propostas, que evidentemente necessitam ser discutidas e elaboradas por juristas e políticos e seria muita pretensão apresentá-las de forma detalhada em uma Dissertação de Mestrado.

Medida processual mais gravosa do que a pena. Considerando o posicionamento da Corte IDH, no sentido da proibição de que um preso provisório, presumidamente inocente, sofra um mal maior do que sofreria caso fosse condenado, seria necessário alterar ou estabelecer uma interpretação conforme a CRFB/88 e à CADH ao artigo 311, I, do Código de Processo Penal, para que considere que a prisão preventiva somente seja possível para crimes com pena máxima de

oito anos ou superior, uma vez que a condenação a uma pena igual ou superior a oito anos é requisito para que a execução dessa pena inicie em regime fechado.

Caso essa alteração não seja feita, a legislação permitirá que ocorram medidas cautelares mais gravosas do que a punição prevista na pena, no caso de uma condenação. Nessa situação, uma pessoa presumidamente inocente sofreria um constrangimento penal superior ao que receberia caso condenada.

Indo além, considerando o princípio da razoabilidade, quando houver suspeita da prática de um delito, com pena mínima inferior a oito anos e máxima igual ou superior a oito anos, não pode haver uma interpretação de que há uma configuração automática do *periculum libertatis*. O juiz tem que ter presente que, se a pena máxima é de oito anos, a dosimetria da pena somente levará à pena máxima, na hipótese de existência de todos os agravantes previstos na legislação e na descaracterização de todos os atenuantes, o que não pode ser corriqueiro, considerando que a decisão da prisão preventiva se dá em cognição sumária, muitas vezes antes da apresentação da defesa.

Além disso, mesmo no caso em que a pena mínima seja inferior e a máxima superior a oito anos, há a necessidade de uma análise dos atenuantes e agravantes, para que, mesmo em cognição primária, o juiz verifique se a dosimetria provável será de ao menos oito anos de prisão, pois em caso contrário privará de liberdade uma pessoa presumidamente inocente, que possivelmente seria liberada, caso condenada.

Requisitos previstos para justificar o periculum libertatis. Outra proposta seria a alteração do artigo 312, do CPP, para excluir as hipóteses não aceitas pelo SIDH, nomeadamente os motivos de garantia da ordem pública ou da ordem econômica, pois a Corte IDH, reiteradamente posicionou-se pela existência de apenas duas hipóteses para restringir a liberdade de pessoas presumidamente inocentes, que são a garantia do processo penal e a garantia da efetividade da lei penal. Em outras palavras, apenas para evitar a interferência do réu no processo e evitar a sua fuga.

Os argumentos para prisão preventiva baseados na garantia da ordem econômica e da ordem pública são, há muito tempo, questionados por vários autores de direito penal e processual penal brasileiros. No entanto, tais argumentos estão presentes na maior parte das ordens de prisão preventiva emitidas pelos órgãos judiciais. A jurisprudência da Corte IDH é um sólido argumento para a discussão, em Controle de Convencionalidade, das hipóteses previstas no artigo 312 do CPP.

Gravidade do Delito. O parágrafo 4º da chamada Lei Contra Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), que institui critérios diferenciados para a prisão temporária daqueles que são suspeitos de cometer um dos crimes previstos em uma relação de crimes considerados hediondos, expressa na própria lei, fere a jurisprudência da Corte IDH, assim sendo, deve ser revisto, num processo de Controle de Convencionalidade, pois a Corte IDH, em diversos pronunciamentos afastou a possibilidade de prisão provisória em função da gravidade do delito.

Outras propostas poderiam ser feitas, considerando o entendimento do SIDH. No entanto o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar esse tema, apenas evidenciar o quanto que a legislação e a jurisprudência brasileiras estão desconformes à CADH e, reflexamente à CRFB/88.

Conclusão

O início da redemocratização no Brasil, passados 21 anos de ditadura militar, veio acompanhado de muita esperança, esperança do verbo esperar, como dizia Paulo Freire. Muito era necessário construir para que a chamada “nação do futuro” se transformasse em realidade.

A grave crise econômica vivida pela democracia nascente, herdada dos sucessivos governos militares, que baseavam o projeto econômico em empréstimos internacionais, em especial dos EUA, que via no Brasil um *case* de sucesso do modelo capitalista na guerra fria, impediu que a recém promulgada CRFB/88 mostrasse desde logo todo o seu brilho. Muito mais do que avanço jurídico, o brasileiro necessitava de avanços econômicos e sociais. Havia inclusive uma crítica à uma suposta falta de compatibilização da Constituição com a realidade econômica. Economistas diziam que o PIB per capita precisaria triplicar para que fosse viável implementar as chamadas cláusulas sociais. Desde o início dos anos 1990 até o hoje o PIB cresceu oito vezes, mas o discurso da inviabilidade persiste.

De lá para cá muita coisa melhorou. A democracia se consolidou, o Sistema Único de Saúde atingiu patamares inimagináveis na época, tendo sido fundamental para o enfrentamento da pandemia da Covid 19. As universidades, em especial as públicas, passaram a gerar conhecimento e fazer ciência em alto nível. O acesso aos bancos escolares tornou-se praticamente universal e muito mais. No entanto, algumas coisas ainda não tiveram o seu momento.

A distribuição de renda, embora tenha tido alguma melhoria no período de 2000 a 2015, nunca atingiu um patamar satisfatório, e nos últimos anos o Brasil voltou a ser um dos países mais desiguais do mundo. No mesmo caminho segue a segurança pública, pois é consenso entre os pesquisadores que má distribuição de renda e violência andam sempre juntas. Não há medida de segurança pública que apresente resultados dentro de uma sociedade tão desigual.

Não conseguindo (ou não querendo) repartir a renda de forma mais justa, as autoridades encontram, em verdadeiros “bodes expiatórios,” a culpa pela disparada da criminalidade, no que são apoiadas pelos mais diversos formadores de opinião. Jornalistas, blogueiros, *influencers*, *youtubers*, professores de direito, parlamentares, líderes políticos, promotores, juízes e boa parte da população repetem o discurso de que o mal do Brasil reside na impunidade. Leis mais duras, chicanas para inviabilizar garantias constitucionais, dentre outras coisas, são feitas para punir mais, de forma mais dura, de forma mais rápida, para garantir a segurança dos chamados “cidadãos de bem”. Nessa visão, a sociedade se divide em um grupo com um grande número de pessoas a ser vigiado e punido, os inimigos, e um pequeno grupo de pessoas que precisam de

proteção, os cidadãos de bem. As garantias constitucionais e as benesses do Estado são para os cidadãos de bem, restando para os inimigos, o rigor da Lei.

Não cabe ao Direito resolver as questões de distribuição de renda, embora o artigo 3º, inciso I da CRFB/88 institua a erradicação da pobreza e da marginalização; e a redução das desigualdades sociais e regionais, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Tais questões são estratégias de governo e não podem ser justicializadas. A implementação de medidas garantidoras dos direitos fundamentais, em especial do Direito Fundamental à Presunção de Inocência, no entanto, pode e deve ser buscada pelos operadores de direito que acreditam em um Estado Democrático de Direito.

As medidas tardias tomadas pelo STF, ao criar uma jurisprudência que garante um caráter supralegal às Convenções Internacionais de Direitos Humanos, ocorrida em 2009 e, mais recentemente, em 2015, ao determinar a obrigatoriedade da Audiência de Custódia, que ampliou o alcance do inciso LXII do artigo 5º da CRFB/88, privilegiando a previsão da Convenção Americana dos Direitos Humanos, além de outras medidas, deixam claro que o Brasil caminha para um controle de convencionalidade mais efetivo no que se refere às convenções que versem sobre direitos humanos. Nesse sentido, também é relevante a recente alteração no Código Processual Penal para obrigar a fundamentação para manutenção da prisão preventiva a cada 90 dias, que também vai ao encontro da jurisprudência do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos.

Tais decisões, embora ocorridas décadas após a promulgação da CRFB/88, começam a efetivar princípios jurídicos previstos naquela Carta. Não se pode esperar que, em um horizonte visível, seja possível alcançar o nível de proteção dos direitos fundamentais encontrado na União Europeia, até mesmo pela diferença de processos históricos e também pela força coativa indubitável do TJUE, o que ainda está longe de ser vista na Corte IDH, pois as decisões do TJUE são baseadas no Primado do Direito da União e legitimadas pela Interconstitucionalidade, com a qual foi construída toda uma jurisprudência sólida para garantir a máxima efetivação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, sendo que tal preferência aplicativa ainda não existe no direito interamericano.

No entanto, mantidas as proporções, a busca pela máxima efetivação dos direitos fundamentais encontra no Sistema Interamericano de Direitos Humanos uma sólida ferramenta de apoio. Ainda será necessário trilhar novos e longos passos, mas os caminhos estão abertos.

O posicionamento do SIDH, na análise dos casos levados à sua jurisdição é muito claro no sentido de que a presunção de inocência não pode ser minimizada e a sua flexibilização deve ser, antes de tudo, uma excepcionalidade. Uma prisão provisória sempre deverá ser justificada pela garantia do processo penal e pela efetivação da lei penal, não sendo razoável a utilização de argumentos extraprocessuais. Manter alguém privado de liberdade para “evitar comoção pública” ou “para que a população não perca a credibilidade no sistema judiciário” são afrontas ao marco civilizatório atual, que precisam ser enfrentadas.

Inspirando-se no modelo da UE, no qual a decisão tomada em relação a um dos Estados, pode e deve ser utilizada como argumento jurisprudencial na defesa de violações de direitos fundamentais ocorridas em outro Estado, torna-se premente que nos *habeas corpus*, impetrados no Brasil, sejam denunciadas violações à CADH e à jurisprudência do SIDH, tanto para a análise dos magistrados, nas diversas instâncias judiciárias, como para embasar denúncias à CIDH, caso o poder judiciário brasileiro não tome as medidas adequadas.

Mirar-se no modelo da União Europeia pode ser uma ideia um tanto ousada, mas não desprovida de sentido. É sabido que no sistema interamericano não existem elementos que viabilizaram a existência do “Primado da União”, como a existência de uma união por critérios econômicos e políticos. No entanto, ao invés tentar seguir os mesmos caminhos, em um possivelmente inútil repensar do Mercosul, como anteriormente dito, não há por que não pensar em um modelo interconstitucional interamericano, que viabilize a máxima efetivação dos direitos humanos, em bases puramente jurídicas, sem a necessidade de políticas econômicas multilaterais.

Como se percebe da análise do ainda jovem sistema africano de proteção dos direitos humanos, há de se pensar em um modelo para além do modelo liberal de matriz europeia, criado há séculos e talvez não mais suficientemente adequado para o terceiro milênio, da mesma forma que a prisão, que representava uma evolução da sociedade no Século XVIII não goza do mesmo conceito no Século XXI.

Passados quase oitenta anos do final da Segunda Guerra e mais de trinta anos do final da Guerra Fria, talvez tenha chegado o momento de revitalizar o novo *Jus Gentium* do Século XXI, preconizado por TRINDADE, de tornar concreto um *Ius Constitutionale Commune* mundial e não apenas interamericano, superando a previsão de PIOVESAN e da busca da concretização das ideias, para muitos utópicas, de FERRAJOLI.

Não há dúvidas que tais medidas enfrentarão resistência de parcelas poderosas da sociedade, ainda mais no momento atual, em que o desejo punitivista está especialmente exacerbado. No entanto, é preciso lembrar que as prisões são prova do fracasso da humanidade e não o contrário. Se ainda é preciso manter seres humanos trancafiados, o que infelizmente é uma necessidade, tal somente ocorre porque as sociedades ainda não conseguiram superar suas limitações.

A má distribuição de renda, a carência de bens de consumo, o fosso que separa ricos e pobres, considerando o desenvolvimento técnico-científico atual não encontra justificativas na ciência. Como bem disse Yuval HARARI, em sua obra *Homo Deus*, a fome e a miséria são decisões ideológicas.

Sem a pretensão de resolver problemas entranhados no egoísmo humano, esta Dissertação encerra com um convite, não apenas à reflexão, mas à ação. Como bem dizia o pedagogo, é necessário ter esperança, mas não esperança do verbo esperar e sim do verbo esperarçar.

Referências Bibliográficas.

- ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada.** São Paulo; Thomson Reuters Brasil, 2018.
- ABREU, Joana Covelo de. **An approach to today's EU constitutionality control – understanding this EU inter-jurisdictional phenomenon in light of effective judicial protection**, in UNIO – EU Law Journal, Vol. 3, No. 2, July 2017, pp. 104-124. Disponível em: <https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/view/217/224>. Acesso Nov 2020.
- ABREU, Joana Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação de incumprimento: a inércia do legislador e suas consequências.** Curitiba; Juruá, 2011.
- AMARAL, Thiago Bottino do. **Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF.** Rio de Janeiro; Elsevier, 2009.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais: Tradução Virgílio Afonso da Silva.** São Paulo; Malheiros, 2008.
- ARACHESKI, Gustavo Henrique. **A introdução da audiência de custódia no direito brasileiro: uma reflexão à luz da teoria da interconstitucionalidade.** Braga (Portugal)/Itajaí (Brasil). 2019, 109 f. Dissertação de Mestrado. Universidade do Minho/Universidade do Vale do Itajaí.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à sociologia do direito penal. Tradução e prefácio de Juarez Cirino dos Santos, 6ª edição.** Rio de Janeiro; Revan, 2011.
- BARLETTA, Junya. **Prisão provisória e direitos humanos: uma análise baseada nos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira.** Rio de Janeiro; Revan, 2016.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução Neury Carvalho Lima. São Paulo; Hunter Books, 2012.
- BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria Geral da Pena, 2ª edição.** São Paulo: Saraiva, 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão – Causas e alternativas. 5ª edição.** São Paulo: Saraiva, 2017.
- BIRBECK, University of London. **Pre Trial Detention and its over-use. Evidences for ten countries. Catherine Heard and Helen Fair November 2019.** Disponível em: https://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/pre-trial_detention_final.pdf. Acesso Ago 2020.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teorias da conduta no direito penal.** Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/631/r148-5.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso out 2020.

- BUSATO, Paulo César, **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. São Paulo; Atlas, 2013.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brancos” e Interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra; Almedina, 2017.
- CANOTILHO, Mariana Rodrigues. **O princípio do nível mais elevado de protecção em matéria de direitos fundamentais**. Coimbra. 2008, 241 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- CASTRO, Fernando Borba de. **Justiça restaurativa: um olhar para além da repressão**. Florianópolis; Empório do Direito, 2015.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. Margens nacionais de apreciação: limites possíveis ao desalinhamento com o cenário normativo supranacional. In: _____ EROUD, Aicha de Andrade Quintero et al, orgs. **Internacionalização do direito penal e processual penal – Transnacionalismo, riscos e perspectivas**. Florianópolis; Impetus, 2020.
- CNJ Conselho Nacional de Justiça. **BNMP 2.0.- Cadastro Nacional de Presos**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso Out 2020.
- CNJ Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela – Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso Nov 2020.
- Comissão das Comunidades Europeias. **Livro Verde – A presunção de inocência**. Bruxelas, 2006. Disponível em: https://hip.lisboa.ucp.pt/edocs/cde/2006_15535.pdf. Acesso Fev 2021.
- Comissão Europeia. Livro Verde - **Reforçar a confiança mútua no espaço judiciário europeu – Livro Verde sobre a aplicação penal da UE no domínio da detenção**. Publicado em Bruxelas, em 14.06.2001. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0327&from=PT>. Acesso Mar 2021.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de Karyna Sposato. Curitiba; Juruá, 2012.
- Conjur. **Prisão de Eduardo Cunha é "aplicação ortodoxa da lei", defende Sergio Moro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-19/prisao-cunha-aplicacao-ortodoxa-lei-defende-sergio-moro>. Acesso Jun 2021.
- Corte IDH. **Caso Bayarri vs. Argentina**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C N° 187, parágrafo 76. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_por.pdf. Acesso jun 2021.
- Corte IDH. **Caso Gangaram Panday vs. Surinam**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C N° 16, parágrafo 47. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/gangaram/cum_sent94.pdf. Acesso Jun 2021

- Corte IDH. **Caso López Álvarez vs. Honduras**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C N° 141, parágrafo 81. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf. Acesso jun 2021.
- Corte IDH. **Caso Tibi vs Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C N° 114, parágrafo 118. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso jun 2021.
- Danospermanentes.org. **Presos Provisórios, Danos Permanentes**. Disponível em: <http://www.danospermanentes.org/index.html>. Acesso Dez 2020.
- Departamento Penitenciário Nacional – Infopen. **Levantamento Nacional**. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>. Acesso Dez 2020.
- DIETER, Maurício S. **Política Criminal Atuarial. A criminologia do fim da história**. Curitiba, 2012, 300 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná.
- ENGLUND, Steven. **Napoleão – Uma biografia política – Tradução Maria Luiza X. de A. Borges**. Rio de Janeiro; Jorge ZAHAR Editor, 2005.
- EUR-LEX – Acesso ao direito da União Europeia. **Glossário das Sínteses**. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/green_paper.html?locale=pt. Acesso Mar 2021.
- FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional, 7ª Ed.** Rio de Janeiro; Forense, 2015.
- FENBY, Jonathan. **Os três grandes: Churchill, Roosevelt & Stalin: ganharam uma guerra e começaram outra – tradução Gleuber Vieira**. Rio de Janeiro; Nova Fronteira, 2009.
- FERREIRA, Bruno. **A Formação da ONU – Sua Crise de Representatividade no Sec XXI**. (Versão Kindle). Editora Clube de Autores, 2017.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**, 41 ed; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis; Vozes, 2013.
- GARRIDO, Rui. O Sistema Africano de Direitos Humanos em Transformação? A criação do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos e os desafios à proteção dos direitos humanos em África _____. In JERÓNIMO, Patrícia et al. **Temas de Direitos Humanos para o Século XXI**, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016.
- GUIMARÃES, Rodrigo Règnier Chemim. **Magna Carta e Quarto Concílio de Latrão: 800 anos depois dois caminhos diferentes ainda orientam o presente e o futuro do processo penal brasileiro**. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rodrigo-chemim-guimaraes/magna-carta-e-quarto-concilio-de-latrao-800-anos-depois-dois-caminhos-diferentes-ainda-orientam-o-presente-e-o-futuro-do-processo-penal-brasileiro-4v0b7wfwyf3jvns43zm92k5w/>. Acesso ago 2020.
- GONÇALVES, Marianna Moura. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais, à luz da proporcionalidade**. São Paulo, 2011, 490 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

- GRAU, Eros. **Juízes interpretam e aplicam a Constituição e as leis, não fazem justiça.** Consultor Jurídico – Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/eros-grau-juizes-aplicam-direito-nao-fazem-justica>. Acesso Dez 2020.
- HABERMAS, Jürgen. **Um Ensaio sobre a Constituição da Europa – Prefácio José Joaquim Gomes Canotilho.** Lisboa: Edições 70, 2012.
- HAHN, Julio Cesar. **Presunção de Inocência, que inocência! A ineficácia do Direito Fundamental à Presunção de Inocência nas prisões provisórias no Brasil.** Curitiba, 2017, 57 f. Monografia (Especialização em Direito Constitucional), Academia Brasileira de Direito Constitucional.
- IPEA Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da Violência.** Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/dados-series/20>. Acesso Dez 2020.
- Jornal Oficial da União Europeia, edição de 4 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2009:295:FULL&from=GA>. Acesso MAR 2021.
- Jornal Oficial da União Europeia 07.06.2016. **Tratado da União Europeia – Versão Consolidada.** Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF. Acesso MAR 2021.
- KRAMER, Henrich; SPRENGER, James. **O Martelo das Feiticeiras – Malleus Maleficarum.** Rio de Janeiro; Rosa dos Ventos, 2007.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal – 17ª Edição – De acordo com as Leis n. 13.869/2019 e n. 13.964/2019.** São Paulo; Saraiva Jur, 2020. (Versão Kindle).
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões cautelares. 4 ed.** São Paulo; Saraiva, 2012.
- MACHADO, Pedro Sá. **Os “crimes de detenção” e a “detenção-de-uma-coisa-móvel” no direito penal português.** Coimbra, 2015, 114 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico Criminais), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- MADURO, Miguel Poiares. **A Constituição Plural – Constitucionalismo e União Europeia.** Cascais: Principia Publicações Universitárias e Científicas, 2006.
- MELO, Antônio. **O fim da inquisição em Portugal foi há 180 anos.** Publicado em 05/04/2001. Disponível em: <https://www.publico.pt/sociedade/jornal/o-fim-da-inquisicao-em-portugal-foi-ha-180-anos-156351>. Acesso Abr 2021.
- MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição.** Florianópolis; Empório do Direito, 2016.
- Ministério da Justiça e Segurança Pública. **MJ divulga novo relatório sobre população carcerária brasileira.** Disponível em: <https://www.justica.gov.br/radio/mj-divulga-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso Nov 2020.
- MOREIRA, Vital. **“Respublica” Europeia – Estudos de Direito Constitucional da União Europeia.** Coimbra; Coimbra Editora, 2014.
- PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal – Parte Geral. 5ª edição, revista e atualizada.** São Paulo: Editora Atlas. I. 294. (Versão Kindle).

- PEREIRA, Maria De Assunção do Vale. **Textos de Direito Internacional 03ª Edição**. Coimbra; Coimbra Editora, 2018.
- PIOVESAN, Flávia. **Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte; Del Rey, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional – Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9ª edição, revista e atualizada**. São Paulo; Saraivajur, 2019.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Antônio Augusto Cançado Trindade. 18ª edição, revista e atualizada**. São Paulo; Saraiva Jur, 2018.
- Portal DomTotal. **Movimento Pentecostal e Neopentecostal: diferenças e semelhanças**. Disponível em: <https://domtotal.com/noticia/1258786/2018/05/movimento-pentecostal-e-neopentecostal-diferencas-e-semelhanças>. Acesso out 2020.
- RICHARD, Lionel. **A República de Weimar**. São Paulo; Companhia das Letras, 1988.
- RITTER, Ruiz. **Definitivamente, é preciso falar mais sobre a presunção de inocência**. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/definitivamente-e-preciso-falar-mais-sobre-a-presuncao-de-inocencia/> Acesso em Abr 2017.
- ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal 2ª ed**. Lisboa; Rei dos Livros, 2015.
- ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da punição: a ostentação do horror. 2ª Edição, revista e ampliada**. Florianópolis; Empório do Direito, 2015.
- ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR., Salah H. **In dubio pro Hell I: Profanando o Sistema Penal**. Florianópolis; Empório do Direito, 2015.
- SANGUINÉ, Odone. **Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro; Forense, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª edição, revista e atualizada**. Porto Alegre; Livraria do Advogado. 2012.
- SILVEIRA, Alessandra. **Do Dirigismo Constitucional à Interconstitucionalidade “com cheirinho de alecrim”**. In MIRANDA, Jorge orf. Nos 40 anos da Constituição. Lisboa: AAFDL Editora. 2017.
- SILVEIRA, Alessandra. **Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial**. Braga, SDUM. (Cópias polycopiadas, sem identificação de data de publicação, gentilmente cedidas pela autora em novembro de 2019).
- SILVEIRA, Alessandra. **O futuro da Convenção Europeia dos Direitos Humanos à luz do constitucionalismo multinível e da interconstitucionalidade**. Braga, SDUM. (Cópias polycopiadas, sem identificação de data de publicação, gentilmente cedidas pela autora em novembro de 2019).
- SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia – Doutrina e Jurisprudência. 2ª edição (actualizada e ampliada)**. Lisboa; Quid Juris, 2011.

- SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana. Organizadoras. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada** – Coimbra; Almedina, 2013.
- Sítio Jornalístico Exame. Nov/2020. **Brasil é o nono país mais desigual do mundo, diz IBGE.** Disponível em: <https://exame.com/economia/brasil-e-nono-pais-mais-desigual-do-mundo-diz-ibge/> Acesso em jun/2021.
- Sítio Jornalístico Folha de São Paulo. **Prisões Brasileiras registram uma morte a cada dois dias.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1395204-prisoas-brasileiras-registram-uma-morte-a-cada-dois-dias.shtml>. Acesso Nov 2020.
- Sítio Jornalístico G1. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso Dez 2020.
- Sítio Jornalístico Globo. **Em 26 anos, total de presos dispara 700% no país; número de vagas cai.** Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2017/12/08/em-26-anos-total-de-presos-dispara-700-no-pais-numero-de-vagas-cai.ghtml>. Acesso Dez 2020.
- Sítio Jornalístico Isto É. **Manifestantes pró-Bolsonaro fazem atos em defesa da ditadura militar.** Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/03/4915376-atos-esvaziados-celebram-golpe-de-64-e-pedem-intervencao-militar.html>. Acesso em Jun 2021.
- Sítio Jornalístico UOL. **Funcionários da Vale e engenheiros que atestaram barragem em MG são presos.** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/01/29/prisoas-brumadinho-barragem-minas-gerais-sao-paulo.htm>. Acesso Dez 2020.
- SOUZA, André Peixoto de. **Crime de rico, crime de pobre ... e o sistema penal.** Canal de Ciências Criminais. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/215543948/crime-de-rico-crime-de-pobre-e-o-sistema-penal>. Acesso em Dez 2020.
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2012.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do Direito Internacional. 2ª Edição, Revista, Atualizada e Ampliada.** Belo Horizonte; Del Rey Editora, 2015. Prefácio à Segunda Edição.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **El Ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 5ª Edición Ampliada.** Belo Horizonte; Editora del Rey, 2018.
- USP. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.** Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso out 2020.
- USP. **Magna Carta.** Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0->

[cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-charta-1215-magna-charta-libertatum.html](http://www.scielo.br/cria/C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-charta-1215-magna-charta-libertatum.html). Acesso out 2020.

- YAROCHEWSKY, Leonardo I. **Análise do PL 7028/2017 que altera a redação do art. 312 do Código de Processo Penal para retirar a possibilidade de decretação da prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública, que é um elemento inquisitório do processo penal, para adequá-la à Constituição da República.** Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/analise-do-pl-70282017-que-altera-a-redacao-do-art-312-do-codigo-de-processo-penal>. Acesso em Maio 2019.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal. 5ª edição** – tradução Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro; Revan, 2001.