



Junya Rodrigues Barletta

**A prisão provisória como medida de
castigo e seus parâmetros de
intolerabilidade à luz dos direitos
humanos**

Tese de Doutorado

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Prof^a. Bethânia de Albuquerque Assy

Co-Orientador: Prof. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Volume I

Rio de Janeiro
Junho de 2014



Junya Rodrigues Barletta

**A prisão provisória como medida de
castigo e seus parâmetros de
intolerabilidade à luz dos direitos humanos**

Tese apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Doutor pelo Programa de Pós-
graduação em Direito do Departamento de Direito da
PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora
abaixo assinada.

Prof.^a Bethânia de Albuquerque Assy

Orientadora

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Co-orientador

UFRJ

Prof.^a Márcia Nina Bernardes

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof.^a Victoria-Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Aury Celso Lima Lopes Junior

PUC/RS

Prof^a Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues

UFRJ

Prof^a. Mônica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 05 de junho de 2014.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Junya Rodrigues Barletta

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa - MG (1997); Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2007); Doutora em Ciências Jurídicas pela mesma Universidade (2014). Professora Adjunta da Faculdade Nacional de Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro; advogada criminalista.

Ficha catalográfica

Barletta, Junya Rodrigues.

A prisão provisória como medida de castigo e seus parâmetros de intolerabilidade à luz dos direitos humanos /Junya Rodrigues Barletta; orientadora: Bethânia de Albuquerque Assy. – Rio de Janeiro PUC, Departamento de Direito, 2014.

2v. 435 f. : 29,7 cm

1. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito.

Inclui bibliografia

1. Direito - Teses. 2. Prisão provisória 3. direitos humanos. 4. limites da prisão cautelar. 5. parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. I. Assy, Bethânia de Albuquerque. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Para Beatriz, que me ensina todos os dias o
que é vontade de viver.

Para Livio, com amor.

Agradecimentos

Agradeço aos meus pais, Dalva e Edgard Angelo, por seu exemplo e por todo amor e esforço dedicados à minha educação e formação.

Ao Livio, por acreditar em mim mais do que eu mesma, e pelo que o seu amor faz por mim, todos os dias.

À minha irmã Marcella e aos meus sobrinhos amados, Luíza e Fernando, que enchem minha vida de alegria e ternura.

Aos meus queridos amigos Gianelli Rodrigues, Karen Simões, Luis Cláudio Starling e María Laura Fornasar, que fazem parte da minha família carioca.

À minha querida irmã Viviane Aparecida Lemes, pela amizade sincera e verdadeira.

À amiga Cristina Chaves de Jesus, por me acompanhar no processo de auto-conhecimento.

Ao meu orientador, Professor Geraldo Prado, por seus ensinamentos há tantos anos, por acompanhar minha vida acadêmica desde o Mestrado e por ser um guia e exemplo de profissional comprometido com a justiça e os direitos humanos.

À minha orientadora, Professora Bethânia Assy, por me abrir as portas para o conhecimento de novos autores e perspectivas.

Ao Professor Diogo Malan, pela amizade e pelas valiosas indicações bibliográficas.

À Professora Luciana Boiteux, por toda ajuda e apoio na Faculdade Nacional de Direito, decisivos para que eu pudesse me dedicar à pesquisa e à escrita da Tese.

À Universidade Federal do Rio de Janeiro, pela autorização de afastamento de minhas atividades docentes e funções na Faculdade Nacional de Direito pelo período de cinco meses, que foram fundamentais para a dedicação integral à Tese em seus momentos finais.

À Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, pelo apoio institucional na prorrogação do prazo de defesa, sem o qual teria sido difícil chegar ao final deste trabalho.

Resumo

Barletta, Junya Rodrigues; Assy, Bethânia de Albuquerque. **A Prisão Provisória como Medida de Castigo e seus Parâmetros de Intolerabilidade à Luz dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, 2014. 435p. Tese de Doutorado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O trabalho tem como objetivo discutir o problema complexo que a prisão provisória representa no Brasil e no contexto da América Latina, como uma questão fundamental de direitos humanos. A prisão provisória está estreitamente relacionada ao fenômeno de encarceramento em massa que assola a região, à desfuncionalidade dos sistemas de justiça criminal e a um quadro de sistemáticas violações de direitos fundamentais de pessoas inocentes. Através da análise de dados empíricos, constatou-se que a prisão provisória representa uma das faces do fenômeno de encarceramento em massa presente no Brasil e que seu funcionamento aproxima-se da realidade da América Latina, onde tal medida é empregada de forma preferencial à pena aplicada ao final do processo. Realizou-se estudo sobre os limites da prisão provisória desenvolvidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), de forma a pautar a análise da reforma do sistema de cautelares pessoais brasileiro no plano dos direitos humanos. Concluiu-se que o novo sistema, fundado pela Lei 12.403/2011, não se conforma aos parâmetros do SIDH. Através de estudo sobre o controle de convencionalidade, também se concluiu que a cultura encarceradora no Brasil deve-se não somente à incompatibilidade histórica da legislação com os parâmetros em matéria de direitos humanos, mas também com a atuação dos órgãos da justiça criminal, pautada pelo desconhecimento e resistência ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Através da análise dos extensos e transcendentais impactos produzidos pela prisão provisória, foi possível ressignificá-la como uma pena e oferecer uma perspectiva de redimensionamento jurídico do castigo que ela representa. Por fim, procurou-se destacar um caminho para a futura abolição da prisão provisória, a partir de uma proposta deslegitimante de aperfeiçoamento contínuo de seus parâmetros de intolerabilidade.

Palavras-chave

Prisão provisória; direitos humanos; limites da prisão cautelar; parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Abstract

Barletta, Junya Rodrigues; Assy, Bethânia de Albuquerque (Advisor). **Pre-trial Detention as Punishment and its Unbearbleness in the Light of Human Rights**. Rio de Janeiro, 2014. 435p. Doctoral Thesis – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The paper aims to discuss the complex problem of pre-trial detention in Brazil and Latin America, fundamentally as a human rights issue. Pre-trial detention is intrinsically related to the mass imprisonment phenomenon that plagues the region, to the dysfunctionality of the criminal justice and to systematic violations of innocent's fundamental rights. Through the analysis of empirical data, this paper shows that pretrial detention is one the faces of the mass imprisonment in Brazil, resembling Latin America's reality, on which such measure is preferred to detention after criminal prosecution. This paper studies the limits to pre-trial detention developed by the Inter-American System of Human Rights, as guidance to reform the Brazilian Legal Precautionary System in light of human rights. The new system, established by Law 12.403/2011, does not comply with IASHR parameters. Through the study of conventionality control, this paper also shows that the imprisonment culture in Brazil is due not only to legislation's historical incompatibility with human rights but also to ignorance and resistance to international human rights laws. Through the analysis of the extensive and transcendent impacts of pre-trial detention, this paper reframes it as effective punishment and offers a perspective to its legal resizing. At last, it provides a path to the future abolition of pre-trial detention through the incremental recognition of its unbearbleness.

Keywords

Pre-trial detention; human rights; limits to preventive detention; provisions of Inter-American Human Rights System

Sumário

Introdução	12
1. Encarceramento em massa e prisão provisória excessiva: um contraponto entre a prisão como medida cautelar e sua realidade na América Latina e no Brasil	26
1.1 Considerações introdutórias sobre a prisão provisória como medida instrumental de natureza cautelar	27
1.1.1 A normatividade internacional sobre prisão cautelar	33
1.2 Panorama quantitativo da prisão provisória no mundo	39
1.3 A prisão provisória na América Latina	44
1.4 A prisão provisória como uma das faces do encarceramento em larga escala no Brasil	50
1.4.1 População nacional de presos provisórios e comparação com a população de presos cumprindo pena	51
1.4.2 População de presos provisórios por Estado	54
1.4.3 População em prisão provisória a partir da vigência da Lei 12.403/2011	56
1.4.4 Perfil aproximativo do preso provisório no Brasil	57
1.4.5 Conclusões parciais	59
2 Os contornos da prisão cautelar no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: bases para a rediscussão do instituto no Brasil à luz dos pronunciamentos e recomendações da Corte e da Comissão Interamericanas de Direitos Humanos	60
2.1 Introdução	60
2.2 A construção jurisprudencial dos limites e princípios orientadores da prisão provisória pela Corte Interamericana de Direitos Humanos	63
2.2.1 Caso <i>Gangaram Panday vs. Suriname</i> (1994)	63
2.2.2 Caso <i>Suárez Rosero vs. Equador</i> (1997)	65
2.2.3 Caso <i>Tibi vs. Equador</i> (2004)	71
2.2.4 Caso <i>Palamara Iribarne vs. Chile</i> (2005)	77
2.2.5 Caso <i>García Asto e Ramírez Rojas vs. Perú</i> (2005)	82
2.2.6 Caso <i>López Álvarez vs. Honduras</i> (2006)	88
2.2.7 Caso <i>Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador</i> (2007)	93

2.2.8 Caso <i>Bayarri vs. Argentina</i> (2008)	98
2.2.9 Caso <i>Barreto Leiva vs. Venezuela</i> (2009)	102
2.3 A prisão preventiva nos <i>informes</i> da Comissão Interamericana de Direitos Humanos	104
2.3.1 Informe nº 2/84 - Caso <i>Bosh e outros vs. Venezuela</i>	105
2.3.2 Informe nº 17/89 - Caso <i>Firmenich vs. Argentina</i>	106
2.3.3 Informe nº 12/96 - Caso <i>Giménez vs. Argentina</i>	108
2.3.4 Informe nº 2/97 - Caso <i>Bronstein e outros vs. Argentina</i>	112
2.3.5 <i>Informes</i> nº 35/07 e nº 86/09 - Caso <i>Peirano Basso vs. Uruguai</i>	116
2.4 Síntese do entendimento do Sistema Interamericano e considerações finais	126
 3 Controle de convencionalidade no contexto latino-americano: um novo paradigma jurídico centrado na força emancipatória dos direitos humanos	 144
3.1 Considerações introdutórias	144
3.2 Obrigatoriedade dos tratados internacionais de direitos humanos e controle de convencionalidade no marco do Sistema Interamericano de Direitos Humanos	147
3.3 O valor dos pronunciamentos interpretativos dos órgãos do Sistema Interamericano no âmbito do controle estatal de convencionalidade	155
3.3.1 O papel da Corte Interamericana no controle de convencionalidade internacional e interno e o caráter vinculante de sua jurisprudência para os Estados-partes na Convenção Americana	155
3.3.2 O valor dos relatórios finais da Comissão Interamericana para os Estados-partes e sua importância para o controle de convencionalidade interno	163
3.4 Controle de convencionalidade na América Latina: estudo comparado	170
3.4.1 Análise das variáveis por Estado	171
3.4.1.1 Argentina	171
3.4.1.2 Bolívia	178
3.4.1.3 Chile	179
3.4.1.4 Colômbia	181
3.4.1.5 Costa Rica	184
3.4.1.6 El Salvador	185
3.4.1.7 México	186
3.4.1.8 Peru	189

3.4.1.9 Venezuela	192
3.4.1.10 Brasil	195
3.4.2 Análise comparativa	208
3.5 Considerações finais e conclusões parciais do capítulo	212
4 Reformas e contra-reformas no regime da prisão cautelar brasileira: avanços, retrocessos e continuidades	218
4.1 Considerações introdutórias	218
4.2 Antecedentes do modelo político-jurídico do Código de Processo Penal de 1941	222
4.3 A prisão provisória no Código de Processo Penal de 1941	225
4.4 Evoluções e involuções legislativas anteriores à Constituição de 1988	230
4.5 A prisão provisória no novo modelo garantista de processo penal fundado pela Constituição de 1988: significado e alcances	233
4.6 O retrocesso legislativo após o advento da Constituição de 1988	243
4.6.1 Lei 7.960/1989 - a instituição da prisão temporária	244
4.6.2 O restabelecimento da prisão preventiva obrigatória no direito pátrio e as posteriores mudanças legislativas e jurisprudenciais	246
4.6.3 A insistência na prisão processual para recorrer	252
4.7 O reconhecimento constitucional do princípio da razoável duração do processo e as implicações jurisprudenciais relativas ao prazo razoável da prisão processual	253
4.8 As reformas parciais do Código de Processo Penal e as alterações legislativas relativas à prisão processual ocorridas em 2008	261
5 A prisão provisória no novo sistema de cautelares pessoais brasileiro introduzido pela reforma de 2011: uma análise à luz dos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos	268
5.1 Os limites da prisão provisória como medida cautelar no Código de Processo Penal a partir das modificações promovidas pela Lei 12.403/2011	272
5.1.1 Considerações fundamentais sobre as medidas cautelares diversas da prisão como ponto de partida para a discussão dos limites da prisão preventiva	273

5.1.2 Presunção de inocência e excepcionalidade da prisão cautelar: a prisão preventiva como medida cautelar subsidiária e seus fundamentos no novo sistema de cautelares pessoais brasileiro	285
5.1.3 Proporcionalidade e prazo razoável de duração da prisão cautelar	293
5.2 A posição de garantidor do juiz criminal e suas implicações nas decisões sobre prisão e demais medidas cautelares pessoais	301
5.2.1 A omissão legislativa da exigência de apresentação pessoal e imediata do preso ao juiz	302
5.2.2 A manutenção de mecanismo inquisitivo de decretação judicial <i>ex officio</i> da prisão e demais medidas cautelares pessoais	305
5.2.3 Contraditório na decretação de medidas cautelares pessoais	309
5.2.4 A omissão legislativa do dever judicial de reexame periódico dos limites da prisão preventiva	313
5.3 Considerações finais	315
6 Como se fora possível mensurar a extensão da dor: vulnerabilidade, exclusão social e impactos humanos, sociais e econômicos da prisão provisória	318
6.1 A realidade de violações de direitos humanos e a extensão dos impactos decorrentes da prisão provisória	320
6.1.1 Impactos da prisão provisória sobre o imputado e seus familiares	321
6.1.2 Impactos da prisão provisória sobre os direitos e garantias processuais do imputado	335
6.1.3 A extensão dos impactos sociais da prisão provisória e seus custos econômicos	344
6.2 Vulnerabilidade, exclusão e invisibilidade social do preso provisório	352
6.3 A resignificação da prisão provisória	372
6.3.1 A prisão provisória como medida quantitativa e qualitativa de pena	379
7 Conclusão	387
8 Referências bibliográficas	403

Lista de Tabelas e Figuras

Gráfico 1 - Evolução da população carcerária total por 100.000 habitantes	51
Gráfico 2 - Evolução da população de presos provisórios (sistema penitenciário e delegacias) por 100.000 habitantes	52
Gráfico 3 - Evolução da população de presos provisórios no sistema penitenciário, por 100.000 habitantes	53
Tabela 1 - População de presos provisórios e sua porcentagem na população carcerária de cada Estado da Federação	55

Introdução

É freqüente entre os juristas a afirmação de que a prisão provisória é um dos institutos mais polêmicos do Direito¹: sua legitimação consiste no maior problema ou dificuldade do Direito Processual Penal², assim como a tentativa de sua justificação externa ou meta-jurídica evidencia um confronto com a ideia de justiça³. Não obstante, esta modalidade de encarceramento subsiste nos ordenamentos jurídicos de todos os países do mundo – inclusive das nações com considerável grau de democraticidade – como uma necessária medida de intervenção no direito de liberdade daquele que ainda não foi considerado culpado pela prática de crime. Contemplada nas normas internas e internacionais, aonde coexiste com o princípio de presunção de inocência e um arcabouço de direitos fundamentais e garantias processuais do imputado, a prisão provisória representa hoje a forma mais grave de ingerência do poder estatal na liberdade individual.

No atual estágio de aperfeiçoamento teórico-científico alcançado pelas Ciências Penais, a prisão provisória é definida como uma medida processual, de natureza cautelar, que incide sobre o indivíduo a quem se imputa o cometimento de delito de especial gravidade, e que deverá ser autorizada pelo juiz, em caráter excepcional, de maneira fundamentada, quando for estritamente necessária para evitar um risco concreto à atividade persecutória do Estado ou ao resultado do processo penal, de maneira a não assumir funções punitivas. Neste sentido, a prisão provisória não deverá ser mais gravosa para o imputado do que a pena que se espera fixar em caso de posterior condenação, e, ademais, deverá ser autorizada

¹ SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003; BINDER, Alberto M. La intolerabilidad de la prisión preventiva. *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires, nº 128, 17-07-2011.

² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2005, pp. 551-561.

³ ARENAL, Concepción. *Estudios penitenciarios*. Madrid, 1877, p. 12; CARRARA, Francesco. Imoralidad de la prisión provisional. Trad. Manuel Quintanar. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, nº 67, 1999, pp. 7-10; VITALE, Gustavo L. *Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbarie*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, pp. 55-60; MARTINI, Florencia María. Principios de justicia y prisión preventiva. In: VITALE, Gustavo L.; GARCÍA, Gerardo Nicolás (compil.). *Abolicionismo de la prisión sin condena: Una corriente latinoamericana en el siglo XXI*. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, pp. 159-190; TINEO, Isabel Caballero de. Prisión preventiva: immoralidad del encarcelamiento preventivo. In: CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto; OBLIGADO, Daniel Horacio (coords.). *Garantías, Medidas Cautelares y Impugnaciones en el Proceso Penal*. Rosario: Editorial Jurídica Nova Tesis, 2005, pp. 511-527.

somente quando as demais medidas cautelares pessoais, previstas em lei, não forem adequadas e suficientes para fazer frente à necessidade acautelatória do processo. Por fim, a prisão cautelar deverá também ter uma duração razoável e estar submetida periodicamente a controle judicial quanto à sua necessidade, excepcionalidade e proporcionalidade.

Tal estágio de desenvolvimento dogmático da prisão cautelar foi alcançado durante os séculos XIX e XX, acompanhando o reconhecimento, no plano constitucional e internacional, de direitos e garantias fundamentais, que passaram a orientar a interpretação das normas do Direito Penal e Processual Penal como verdadeiros limites impostos à atuação do poder punitivo do Estado.⁴ Assim, com a consolidação do Estado de direito moderno, a dogmática jurídica passou a aprimorar os princípios liberais do século XIX, enquanto postulados jurídico-políticos limitadores da ingerência estatal sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade. O esforço empregado na legitimação jurídica da prisão provisória como um instrumento cautelar, a serviço do processo, e a concepção de seus princípios orientadores (judicialidade, excepcionalidade, subsidiariedade e proporcionalidade) tiveram como base o direito fundamental à liberdade do processado e o princípio político de presunção de inocência, insertos nas Cartas Políticas dos Estados.

Na segunda metade do século XX, o Direito Processual Penal, orientado pelos tratados internacionais de direitos humanos, avançou no desenvolvimento dos princípios de excepcionalidade e proporcionalidade da prisão cautelar. A discussão passou a girar em torno da importância da delimitação do prazo razoável da prisão preventiva e da imprescindibilidade de medidas cautelares pessoais menos invasivas à liberdade individual, como alternativas ao encarceramento. Assim, após a Segunda Guerra Mundial, vários tratados internacionais de direitos humanos consagraram o princípio da razoável duração do processo (ou direito fundamental do imputado a ser julgado sem dilações indevidas)⁵, o que estimulou o debate jurisprudencial no âmbito das Cortes

⁴ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos* (Tomo I). Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, pp. 367-368.

⁵ A preocupação mais intensa com o direito fundamental do imputado a ser julgado em prazo razoável, sem dilações indevidas, surgiu, após a Segunda Grande Guerra, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, artigo XXV, e, em seguida, na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais (1950), artigos 5.3 e 6.1; no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (de 1966, em vigor desde 1976), artigos

Internacionais de Direitos Humanos, e, posteriormente, na esfera dos Estados nacionais, sobretudo europeus. Ainda que a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e, posteriormente, da Corte Interamericana (Corte IDH), não tenha fixado expressamente uma obrigação dos Estados-partes de definir em sua legislação interna o prazo máximo da prisão preventiva e do processo penal, o debate culminou na regulamentação expressa e precisa de prazos-limite da prisão preventiva nos ordenamentos jurídicos da grande maioria dos Estados nacionais.⁶

É fundamental se considerar que a previsão nas legislações nacionais de prazos máximos de duração da prisão preventiva e de medidas cautelares diversas da prisão representa, ao mesmo tempo, um aperfeiçoamento ou aprofundamento do sistema garantista e uma *resposta política* à necessidade de se reduzir substancialmente as possibilidades do encarceramento a título cautelar. No século XX, as Ciências Penais foram se afastando do trabalho meramente especulativo e neutro realizado pela dogmática jurídica para, impulsionados pelo desenvolvimento de trabalhos empíricos, ingressarem no terreno da crítica dos institutos jurídicos vigentes, procurando indicar respostas para a racionalização do poder punitivo a partir da verificação do funcionamento real do sistema penal e de suas dificuldades.

Desde então, a prisão preventiva e as demais medidas de coerção pessoal tornaram-se um dos mais debatidos problemas de política criminal, tendo-se em vista a avaliação crítica de seu funcionamento na prática concreta, juntamente com outros temas, como a ineficácia da persecução penal e dos fins preventivos da pena privativa de liberdade *versus* o intenso processo de prisionização. Assim, o Direito Penal passa a problematizar a privação de liberdade como reação frente ao fato delituoso, e o Direito Processual Penal dá início ao questionamento da

9.3 e 13.3.c; e na Convenção Americana de Direitos Humanos (de 1968, em vigor desde 1978), artigos 7.5 e 8.1: PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, pp. 103 e 104.

⁶ Diversos países da Europa, como Espanha, França, Alemanha e Itália, deram início a um movimento para por fim à ausência de delimitação temporal do encarceramento durante o processo, regulamentando em seus Códigos de Processo Penal o prazo máximo da prisão preventiva: MAIER, Julio B. J. Limite temporal del encarcelamiento preventivo. *Antología: el proceso penal contemporáneo*. Lima: Palestra, 2008, p. 194. Da mesma forma, a grande maioria dos Estados americanos passou a prever expressamente prazos máximos de prisão preventiva: PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 443.

prisão provisória enquanto meio para evitar a frustração da atividade persecutória do Estado e dos fins do processo.⁷

Na América Latina, o debate em torno dos *presos sin condena*, notadamente através da Criminologia Crítica, foi estimulado por pesquisas empíricas conduzidas nos anos 80 por Eugênio Raúl Zaffaroni, Elías Carranza e outros autores⁸, que desnudaram a situação crítica dos sistemas penais da região, onde a porcentagem de presos provisórios superava amplamente o percentual de presos condenados.

A realidade endêmica da prisão provisória na América Latina passou a ser vista, primeiramente, como uma *grave disfunção da justiça penal*, influenciando fortemente o movimento de reforma judicial em vários países da região e o debate em torno da importância do processo penal acusatório, mediante júízo oral, público e contraditório.⁹ A prisão preventiva era utilizada de forma ampla e consistente com os princípios e lógicas que impunham os sistemas inquisitoriais vigentes na região. Assim, nos anos 90 e início dos anos 2000, iniciou-se na América Latina um processo de reforma processual penal que impactou, em intensidade e graus diferenciados, os distintos países do Continente. Este amplo processo de reforma contemplou uma mudança no regime legal da prisão provisória, com o objetivo de alterar a lógica de antecipação de pena, até então dominante, para uma lógica cautelar, agasalhada pela jurisprudência do Sistema Interamericano.¹⁰ Buscou também, na maioria das legislações, estabelecer limites temporais máximos à prisão preventiva, mediante procedimento complementar de revisão periódica da necessidade de sua manutenção, e prever medidas cautelares alternativas ao encarceramento.¹¹

⁷ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos* (Tomo I). Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, pp. 371-382.

⁸ CARRANZA, Elías; MORA, Luis Paulino; HOUED, Mario; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El preso sin condena en America Latina y el Caribe: estudio comparativo, estadístico y legal de treinta países, y propuestas para reducir el fenómeno*. ILANUD: San José, 1983. Posteriormente, Elías Carranza, como Diretor do ILANUD, deu continuidade aos monitoramentos e às análises empíricas sobre a prisão provisória na América Latina, conforme se destacará no capítulo 1.

⁹ BINDER, Alberto M. Del preso sin condena al condenado sin juicio: política procesal y abreviación del proceso. In: BINDER, Alberto M. *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, pp. 271 e 272.

¹⁰ DUCE J., Mauricio; FUENTES M., Claudio; RIEGO R., Cristián. La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva. In: RIEGO, Cristián; DUCE, Mauricio (Dir.). *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Pena en América Latina: Evaluación y Perspectivas* (vol. 1). Santiago, Chile: CEJA, 2009, p. 24.

¹¹ DUCE J., Mauricio; FUENTES M., Claudio; RIEGO R., Cristián. La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva. In: RIEGO, Cristián; DUCE,

Não obstante, passados vários anos e após diversas reformas legislativas, a situação da prisão provisória na América Latina não foi de fato revertida. Ainda que, nos primeiros anos, as reformas processuais na região tenham produzido um impacto aparentemente positivo, com diminuição do uso da prisão preventiva, os resultados em médio prazo mostraram-se bastante heterogêneos: alguns países, sobretudo aqueles cuja reforma se deu nos anos 90 do século passado, consolidaram um fenômeno de redução da porcentagem e do número de presos provisórios por cada 100.000 habitantes, ao passo que, na maioria dos demais Estados atravessados por reformas, o impacto positivo dos primeiros anos manteve-se estático no tempo.¹² Além disso, a maioria dos países não foi capaz de estabelecer mecanismos e políticas importantes de controle da prisão provisória, como a oralidade nas etapas prévias do processo, mediante audiência para autorização da prisão e demais medidas cautelares, e o fortalecimento do trabalho das Defensorias Públicas, para um exercício mais eficiente do direito de defesa.¹³

Por outro lado, paralelamente ao processo de reforma, ocorreram e ainda se produzem na região contra-reformas políticas e legislativas, que vem dando causa a um retrocesso no tratamento normativo das medidas cautelares pessoais.¹⁴ Vários sistemas processuais voltaram a contemplar modalidades de prisão processual obrigatória, fundadas somente na gravidade do delito; a autorizar a prisão preventiva com fins preventivos atribuídos à pena, como evitar a reiteração delituosa; e a prever prazos extremamente longos e, portanto, irrazoáveis de

Mauricio (Dir.). *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Pena en América Latina: Evaluación y Perspectivas* (vol. 1). Santiago, Chile: CEJA, 2009, pp. 33-37.

¹² Consoante análise realizada em 2008 por pesquisadores do *Centro de Estudios de Justicia de las Américas* (CEJA), os Estados de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Venezuela e a Província de Buenos Aires (Argentina) consolidaram o fenômeno de redução de presos provisórios, verificado nos primeiros anos de reforma. Por outro lado, Bolívia, Honduras, Chile, Colômbia, Equador, Nicarágua, República Dominicana e Paraguai não deram continuidade ao impacto positivo de racionalização ocorrido nos primeiros dois a três anos: DUCE J., Mauricio; FUENTES M., Claudio; RIEGO R., Cristián. La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva. In: RIEGO, Cristián; DUCE, Mauricio (Dir.). *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Pena en América Latina: Evaluación y Perspectivas* (vol. 1). Santiago, Chile: CEJA, 2009.

¹³ DUCE J., Mauricio; FUENTES M., Claudio; RIEGO R., Cristián. Op.cit. pp. 69-71.

¹⁴ CIDH. *Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en Las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc 46/13, 30 de dezembro de 2013. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/tematicos.asp>, acesso em 10-01-2012, pp. 34-45; MAUREIRA, Régimen de prisión preventiva en América Latina: la pena anticipada, la lógica cautelar y la contrarreforma. *Sistemas Judiciales: Una perspectiva integral sobre la administración de justicia - Prisión Preventiva*, CEJA, ano 7, nº 14, 2010, pp. 37-45.

duração do encarceramento.¹⁵ Outra questão, que permeia o emprego abusivo da prisão preventiva em todos os países latino-americanos, é a necessidade de se conferir eficácia às medidas cautelares, mediante políticas que favoreçam o seu uso e de mecanismos que as controlem.¹⁶ As pressões políticas e midiáticas, que ameaçam a independência judicial nas decisões sobre prisão preventiva e demais medidas que incidem sobre a liberdade do imputado, também consistem em outro ponto relevante, denunciado por organizações da sociedade civil e de defesa dos direitos humanos na região.¹⁷

O uso desmedido da prisão preventiva ainda está presente na maioria absoluta dos Estados latino-americanos, como uma das principais causas da superlotação carcerária e do quadro de sistemáticas violações dos direitos fundamentais dos presos. E este fenômeno não se deve apenas às involuções legislativas citadas, mas, sobretudo, às práticas que permeiam o emprego preferencial da prisão provisória na região. Verifica-se, com especial destaque para a situação concreta dos Estados latino-americanos, uma profunda distância, um verdadeiro abismo entre o *ser* e o *dever ser* no âmbito jurídico-penal.¹⁸ Este divórcio é flagrante no uso da prisão preventiva. Assim, ainda que se tenha alcançado, no plano legal e dogmático, um aperfeiçoamento do instituto enquanto medida cautelar excepcional, sobretudo a partir dos influxos da jurisprudência do Sistema Interamericano, a prisão provisória, na prática, desvirtua suas declaradas funções, afetando profundamente o funcionamento dos sistemas penais e os direitos fundamentais dos imputados.

¹⁵ LORENZO, Leticia; RIEGO, Cristián; DUCE, Mauricio (Coord.). *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas* (vol. 2). Santiago, Chile: CEJA, 2011.

¹⁶ SOLÍS, Javier Carrasco. Servicios de evaluación de riesgos y supervisión: mecanismos para el manejo de las medidas cautelares. *Sistemas Judiciales: Una perspectiva integral sobre la administración de justicia - Prisión Preventiva*, CEJA, ano 7, nº 14, 2010, pp. 12-18; Fundación Paz Ciudadana. *El sistema de medidas cautelares en Chile: análisis de su funcionamiento entre 2005 y 2010*, Chile, junho de 2011; SCHÖNTEICH, Martín; TOMASINI-JOSHI, Denise (coords.). *Programa de Medidas Cautelares: Experiencias para equilibrar presunción de inocencia y seguridad ciudadana*. México: Open Society, 2010.

¹⁷ PÁSARA, Luis. La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial: Análisis comparativo. Due Process of Law Foundation (DPLF). *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada: Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*, Washington, 2013, pp. 5-28; CIDH. *Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en Las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc 46/13, 30 de dezembro de 2013, pp. 46-53.

¹⁸ GUSIS, Gabriela L.; VEGA, Pablo D. El encarcelamiento en América Latina: perspectivas y propuestas. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.); VACANI, Pablo Andrés. *La Medida del Castigo: el deber de compensación por penas ilegales*. Buenos Aires: Ediar, 2012, pp. 53-55.

Julio B. J. Maier reconhece, tendo em vista o panorama atual da prisão preventiva, sobretudo na América Latina, que a prisão processual tornou-se um tema *perigoso para o Estado democrático de direito*.¹⁹ O autor aponta que o problema da prisão preventiva agravou-se desde vários pontos de vista: (i) teórico-científico e legislativo, porque se passou a conceber a prisão processual como ferramenta preventiva, sem qualquer pudor, desvirtuando sua natureza e fins processuais; (ii) prático-empírico, porque o problema se intensificou a ponto de distorcer as funções de instituições estatais como a Polícia e suas delegacias, transformadas em penitenciárias; e (iii) político, porque a defesa da prisão preventiva como medida excepcional é posição socialmente minoritária.²⁰

Em verdade, a prisão provisória deve ser vista, nos dias atuais, como um problema complexo, de múltiplas dimensões.²¹ Ela não está apenas associada à hiperinflação carcerária, mas consiste em um problema *em si*, que afeta, de forma dolorosa, os direitos humanos. Consoante Alberto Binder, a prisão preventiva é, em vários sentidos, *"a instituição maldita do direito processual"*.²² Primeiramente, porque, grande parte das construções teóricas e normativas que sustentam o processo penal moderno, garantista e democrático, colidem bruscamente com a realidade massiva do encarceramento durante o processo, fenômeno que representa a negação dos princípios que orientam o instituto. Em segundo lugar, a prisão preventiva consiste em eterna problemática, porque ainda não se encontrou uma política constante para a sua racionalização e redução e nunca se sabe quando se está na iminência de um novo período de expansão do encarceramento. Com efeito, a política reducionista do encarceramento processual, através do fortalecimento dos limites constitucionais e convencionais, é constantemente atravessada por outros períodos de adoção de políticas de expansão. Em terceiro lugar, porque ainda não foi possível se chegar à adequada definição teórica de uma medida, uma prática e um sistema que resistem a uma explicação baseada em conceitos tradicionais. E, por fim, porque a prisão

¹⁹ MAIER, Julio B. J. La privación de la libertad durante el procedimiento penal: El encarcelamiento preventivo hoy. In: ANITUA, Gabriel Ignacio; TEDESCO, Ignacio F (Comp.). *La cultura penal: homenaje al professor Edmundo S. Hendler*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 399.

²⁰ Ibid.

²¹ SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 23-28.

²² BINDER, Alberto M. La intolerabilidad de la prisión preventiva. *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires, nº 128, 17-07-2011.

preventiva é a grande ferramenta da seletividade que empurra os setores mais carentes da sociedade a um confinamento cada vez mais próximo das penas cruéis e infamantes. Por todos estes motivos, quem diga que a prisão preventiva consiste em puro instrumento de cautela, estará fechando os olhos diante da mais clara das realidades.²³

Entende-se que, dentre as diversas perspectivas de análise que a prisão provisória comporta, ela deverá ser encarada, nos dias de hoje, a partir de seu funcionamento real como exercício de poder punitivo e como *uma questão fundamental de direitos humanos*. Cumpre atualmente à política criminal a tarefa de dar seguimento ao trabalho, iniciado no século passado, de crítica aos institutos jurídicos vigentes, para propor sua modificação, substituição ou erradicação a partir dos resultados concretos que estes têm produzido na vida real. Esta avaliação crítica do funcionamento dos sistemas penais concretos e a discussão em torno das políticas públicas a serem adotadas para o seu melhoramento deverão pautar-se fundamentalmente na perspectiva dos direitos humanos. Em outras palavras, o adequado funcionamento do sistema penal, de acordo com as premissas do Estado de Direito, é aquele que preserva e aperfeiçoa, em sua prática cotidiana, os direitos fundamentais dos imputados. Isso implica um compromisso do processo penal, o que significa, em outras palavras, que *cada problema suscitado e cada solução proposta deverão ser consideradas e avaliadas, tanto no plano legislativo quanto no plano judicial, através da lupa dos direitos humanos*.²⁴

Não é por outro motivo que os desafios que se apresentam para o processo penal no século XXI (e que estão na pauta de discussão da doutrina estrangeira), situam-se no plano da eficácia ou ineficácia dos sistemas garantistas das Constituições e dos tratados internacionais de direitos humanos.²⁵ Assim, o questionamento crítico de institutos e práticas que afetam drasticamente a

²³ BINDER, Alberto M. La intolerabilidad de la prisión preventiva. *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires, nº 128, 17-07-2011; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 113; GARCÍA, Gerardo Nicolás. La prisión preventiva es una pena. In: VITALE, Gustavo L.; GARCÍA, Gerardo Nicolás (compils.). *Abolicionismo de la prisión sin condena: una corriente latinoamericana en siglo XXI*. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 37.

²⁴ MAIER, Julio B. J. ¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de derecho? *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?*, Buenos Aires, n. 1, 2000, pp. 280-281.

²⁵ LOPES JR., Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. *Boletim IBCCrim*, ano 21, nº 251, out./2013, p. 5.

dignidade das pessoas, como a prisão preventiva, é uma necessidade política e razão de ser das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, que passam a exigir uma reconfiguração da noção de soberania, cunhada em outros tempos e para outros fins.²⁶

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) tem reconhecido incisivamente que a antecipação de pena que representa a prisão preventiva, sobretudo quando se prolonga no tempo, consiste no mais grave problema dos sistemas de justiça penal nos Estados americanos.²⁷ A partir deste reconhecimento, os órgãos do SIDH construíram uma substancial jurisprudência sobre o tema, que deverá pautar o tratamento legislativo da prisão preventiva e as práticas de todos os atores dos sistemas penais nos Estados americanos.

No Brasil, o debate jurídico sobre a prisão provisória girou, durante longo período de tempo, em torno de sua definição dogmática como medida processual, de natureza cautelar, sobretudo após o advento da Constituição de 1988, que inseriu uma indeclinável pauta principiológica e garantista às discussões travadas na doutrina e na jurisprudência acerca da instrumentalidade e excepcionalidade do instituto. Ainda que de forma lenta e paulatina, o Brasil avançou consideravelmente no debate sobre a técnica da cautelaridade para a definição da fundamentação e dos pressupostos legítimos da prisão provisória, à luz do direito de liberdade e do princípio de presunção de inocência, e no desenvolvimento de outros princípios norteadores da privação de liberdade a título cautelar.

Não obstante, diversamente de outros Estados latino-americanos, o debate em torno dos parâmetros ou limites da prisão provisória no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tanto no plano teórico-dogmático quanto no plano prático e jurisprudencial, ainda é incipiente no Brasil. Há no país uma grave deficiência neste sentido, que muitas vezes caracteriza-se como desconhecimento ou velado desinteresse sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e sobre o funcionamento e a jurisprudência do SIDH por parte dos atores do sistema de justiça criminal e também da academia. Assim, o Brasil ainda não avançou no

²⁶ PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 125.

²⁷ Voto do Juiz Sergio García Ramírez na decisão do Caso Tibi vs. Equador: Corte IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, p. 18.

desenvolvimento dos parâmetros da prisão provisória, traçados pelo SIDH, e que deverão nortear a interpretação e aplicação da medida e dos princípios que a orientam e limitam.

Por outro lado, o Brasil, ainda que de forma tardia em comparação com outros países da América Latina, vive neste momento um profundo repensar dos institutos e categorias do Direito Processual Penal, carreado pelas mudanças legislativas recentes, dentre elas, do sistema de medidas cautelares pessoais, ocorrida em 2011, e pelas discussões a respeito de novas mudanças que poderão ser incorporadas com a futura aprovação do Projeto de novo Código de Processo Penal brasileiro, em tramitação no Congresso Nacional (PLS 156/09).

Em 2008, a problemática da prisão preventiva atingiu seu cume no Brasil, devido à publicidade que se passou finalmente a dar ao número abusivo de presos provisórios custodiados no sistema carcerário brasileiro, através de dados oficiais disponibilizados pelo Ministério da Justiça. Com efeito, as informações oficiais mostram que, de 2003 a 2012, a porcentagem anual de presos provisórios no país, em relação ao total de presos no sistema carcerário (sistema penitenciário nacional e delegacias de polícia), nunca esteve abaixo de 42%, o que, em outras palavras, mostra que a prisão provisória corresponde a quase metade das pessoas encarceradas no Brasil.

Pressionado pelo número excessivo de presos provisórios no país e pelas exigências internacionais, o Legislativo aprovou, em 2011, projeto de reforma parcial do Código de Processo Penal, que, em trâmite desde 2001, propunha alterações relevantes no sistema de cautelares pessoais. Com a reforma, o sistema processual penal pátrio finalmente alinhou-se à política criminal recomendada pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, passando a prever um sistema multifacetado de medidas cautelares alternativas à prisão processual, dentre outras modificações substanciais.

Entende-se que, no contexto nacional e latino-americano descritos, tornou-se fundamental nos dias de hoje indagar e investigar a problemática da prisão preventiva no Brasil, a partir de seu funcionamento real, *no plano dos direitos humanos*. Tendo-se em vista a porcentagem de presos provisórios no país e sua expansão, as modificações legislativas recentes no sistema pátrio, o rico substrato jurisprudencial desenvolvido pelo Sistema Interamericano sobre os parâmetros da prisão preventiva, e as discussões travadas recentemente sobre o

tema pelo pensamento crítico na América Latina, entende-se que a problemática da prisão cautelar adquiriu novo fôlego, suscitando novos questionamentos.²⁸

Primeiramente, entende-se ser essencial examinar os dados oficiais disponíveis do Ministério da Justiça relativos à prisão provisória, como ponto de partida para se discutir o significado e as implicações de uma possível atuação preferencial do sistema penal brasileiro através das prisões decretadas antes da condenação definitiva. Entende-se que, somente a partir desta análise, é possível rever criticamente a prisão provisória em sua dimensão punitiva, tendo como contexto a realidade da prisão provisória na América Latina. Assim, no **capítulo 1**, realizou-se uma análise das informações e dados disponibilizados pelo Ministério da Justiça sobre presos provisórios custodiados no sistema prisional brasileiro, buscando uma primeira avaliação da realidade da prisão provisória no país, a partir de seu contraste com a legislação vigente e com o tratamento dogmático que ela recebe tradicionalmente como medida cautelar. Esta análise crítica da prisão provisória, fundada em elementos empíricos, será retomada no último capítulo.

Entende-se ainda ser fundamental analisar as recentes modificações legislativas que o Código de Processo Penal brasileiro sofreu no período de três anos, sobretudo a efetuada em 2011 no sistema de cautelares pessoais, bem como sua realidade de aplicação prática, de maneira a identificar avanços e retrocessos em matéria de proteção dos direitos humanos dos imputados presos. Entende-se que, para tanto, é essencial avaliar se tais alterações legislativas conformam-se aos parâmetros do Sistema Interamericano em matéria de prisão cautelar. Com este objetivo, buscou-se realizar, no **capítulo 2**, um estudo aprofundado da jurisprudência consolidada do Sistema Interamericano a respeito do tema. Analisou-se quatorze casos contenciosos paradigmáticos examinados pela Corte

²⁸ Consoante Geraldo Prado, a análise da legislação que modificou o sistema cautelar brasileiro deverá necessariamente ser norteada por um conjunto de sinais que não podem mais ser ignorados: o número de presos provisórios em permanente expansão no Brasil e na América Latina, a evidente filiação penal da prisão preventiva, e os parâmetros a ela delimitados pelos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; PRADO, Geraldo; BADARÓ, Gustavo Henrique; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; FERNANDES, Og. *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas. Comentários à lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 103.

Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Assim, ao final deste capítulo, realizou-se uma sistematização do entendimento mais atual do SIDH a respeito dos limites da prisão provisória como medida cautelar, consistente em material fundamental e inovador para o debate nos demais capítulos.

No **capítulo 3**, como desdobramento necessário dos questionamentos suscitados a respeito da atuação dos atores do sistema de justiça criminal no tocante ao emprego da prisão provisória, teceu-se discussão a respeito da obrigatoriedade dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, sobre a força e o valor dos pronunciamentos interpretativos dos órgãos do SIDH e também sobre o necessário controle de convencionalidade que deverá permear a elaboração e interpretação das leis e demais atos dos agentes estatais. Trata-se de tema atual, intensamente discutido por constitucionalistas e internacionalistas, sobretudo na América Latina, mas ainda inexplorado no Brasil no âmbito penal e processual penal. Entende-se que as questões discutidas são capazes de deitar novas luzes sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro, no tocante à interpretação e aplicação da prisão provisória. Ainda neste capítulo, realizou-se estudo comparado sobre o controle de convencionalidade em alguns países latino-americanos, de maneira a fazer uma avaliação comparativa com a realidade brasileira.

No **capítulo 4**, retoma-se a análise jurídica da prisão provisória no Brasil, apenas esboçada no capítulo 1. O objetivo é tecer uma avaliação do tratamento jurídico que a prisão provisória recebeu no Brasil ao longo do tempo, identificando avanços, continuidades e retrocessos à luz dos parâmetros do Estado de direito ou da tutela dos direitos fundamentais do imputado preso, até se chegar às reformas legislativas mais recentes, ocorridas em 2008 e 2011. Trata-se de um itinerário necessário para, enfim, adentrar-se na análise da Lei nº 12.403/2011, que modificou o sistema de cautelares pessoais brasileiro. Procurou-se analisar as reformas e contra-reformas legislativas não apenas do ponto de vista dogmático, mas também histórico e político, tendo-se em vista ainda a sua aplicação prática.

No **capítulo 5**, analisou-se finalmente a reforma do sistema de cautelares pessoais brasileiro, à luz dos parâmetros em matéria de direitos humanos discutidos nos capítulos anteriores, em especial no capítulo 2. Não se pretendeu com este capítulo examinar detidamente todas as alterações legislativas carreadas

pela Lei 12.403/2011 ao sistema pátrio, e sim analisar as mudanças fundamentais realizadas no tratamento da prisão provisória, tendo como objetivo verificar se de fato ocorreu uma mudança paradigmática do modelo brasileiro, de maneira a finalmente assentar a prisão preventiva como medida excepcional e subsidiária em relação às demais medidas cautelares pessoais, e a prever mecanismos concretos e efetivos para seu controle. Esta análise teve como norte os parâmetros traçados na jurisprudência do Sistema Interamericano, buscando-se, assim, realizar um controle de convencionalidade da legislação brasileira no tocante à prisão provisória. Da mesma forma, buscou-se analisar comparativamente algumas propostas de alterações contidas no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (PLS 156/09) relativas às medidas cautelares pessoais.

Por fim, no **capítulo 6**, retomou-se a discussão da prisão provisória a partir de seu funcionamento real, procurando-se sublinhar seus impactos humanos, sociais e econômicos, com foco central na realidade da América Latina e, mais especificamente, do Brasil. Assim, redimensionando a prisão decretada antes da condenação como exercício de poder punitivo, buscou-se mostrar a extensão e a transcendência dos efeitos dolorosos por ela produzidos no imputado, em suas famílias, comunidades e Estados, e também identificar os grupos vulneráveis que ela atinge. A partir da descrição destes impactos, procurou-se ressignificar a prisão provisória como pena, questionando os mitos que a envolvem, e oferecer uma perspectiva de redimensionamento jurídico do castigo que ela representa, em seus aspectos quantitativo e qualitativo. Ao final, procurou-se destacar um caminho para a futura abolição da prisão provisória, a partir de uma proposta deslegitimante de aperfeiçoamento contínuo de seus parâmetros de intolerabilidade.

Encarceramento em massa e prisão provisória excessiva: um contraponto entre a prisão como medida cautelar e sua realidade na América Latina e no Brasil

Para os fins pretendidos neste capítulo, é necessário traçar, de maneira introdutória, os primeiros delineamentos do tratamento jurídico-processual da prisão provisória no Brasil, de forma a expor a sua definição dogmática tradicional, para, em seguida, inseri-la no fenômeno social do encarceramento em massa existente no país, contrapondo a teoria à prática. A normatividade internacional correlata também será objeto de exposição preliminar. O objetivo é confrontar a prisão provisória como medida cautelar excepcional com a realidade de sua aplicação, através da análise de dados empíricos sobre o sistema carcerário brasileiro. Entende-se que este é o ponto de partida para a investigação do problema complexo que esta modalidade de prisão assume nos dias de hoje no Brasil.

Inicialmente, se buscará mostrar, através de um panorama global, que o uso frequente da prisão provisória também ocorre em diversos outros países, em todos os continentes, e, com maior intensidade, em Estados africanos e latino-americanos. O objetivo não é um aprofundamento maior da realidade da prisão provisória ao redor do mundo, e sim de contextualizar, de forma ampla, uma problemática que aflige com maior vigor e determinadas especificidades, os países latino-americanos. Assim, se buscará mostrar a dimensão ou proporção da prisão provisória na América Latina e o que isso *a priori* significa para os sistemas penais da região. Em seguida, serão analisados os dados sobre o sistema carcerário brasileiro, de maneira a situar a prisão provisória no fenômeno encarcerador que assola o país e a América Latina.

Nos capítulos seguintes, a análise processual da prisão provisória será retomada, sobretudo no capítulo onde será realizado estudo das mudanças empreendidas no sistema de cautelares pessoais brasileiro pela recente Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, à luz dos *standards* do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

1.1

Considerações introdutórias sobre a prisão provisória como medida instrumental de natureza cautelar

No Brasil, o termo prisão provisória abrange toda e qualquer forma de privação de liberdade imposta em face de flagrante delito, ou decretada pelo juiz no decorrer da investigação criminal ou do processo penal, antes da sentença penal definitiva de mérito. Como medida coativa que incide sobre o imputado ou acusado da prática de infração penal, que ostenta o *status* jurídico de inocente, a prisão provisória contrapõe-se juridicamente à prisão como pena, decorrente de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, imposta após o decurso do devido processo.

O Código de Processo Penal brasileiro, em sua configuração atual, elenca três modalidades ou espécies de prisão provisória: a prisão em flagrante, a prisão temporária, e a prisão preventiva.²⁹ Pode-se dizer, em caráter preliminar, que a prisão temporária, regulamentada pela Lei 7.960/1989, consiste em espécie de prisão provisória passível de decretação apenas na fase investigativa, ao contrário da prisão preventiva, modalidade de prisão provisória mais frequente, que poderá ser decretada tanto na fase de investigação policial quanto na etapa processual propriamente dita. Por sua vez, a prisão em flagrante consiste na única modalidade de prisão provisória em que se dispensa a ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, e justamente por sua precariedade, deverá ser objeto de um controle judicial posterior.

A prisão provisória insere-se tradicionalmente no Direito Processual Penal brasileiro, com se dá em geral também em outros sistemas legais, como uma medida instrumental de natureza cautelar³⁰, que tem como objetivo assegurar

²⁹ O artigo 283, *caput*, do Código de Processo Penal Brasileiro, com redação determinada pela Lei n. 12.403/2011, aponta as modalidades de prisão autorizadas pelo direito pátrio em face da ocorrência de uma infração penal: (i) a prisão em flagrante; (ii) a prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado (pena privativa de liberdade); (iii) a prisão temporária, decretada no curso da investigação; e (iv) a prisão preventiva, decretada no decorrer da investigação policial ou do processo.

³⁰ Pode-se dizer que a prisão temporária e a prisão preventiva são medidas propriamente cautelares, destinadas a assegurar o processo ou seu resultado final, sendo necessário, no entanto, uma diferenciação importante com relação à prisão em flagrante, que, em verdade, configura-se como uma medida pré-cautelar. O estado de flagrância delitiva gera uma obrigação para os órgãos públicos e a faculdade para os particulares de efetuar a prisão, sem a necessidade de mandado judicial. Assim, a prisão em flagrante configura-se como uma medida precária, uma mera detenção, que deverá, consoante artigo 306 do CPP, ser submetida ao controle judicial no prazo de 24 horas, para que o juiz decida se é caso de relaxamento da prisão em flagrante ilegal, ou de

o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade jurisdicional. Para o tratamento da prisão provisória como medida cautelar, a doutrina brasileira costuma valer-se dos ensinamentos da teoria geral do processo, que enfatiza a instrumentalidade do provimento acautelatório. Possuindo o processo uma função instrumental em relação ao direito material³¹, o provimento cautelar, por sua vez, assume juridicamente a instrumentalidade qualificada de tutelar o processo e a eficácia de um futuro provimento definitivo.³² Logo, para a teoria geral do processo, enquanto o conhecimento e a execução são formas de tutela jurisdicional imediata ou satisfativa, as providências cautelares consistem em modalidades de tutela mediata³³: são instrumentos pelos quais é possível obter-se a antecipação dos efeitos da futura decisão definitiva, de forma a garantir justamente que esta mesma decisão definitiva possa ser alcançada de maneira eficaz.³⁴

O entendimento em geral dos processualistas é de que a cautelaridade, como técnica de superação dos riscos inerentes à dinâmica processual, tem inteira

conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ou decretação de medida(s) cautelar(es) diversa(s) da prisão, ou ainda de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (artigo 310, CPP). Assim, a prisão em flagrante não é uma medida cautelar, porque não se dirige a garantir o processo ou o seu resultado final, e sim pré-cautelar, pois destina-se apenas a colocar o detido à disposição do juiz para que este possa efetuar o controle de legalidade da detenção e, se for o caso, decidir sobre a adoção de uma verdadeira medida cautelar pessoal: LOPES JR., Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas: Lei 12403/2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 29 e 30.

³¹ Enfatiza-se aqui a perspectiva jurídica do processo, ou seja, a sua instrumentalidade em relação ao direito material. Sob este prisma de análise interna, o processo é o instrumento através do qual a jurisdição realiza o escopo jurídico de aplicação das normas de direito substancial. Ressalte-se, no entanto, que a jurisdição, sob um fundamental ângulo de visão externo, possui também um escopo mais amplo, que é a realização efetiva dos valores ou opções axiológicas do Estado. A instrumentalidade do processo, neste sentido amplo, invoca a necessidade de se desmistificar as regras e formas do processo, que deverão ter "sua dignidade e o seu valor dimensionados pela capacidade, que tenham, de propiciar a pacificação social, educar para o exercício e o respeito aos direitos, garantir as liberdades e servir de canal para a participação democrática": DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 11 e 442.

³² De acordo com a lição consagrada de Calamandrei, o provimento cautelar apresenta uma instrumentalidade qualificada (elevada ou ao quadrado), pois consiste num meio para assegurar o melhor resultado do provimento definitivo, que, por sua vez, é meio para a atuação do direito material, de forma então que os provimentos cautelares são, em relação à finalidade última da atividade jurisdicional, instrumentos do instrumento, ou seja, instrumentos do processo principal: CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Trad. Carla Roberta Andrea Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 42. Neste sentido, seguindo a orientação de Calamandrei, DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

³³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 301.

³⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 53.

aplicação ao processo penal, ainda que com a advertência de que as medidas cautelares penais, afetando o direito de liberdade e a dignidade do imputado, deverão ter uma aplicação bem mais restrita do que no processo civil, inclusive vedando-se, no processo penal, o poder geral de cautela do juiz, que deverá cingir-se às medidas cautelares previstas em lei, não podendo decretar medidas cautelares penais inominadas.³⁵

Importante destacar que as medidas cautelares penais, de acordo com a técnica processual esboçada no parágrafo anterior, configuram uma tutela instrumental do processo penal enquanto atividade jurisdicional persecutória, direcionada ao objetivo de apuração eficaz das infrações penais e de sua autoria. Fica claro que a prisão, como tutela cautelar, encarna um ideal de eficiência repressiva oposto ao ideal de garantia que também deverá nortear o processo penal, consubstanciando assim o conflito mais agudo entre os interesses de tutela do direito à liberdade individual e de eficácia na repressão dos delitos.³⁶

A doutrina processual penal brasileira mais avançada, através de uma revisão teórica dos clássicos requisitos da tutela cautelar definidos pela teoria geral do processo (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), aponta a necessidade da presença de *fumus commissi delicti* e de *periculum libertatis* para que a prisão, como medida cautelar, possa ser decretada.³⁷

³⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 56-57. No mesmo sentido, ressaltando que o juiz não deverá também decretar, com base neste pretenso poder geral de cautela, medidas cautelares nominadas *ex officio*: PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 181-182.

³⁶ BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 21.

³⁷ A teoria geral do processo aponta como requisitos do processo cautelar o *fumus boni iuris* (razoável probabilidade de existência do direito material que se pretende acautelar), e o *periculum in mora* (perigo, grave e fundado em fatos concretos, de insatisfação do direito em face da demora na prestação jurisdicional definitiva). Em razão das particularidades do Direito Processual Penal, não é possível se estender simplesmente ao processo penal tais categorias jurídicas que foram definidas pela teoria geral do processo para o processo civil, sobretudo no tratamento da prisão provisória, onde a cautela recai sobre a liberdade do imputado. A tutela cautelar no processo penal há de ser ainda mais limitada do que no processo civil pois a restrição à cognição mais aprofundada, típica dos provimentos cautelares, sacrifica, no âmbito das medidas cautelares pessoais, o direito fundamental à liberdade. Assim, não é correto se afirmar que para a decretação de prisão de natureza cautelar é necessário que esteja presente o *fumus boni iuris*, como probabilidade de existência do direito alegado, pois, em matéria penal, tal probabilidade diz respeito à ocorrência de um ilícito penal (*fumus commissi delicti*), antítese do direito. Da mesma forma, não é correto se afirmar a necessidade de *periculum in mora*, como risco da demora da prestação jurisdicional definitiva, pois no emprego de prisão cautelar, o perigo não diz respeito diretamente ao fator tempo, e sim à conduta do imputado em liberdade durante o processo ou inquérito (*periculum libertatis*): LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 193-196.

O *fumus commissi delicti*, como requisito da prisão cautelar, consiste na probabilidade, verificada objetivamente no caso concreto, de o imputado ter praticado o ilícito penal. De acordo com o Código de Processo Penal Brasileiro, artigo 312, *caput, in fine*, estará configurado o *fumus commissi delicti* quando há "prova da existência do crime e indício suficiente de autoria". Por sua vez, o *periculum libertatis* estará presente quando a conduta do imputado em liberdade oferecer, no caso concreto, perigo ao regular desenvolvimento do processo ou de frustração da pretensão punitiva, evidenciando-se a necessidade da prisão como cautela. Assim, a prisão cautelar justifica-se quando esteja presente um fundado risco de o indiciado ou acusado fugir, frustrando a futura aplicação da pena, ou de destruir provas ou ameaçar testemunhas, causando prejuízo à regular instrução do processo.

O *periculum libertatis*, nas duas hipóteses citadas – risco de fuga e risco de destruição ou manipulação das provas pelo imputado em liberdade – está diretamente relacionado com a natureza cautelar-instrumental da medida, uma vez que consiste em fundamentação coerente com as declaradas necessidades de acautelamento do processo e de seus resultados. Verifica-se que o *periculum libertatis* é mais do que requisito para a decretação da prisão provisória; ele é, em verdade, o grande fator de sua legitimação como medida cautelar. A justificativa para o encarceramento do indiciado ou do acusado antes de sua condenação definitiva centra-se, portanto, na necessidade utilitária da tutela cautelar do processo para a eficácia da pretensão punitiva.

A doutrina majoritária, tendo como base a definição da prisão provisória como medida cautelar, entende que não há incompatibilidade entre a privação de liberdade durante o processo e o postulado de presunção de inocência, princípio político orientador do processo penal nos ordenamentos jurídicos das nações democráticas. Para o direito positivo, a doutrina processual majoritária e a jurisprudência, a utilização da prisão como instrumento para se acautelar o processo e a atividade jurisdicional afasta, em tese, o seu caráter de pena: ela é apenas um *meio* ou instrumento cautelar, que deverá ser utilizado excepcionalmente, pois a regra, coerente com o arcabouço garantista fundado pela Constituição, orientado pelo princípio de presunção de inocência, é que o imputado permaneça em liberdade até que se firme um juízo definitivo sobre a sua culpabilidade.

O artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro autoriza a decretação da prisão preventiva "por conveniência da instrução criminal" e "para assegurar a aplicação da lei penal", que dizem respeito aos apontados riscos de manipulação ou destruição de provas e de fuga do imputado. No entanto, estas não são as únicas hipóteses legais de fundamentação da prisão cautelar possíveis de acordo com o Código de Processo Penal brasileiro, que no mesmo artigo 312, *caput*, também permite que a prisão processual seja decretada como "garantia da ordem pública" e como "garantia da ordem econômica", que fogem à lógica da tutela cautelar-instrumental acima descrita.

O legislador brasileiro, quando prevê a possibilidade de prisão processual para garantir a ordem pública ou a ordem econômica, confere à mesma "objetivos reconhecidamente extraprocessuais"³⁸, que confrontam explicitamente o princípio constitucional de presunção de inocência. As expressões "garantia da ordem pública" e "garantia da ordem econômica", de conteúdo vago, aberto, indeterminado, dão margem para que a prisão provisória seja decretada para finalidades político-criminais próprias à pena.³⁹ Valendo-se desta possibilidade, autorizada pela lei, a prisão provisória é decretada frequentemente com a finalidade de aplacar o clamor público provocado pelo delito, ou para assegurar a credibilidade das instituições, ameaçada pela prática de crimes, ou ainda para se evitar que o imputado, em liberdade, cometa novas infrações penais. Em geral, tais justificativas vem acompanhadas da alegação da gravidade do delito e/ou da periculosidade do acusado, e revestem-se de fins preventivos atribuíveis à pena: ou de prevenção geral, para que toda sociedade seja compelida à observância da norma ou se restaure a ordem jurídica violada através de uma resposta imediata ao delito; ou de prevenção especial, para que se evite que o indiciado ou acusado cometa novos delitos em liberdade. Nenhuma delas, todavia, relaciona-se diretamente com a necessidade de se garantir o processo ou sua eficácia.

O Código de Processo Penal brasileiro, com as alterações determinadas pela Lei n. 12.403/2011, instituiu um novo sistema de cautelares pessoais, prevendo, no artigo 319, amplo rol de medidas cautelares diversas da prisão, ao contrário do modelo anterior, que previa apenas a alternativa entre prisão e

³⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p. 59.

³⁹ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. *Revista de Estudos Criminais*, n. 10, Porto Alegre, 2003.

liberdade. O artigo 282, §6º, do Código de Processo Penal estabelece que "a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar". Assim, neste novo sistema, a prisão deverá ser encarada como a medida mais gravosa do rol das medidas cautelares pessoais previstas em lei, a ser utilizada como última ferramenta, ou seja, naqueles casos mais graves, quando as demais medidas acautelatórias menos invasivas à liberdade individual não forem adequadas ou suficientes para conjurar os riscos que a atividade jurisdicional atravessa. Esta fundamental mudança no tratamento da tutela cautelar penal empreendida pela Lei n. 12.403/2011 veio reforçar o caráter de excepcionalidade e subsidiariedade da prisão provisória e também da necessária proporcionalidade que deverá nortear a aplicação das medidas cautelares no Brasil.

A proporcionalidade foi o critério orientador do legislador da lei 12.403/2011, ao estabelecer, dentre outras hipóteses legais⁴⁰, que a prisão preventiva só é cabível para os crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos. Assim, a prisão cautelar deverá ser reservada para os crimes mais graves, excluindo-se de seu âmbito de incidência os crimes culposos e as contravenções penais, bem como os crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, em que haja probabilidade de posterior condenação à pena não-privativa de liberdade.

As prisões cautelares deverão tutelar situações fáticas que corporifiquem o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, de forma que, desaparecendo as razões que *a priori* justificavam o encarceramento a título cautelar, o imputado deverá ser colocado imediatamente em liberdade, através da revogação da prisão. Devido ao seu caráter provisional, toda medida cautelar poderá ser objeto de revisão a qualquer tempo, podendo ser substituída, e inclusive, cumulada com

⁴⁰ O artigo 313 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 12.403/2011, determina que a prisão preventiva será admitida: (i) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (ii) se o acusado for reincidente em crime doloso; (iii) se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (iv) quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. Todas estas hipóteses, bem como as demais alterações no regime de cautelares pessoais serão examinados mais detidamente no capítulo 5.

outra(s) medida(s) cautelar(es), se tiver sido modificada a situação fática que a ensejou.⁴¹

As prisões cautelares também devem ter um prazo ou período de tempo limitado e razoável de duração, evitando-se que assumam contornos de uma pena antecipada através do prolongamento excessivo da privação de liberdade. No entanto, no Brasil, não há prazos legais de duração da prisão provisória, exceto com relação à prisão temporária⁴². A prisão preventiva, modalidade de prisão cautelar mais frequente, permanecerá enquanto o juiz entender que exista *periculum libertatis*. Como no Brasil não há efetivo e permanente controle judicial da necessidade das medidas cautelares, a prisão preventiva pode prolongar-se enquanto dura o processo, muitas vezes por meses ou anos. A indeterminação legal dos prazos máximos de prisão cautelar é considerada uma das maiores deficiências do sistema de cautelares pessoais brasileiro, e não obstante a recente reforma de 2011, a situação não se modificou.

1.1.1

A normatividade internacional sobre prisão cautelar

No âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, os limites à privação de liberdade estão contemplados fundamentalmente na *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (CADH), adotada, no âmbito da OEA, em 22 de novembro de 1969, em San José de Costa Rica. A CADH (ou Pacto de São José da Costa Rica) entrou em vigor internacional em 18-07-1978 e atualmente é vinculante para 24 (vinte e quatro) Estados-Membros da OEA, dentre eles, o Brasil⁴³.

Para os demais Estados que não ratificaram ou aderiram à CADH, o principal instrumento internacional do Sistema Interamericano é a *Declaração*

⁴¹ "Artigo 282, §5º, Código de Processo Penal: "O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la se sobrevierem razões que a justifiquem."

⁴² O prazo de duração da prisão temporária, decretada na fase do inquérito policial em relação a determinados crimes elencados na Lei 7960/1989, é de até 5 dias, prorrogáveis por igual período (artigo 2º, Lei 7960/1989). Em caso de crime hediondo, o prazo da prisão temporária será de 30 dias, prorrogáveis pelo mesmo período, nos termos da Lei 8072/1990, art. 2º, §4º.

⁴³ O Brasil depositou a carta de adesão à Convenção Americana, aprovando-a através do Decreto Legislativo nº 27, de 25-09-1992. Em seguida, a CADH foi promulgada através do Decreto Presidencial nº 678, de 06-11-1992. Posteriormente, por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 03-12-1998, o Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em maio de 1948, em Bogotá, e incorporada à Carta da OEA mediante o Protocolo de Buenos Aires, adotado em fevereiro de 1967. A Corte IDH e a CIDH entendem que a *Declaração Americana*, ainda que não tenha sido aprovada como tratado, consiste em fonte de obrigações internacionais para os Estados-membros da OEA.

O direito à liberdade e o princípio de presunção de inocência são os pilares que sustentam toda a normatividade internacional sobre prisão provisória, assim como o sistema processual penal da maioria dos países democráticos. A *Declaração Americana*, em seu artigo XXVI, parte "do princípio que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade". Da mesma forma, a *Convenção Americana* reconhece, dentre as garantias judiciais do processado, "o direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa" (artigo 8.2).

A liberdade é a regra e o cerceamento de liberdade pelo Estado, como exceção, estará restrito àquelas hipóteses autorizadas expressamente em lei e condicionado aos procedimentos legais previstos na legislação interna dos Estados-partes, conforme delimitam a *Declaração Americana* e a CADH, em seu artigo 7.2. Os citados diplomas internacionais também contemplam o direito do preso de proteção contra a prisão arbitrária (artigo 25, *Declaração Americana*; artigo 7.3, *Convenção Americana*), ainda que não definam exatamente no que consiste a arbitrariedade da prisão.⁴⁴ Além disso, prevêm mecanismo de controle judicial da prisão consubstanciado nos artigos 35, da *Declaração Americana* e 7.5, 1ª parte, da CADH.

É fundamental observar que a *Convenção Americana* não se refere expressamente à prisão processual ou preventiva, mas assinala que a liberdade do imputado pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (artigo 7.5, *fine*). Alguns autores entendem que o artigo 7.5 da CADH, em virtude de sua redação, autoriza apenas a prisão preventiva para evitar a fuga do imputado.⁴⁵

⁴⁴ A interpretação ou conteúdo concreto do artigo 7.3 da CADH, assim como o de outros dispositivos e princípios da Convenção, serão preenchidos, conforme se verá, à continuação, através da construção da Corte e da CIDH.

⁴⁵ Com efeito, vários autores latino-americanos entendem que a *Convenção Americana* e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos somente autorizam a prisão preventiva para evitar a fuga do imputado, não havendo qualquer menção ao fim de preservação das atividades persecutórias, entendendo-se ainda que este último fim poderá ser neutralizado através de outros meios, e não se

O direito à liberdade pessoal desdobra-se na CADH em outros direitos correlatos, que deverão envolver a privação de liberdade: o direito do preso à informação sobre as razões da sua prisão e de ser comunicado, sem demora, da acusação formulada contra ele (artigo 7.4); o direito do imputado preso a ser julgado dentro de um prazo razoável ou a ser posto em liberdade, sem prejuízo de que o processo prossiga (artigo 7.5, 2ª parte); e o direito de toda pessoa privada de liberdade a recorrer a um juiz ou tribunal competente para decidir sobre a legalidade da prisão ou sobre a ameaça desta, direito que, uma vez previsto na legislação interna dos Estados-Partes, não poderá ser restringido nem abolido (artigo 7.6).

A *Convenção Americana* também consagra o direito à integridade pessoal do preso e o respeito inerente à sua dignidade, vedando a tortura e qualquer espécie de pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante (artigo 5.2). Como corolário do direito à integridade pessoal e também da presunção de inocência, a CADH determina que os presos provisórios devem ser mantidos separados dos condenados e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não-condenadas.

A CADH prevê, em seu artigo 8, amplo rol de garantias judiciais, consagrando, dentre outros, os seguintes direitos do acusado: de ser ouvido, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei; de ser comunicado de maneira prévia e pormenorizada sobre a acusação formulada contra ele; de ampla defesa, garantindo-se ao imputado o tempo e os meios adequados para a sua preparação, assim como de defender-se pessoalmente, de ser assistido por defensor de sua escolha ou proporcionado pelo Estado e de comunicar-se com o mesmo, livremente e em particular; de não ser obrigado a depor contra si, nem a declarar-se culpado; a recorrer da sentença; à publicidade do processo penal, salvo quando o

justifica quando a instrução já tenha terminado: BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto. *Encarcelamiento Preventivo y Standards del Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Editores Del Puerto: Defensoría Geral de la Nación, 2008, p. 31; CAFFERATA NORES, José I. *Proceso penal y derechos humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso argentino*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 185; OTTAVIANO, Santiago. La prisión preventiva: presupuestos para su dictado y limitación temporal. In: GARCÍA, Luis M. *Los derechos humanos en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Palma, 2002, p. 222; SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. A privação cautelar de liberdade no processo penal peruano. In: CHOUKR, Fausi Hassan; AMBOS, Kai (coords.). *Proceso penal e Estado de Direito*. Campinas: Edicamp, 2002, pp. 143 e 144.

sigilo for necessário para preservar os interesses da justiça. Tais direitos e garantias fundamentais do processo penal tutelados na CADH também são importantes para o controle da prisão processual, de maneira a evitar arbitrariedades e a violação a outros direitos do imputado durante a privação de liberdade. Neste sentido, também são relevantes os artigos 24 e 25 da Convenção, que contemplam, respectivamente, o direito à igual proteção da lei (princípio da isonomia), e o direito à proteção judicial.

O sistema normativo interamericano abarca outros tratados que contém disposições relativas à tutela dos direitos das pessoas privadas de liberdade, especialmente a *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*, que entrou em vigor em fevereiro de 1987 e que foi ratificada pelo Brasil e por mais 17 (dezessete) Estados-Membros da OEA até o momento.⁴⁶

Também são aplicáveis às pessoas presas no marco do Sistema Interamericano: o *Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (Protocolo de São Salvador, adotado em 17-11-1988); a *Convenção para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher* (Convenção de Belém do Pará, adotada em 09-06-1994); a *Convenção Americana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas* (09-06-1994); e a *Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas com Deficiência* (adotada em 07-06-1999).

Além disso, a maioria dos Estados da região também reconhece tratados análogos adotados no contexto da Organização das Nações Unidas (ONU), dentre os quais se destacam, na tutela dos direitos das pessoas privadas de liberdade: o *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* (aprovado em 16-12-1966); a *Convenção sobre os Direitos da Criança* (aprovada em 20-11-1989); a *Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes* (aprovada em 10-12-1984) e seu Protocolo Adicional (aprovado em 18-12-2002).

O *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 592, de 06-07-1992, e por outros vinte e nove Estados, assenta as mesmas bases normativas da prisão processual contempladas na *Convenção Americana*, a saber: os direitos de liberdade e segurança pessoais,

⁴⁶ São eles: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai e Venezuela: CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas* (2011), p. 09.

presunção de inocência, integridade pessoal, vedação da prisão ilegal e arbitrária e proibição da tortura ou qualquer forma de tratamento cruel, desumano ou degradante, além de outros direitos e garantias do imputado fundamentais ao controle da privação de liberdade.

Ademais, o *Pacto* consagra expressamente o princípio da excepcionalidade da prisão preventiva (artigo 9.3), declarando que a prisão de pessoas que aguardam julgamento *não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.*

Além dos tratados internacionais, existem no âmbito da OEA e da ONU, outros documentos específicos sobre os direitos das pessoas privadas de liberdade. Dentre eles, destacam-se, no âmbito da OEA, os *Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas*, adotados pela CIDH em março de 2008.

Por sua vez, no âmbito da ONU, a normatividade que tutela os direitos dos presos compreende também: as *Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos* (1955); o *Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão* (1988); os *Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos* (1990); as *Regras Mínimas das Nações Unidas sobre Medidas Não Privativas de Liberdade* (Regras de Tóquio, 1990); as *Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade* (1990); as *Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras* (Regras de Bangkok, 2010), dentre outros instrumentos internacionais pertinentes.

A Corte IDH e a CIDH utilizam os instrumentos internacionais supracitados como base para a interpretação e determinação do conteúdo e alcance das disposições da Convenção Americana em casos de pessoas privadas de liberdade, sobretudo as *Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos*, cuja universalidade e relevância tem sido reconhecidas pelos órgãos do Sistema Interamericano.⁴⁷ Tais regras delimitam um regime especial de tratamento do preso que aguarda julgamento (regra 84.3), que determina a sua custódia em estabelecimentos

⁴⁷ CIDH. *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas* (2011), p. 13.

separados dos condenados, em celas individuais, e também a separação dos presos preventivos jovens em relação aos adultos. Estabelecem ainda regras em geral a respeito do local adequado de custódia de presos, sobre as condições sanitárias e de higiene, e sobre os direitos à alimentação adequada, ao trabalho remunerado, à visita regular de familiares e amigos e a receber tratamento médico e odontológico, dentre outros.

O *Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão* destaca que o encarceramento de pessoas à espera de julgamento deverá ser decretado em consonância com o princípio de presunção de inocência, que exige que a prisão antes da condenação seja decretada excepcionalmente pelo juiz, nos casos autorizados pela lei, justificados em razão do interesse e necessidade da administração da justiça, devendo a autoridade judicial manter um exame da necessidade da prisão (princípios 36 e 39). Este documento internacional também refere-se expressamente ao necessário controle judicial e imediato da prisão, e ao direito do preso a ser julgado em tempo razoável ou a ser posto em liberdade (princípios 37 e 38).

Seguindo a mesma orientação, as *Regras Mínimas das Nações Unidas sobre Medidas Não Privativas de Liberdade* (Regras de Tóquio) estabelecem que a prisão preventiva deverá ser o último recurso, tendo em conta a necessidade de investigação do suposto delito e de proteção da sociedade e da vítima, devendo ser impostas medidas cautelares diversas ("substitutivas") sempre que possível (regras 6.1 e 6.2).

Por sua vez, As *Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas* (Regras de Bangkok), enfatizam o risco de abuso que enfrentam as mulheres em prisão preventiva, e, considerando que estas não deverão ser separadas de seus familiares e comunidades sem a devida atenção ao seu contexto e laços familiares, recomendam o uso, sempre que possível, de medidas alternativas ao encarceramento (regras 56 e 58).

Destaque-se ainda, no âmbito do Sistema Interamericano, alguns Relatórios Temáticos publicados recentemente pela Comissão Interamericana, através de sua *Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad*, que tratam especificamente da prisão provisória, e que serão objeto de análise no decorrer da Tese: *Informe sobre los derechos humanos de las personas*

privadas de libertad en las Américas (2011) e Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas (2014).

1.2

Panorama quantitativo da prisão provisória no mundo

Nos dias de hoje, o uso excessivo do cárcere antes da condenação tem sido amplamente denunciado como um problema que atinge milhões de pessoas em todo o mundo. Consoante Martin Schönteich, a nível mundial, a estimativa é de que, a cada dia, aproximadamente três milhões de pessoas estejam em prisão preventiva, e, no curso de um ano, cerca de dez milhões de pessoas ingressem no sistema penal através de prisões provisórias.⁴⁸

A realidade dos sistemas penais concretos mostra que a prisão provisória é uma medida habitual, aplicada com acentuada discricionariedade, ainda que apresente múltiplas e diferenciadas manifestações em relação aos diferentes países. Em vários países ao redor do mundo, especialmente na América Latina e no Continente Africano, o uso excessivo e a duração irrazoável da prisão provisória são causas determinantes da superlotação carcerária, inserindo-se, portanto, na problemática do encarceramento em massa apresentado por sistemas penais desfuncionais e no quadro devastador de violência, condições brutalmente desumanas e sistemática violação de direitos humanos.

O alcance ou extensão do fenómeno da prisão provisória excessiva deverá *a priori* estar fundamentado na análise de dados empíricos sobre os sistemas prisionais, que apontem: (i) a quantidade de pessoas em prisão provisória ou o fluxo de pessoas que ingressam no sistema penal através dela; (ii) a percentagem de presos provisórios sobre a população carcerária total; (iii) a comparação da percentagem de presos provisórios em relação com a percentagem de presos condenados; (iv) a proporção de presos provisórios para cada 100.000 habitantes da população; e (v) o período de tempo em que se permanece em prisão provisória.

Ressalte-se que existe certa dificuldade em se conseguir estatísticas oficiais confiáveis sobre os sistemas prisionais, especialmente sobre prisões

⁴⁸ SCHÖNTEICH, Martin. The scale and consequences of the pretrial detention around the world. In: *Justice Initiatives: Pretrial Detention*. New York: Open Society Institute, 2008, p. 11.

provisórias.⁴⁹ Em geral, os estudos e pesquisas consultados, que analisam o tema, enfatizam a inexistência de informação desagregada, atualizada e segura sobre presos provisórios. As diferenças entre os sistemas legais dos diversos países, inclusive a variação na forma de custódia, a falta de transparência dos governos e a dificuldade de obtenção de dados confiáveis sobre os sistemas prisionais dificultam a mensuração e a comparação das práticas sobre prisão provisória ao redor do mundo.⁵⁰ As Nações Unidas não possuem um órgão que centralize informações estatísticas penitenciárias sobre os diversos países e continentes. No âmbito europeu, existem as estatísticas penitenciárias anuais do Conselho da Europa, que identificam categorias diferenciadas de presos provisórios⁵¹, mas não existe algo similar no Continente Americano, dificultando a comparação entre sistemas.

O *International Centre for Prison Studies* (ICPS), associado à Universidade de Essex, em Londres, possui uma base de dados atualizada sobre os sistemas prisionais de quase todos os países do mundo (*World Prison Brief*), utilizada correntemente por estudiosos e pesquisadores, que fornece informações sobre a população carcerária total, a porcentagem de presos para cada 100.000 habitantes da população do país, e também a porcentagem de mulheres, jovens, estrangeiros, e de presos provisórios sobre a população carcerária total. Trata-se de instrumento útil e importante, mas que possui falhas: as informações, colhidas em geral a partir de fontes estatais oficiais, são limitadas, parciais, não atualizadas na mesma data, e, com relação aos dados sobre presos provisórios, não incluem os presos em delegacias de polícia.⁵²

⁴⁹ Conforme observa ANITUA, Gabriel Ignacio. A América Latina como Instituição de Sequestro. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 72.

⁵⁰ ABORN, Richard M.; CANNON, Ashley D. *Prisons: in jail, but not sentenced*. Americas Quaterly, março de 2013, p.1. Disponível em <http://americasquarterly.org/aborn-prisons>, acesso em 10-04-2013.

⁵¹ O último *survey* realizado pelo Conselho da Europa, em setembro de 2008, identifica duas categorias de presos provisórios, a saber: "prisoners not serving a final sentence" (presos que ainda não receberam uma sentença final) e "untried detainees - no court decision yet reached" (detentos ainda não sentenciados). A primeira categoria aponta porcentagens consideráveis de presos nos Estados de Andorra (55%), Chipre (38%), Itália (53.5%), Liechtenstein (40%), Malta (69.3%), Mônaco (76.5%), Holanda (40.4%), Suíça (40.2%) e Irlanda do Norte (39.7%). Na segunda categoria, os Estados com porcentagens mais altas de presos são Andorra (38.3%), Chipre (38.4%), Malta (69.3%), Mônaco (58.8%), Turquia (39.7%) e Irlanda do Norte (38.7%): *Council of Europe. Annual Penal Statistics - SPACE I. Strasbourg, 22 march 2010, PC-CP(2010) 07*. Disponível em: <http://www.coe.int/prison>, acesso em 14-06-2013.

⁵² Conforme esclarece Roy Walmsley: "A number of points need to be noted. Figures are not available for seven countries and the information does not relate to the same date. Comparability is

De acordo as informações coletadas pelo ICPS, os países que possuem maior população carcerária total são Estados Unidos, China, Rússia e Brasil.⁵³ A população prisional calculada por 100.000 habitantes é mais alta nos Estados Unidos (716), Ilhas Seychelles (709), St. Kitts & Nevis (701), Ilhas Virgens - U.S.A. (539), Cuba (510), Ruanda (492), Anguilla - Reino Unido (487) e Rússia (481).⁵⁴ O Brasil está em 46º lugar, com 274 presos para cada 100.000 habitantes da população total do país. Consoante avaliação feita em 2011, a população prisional está crescendo em todos os cinco continentes: os dados coletados pelo ICPS mostram que a população carcerária total subiu em 78% dos países do mundo.⁵⁵ Além disso, tal avaliação aponta que a população prisional mundial, estimada em 10 milhões de pessoas, engloba um alto número de pessoas em prisão provisória.

Roy Walmsley, Diretor do *World Prison Brief*, publicou em 2008 dados quantitativos sobre presos provisórios coletados em 194 países independentes e seus territórios, expondo um panorama da prisão provisória nos cinco continentes.⁵⁶ Estimou-se que mais de dois milhões de pessoas encontravam-se em prisão provisória ao redor do mundo em 2008, sendo que entre os países que apresentavam os maiores números estão Estados Unidos (476.000), Índia (250.000), Rússia (136.000), Brasil (122.000), China (100.000) e México (95.000); seguidos por Filipinas (60.000), Paquistão (57.000), Turquia (52.000), Bangladesh e África do Sul (48.000), Indonésia (47.000), Tailândia (43.000), Ucrânia (33.000) e Argentina (32.000). Em cerca de 59% dos países, a porcentagem de presos provisórios sobre a população carcerária total variava entre

further compromised by different practice in different countries, for example with regard to whether all pre-trial detainees and juveniles are held under the authority of the prison administration, and also whether the prison administration is responsible for psychiatrically ill offenders and offenders being detained for treatment for alcoholism and drug addiction. People held in a form of custody which is not under the authority of the prison administration are usually omitted from official national totals": WALMSLEY, Roy. *World Prison Population List (ninth edition)*. London: International Centre for Prison Studies (ICPS), University of Essex, 2011, p. 1. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/publications/list.html>, acesso em 28-03-2012.

⁵³ Entire world - Prison Population Totals. *World Prison Brief*. International Centre for Prison Studies (ICPS). University of Essex, London. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/>, acesso em 03-07-2013.

⁵⁴ Entire world - Prison Population Rates per 100,000 of the national population. *World Prison Brief*. International Centre for Prison Studies (ICPS). University of Essex, London. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/>, acesso em 03-07-2013.

⁵⁵ WALMSLEY, Roy. *World Prison Population List (ninth edition)*. London: International Centre for Prison Studies (ICPS), University of Essex, 2011, p. 1. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/publications/list.html>, acesso em 28-03-2012.

⁵⁶ Ibid. pp. 1- 6. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/publications/list.html>, acesso em 28-03-2012.

10% a 40%, mas na quase metade dos países do Continente Africano, a maioria das pessoas encarceradas estavam em prisão provisória, enquanto na Oceania, a maioria dos países possuía menos de 10% de sua população carcerária em prisões desta natureza. Verificou-se ainda que, em 60% dos países, a proporção de presos provisórios por 100.000 habitantes da população nacional era inferior a 40%, mas que em 80% dos países americanos ultrapassava-se este patamar.

Conforme destacam Aborn e Cannon, vários países do Continente Americano superam a média global de 40 presos provisórios para cada 100.000 habitantes da população nacional, dentre eles, os que alcançam maior patamar são Panamá (223), Uruguai (180), Estados Unidos (157), República Dominicana (136), El Salvador (113) e Peru (111).⁵⁷

Os dados mais atuais do ICPS⁵⁸ mostram que dentre uma lista de 210 Estados independentes e seus territórios, 46 possuem taxas superiores a 50% de presos provisórios e outros 42 Estados oscilam entre 50% a 30% de presos desta natureza. Dentre os países que possuem maior porcentagem de presos provisórios sobre a população carcerária total, quase todos são africanos e latino-americanos. São eles: Líbia (89.4%), Bolívia (83.6%), República Democrática do Congo (82%), Libéria (78%), Congo - Brazzaville (75%), Benin (74.9%), Haiti (72.6%), República Central Africana (70.2%), Iemen (70.1%) e Paraguai (70%).

No Continente Africano, em 21 dos 50 Estados com dados disponíveis, as porcentagens de presos provisórios são iguais ou superiores a 50%, sendo que em vários deles, as porcentagens são ainda mais altas, variando entre 60% a 80%.⁵⁹ A superlotação é um dos problemas mais prementes enfrentados pela maioria dos sistemas penais africanos, sendo que o uso excessivo e a duração

⁵⁷ ABORN, Richard M.; CANNON, Ashley D. *Prisons: in jail, but not sentenced*. Americas Quaterly, março de 2013. Disponível em <http://americasquarterly.org/aborn-prisons>, acesso em 10-04-2013.

⁵⁸ Entire world - Pre-trial detainees/remand prisoners (percentage within the prison population). World Prison Brief. International Centre for Prison Studies (ICPS). University of Essex, London. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/>, acesso em 03-07-2013.

⁵⁹ Os Estados africanos que apresentam as porcentagens mais altas de presos provisórios são Líbia (89.4%), República Democrática do Congo (82%), Libéria (78%), Congo (75%), Benin (74.9%), República Central Africana (70.2%), Nigéria (69.6%): Africa - Pre-trial detainees/remand prisoners (percentage within the prison population). World Prison Brief. International Centre for Prison Studies (ICPS). University of Essex, London. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/>, acesso em 03-07-2013.

prolongada da prisão provisória consistem nas principais causas para tanto.⁶⁰ Em alguns centros penitenciários da África, onde a concentração de presos excede fartamente o número de vagas, a maioria da população é composta de presos à espera de julgamento.⁶¹ Além disso, os prazos médios de prisão provisória podem durar de três a cinco anos, mas, na prática, são largamente ultrapassados. Consoante a ONG *Penal Reform International*, a superlotação que assola os sistemas penais africanos se deve a múltiplas causas: ausência de recursos estatais canalizados para a Polícia, o Poder Judiciário e o Sistema Penitenciário; pobreza na comunicação entre as agências da Justiça Criminal e fraca coordenação e cooperação a nível local e político; escasso conhecimento das leis pelos operadores da justiça criminal; acusados hipossuficientes, que não podem pagar por sua representação legal; mal funcionamento do sistema judicial; lento processamento das causas penais; deficiências da justiça gratuita; corrupção; orçamento insuficiente para o sistema judicial; ambiente judicial hostil; falta de interesse e compromisso por parte da administração da justiça e de seu pessoal; sistema processual sobrecarregado, com grandes atrasos nos julgamentos, que negam ao acusado e às vítimas o acesso à justiça.⁶²

Por sua vez, a maioria dos Estados Americanos, consoante o ICPS, também apresenta porcentagens altas de prisão provisória sobre a população carcerária total. Além de Bolívia, Haiti e Paraguai, incluídos entre os dez países com as maiores porcentagens de prisão provisória do mundo (70% a 80%), o percentual de presos provisórios também é muito alto na Venezuela (66%), no Panamá e no Uruguai (mais de 64%), no Peru (58.5%), no Suriname, em Trinidad e Tobago e Antigua e Barbuda (55%), em Guatemala e Honduras (54%), em

⁶⁰ Penal Reform International. *Index on good practices in reducing pre-trial detention developed in Africa and elsewhere*. London, United Kingdom, 2005, p. 03. Disponível em: <http://www.penalreform.org>, acesso em 10-07-2013.

⁶¹ "In some countries 80% of the prison population comprises prisoners awaiting trial. The prison in Cotonou, Benin, built for 400 persons had, in June 2004, 1765 persons, 1410 of whom were on remand. In Accra, Ghana, James Fort prison has a capacity of 200 and 695 were remanded in December 2001. In Kenya, Nairobi remand prison built in 1911 has a capacity of 600 persons. In March 2003 there were 3000 prisoners awaiting trial": Penal Reform International. *Index on good practices in reducing pre-trial detention developed in Africa and elsewhere*. London, United Kingdom, 2005, p. 03. Disponível em: <http://www.penalreform.org>, acesso em 10-07-2013.

⁶² Penal Reform International. *Index on good practices in reducing pre-trial detention developed in Africa and elsewhere*. London, United Kingdom, 2005, p. 04. Disponível em: <http://www.penalreform.org>, acesso em 10-07-2013.

Grenada e na República Dominicana (mais de 52%), na Argentina (50.4%) e no México (41.3%).⁶³

A seguir, se analisará especificamente a situação da prisão provisória na América Latina e, em seguida, de forma ainda mais detida, a realidade brasileira.

1.3

A prisão provisória na América Latina

Nos anos 80, pesquisa conduzida por Carranza, Zaffaroni, Houed e Mora, através do *Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente* (ILANUD)⁶⁴, constatou um altíssimo número de presos provisórios na América Latina, onde a Costa Rica, como o menor percentual, possuía 47.40% e o Paraguai, com o maior, apresentava 94.25% de presos provisórios.⁶⁵

Nos anos 90, a prisão provisória continuou a crescer na região, juntamente com o crescimento sustentado e acelerado das taxas penitenciárias, configurando um quadro de superpopulação carcerária que passou a exceder a capacidade dos sistemas penitenciários.⁶⁶ Em 1993, 1994 e 1995, verificou-se que quase todos os países da região registraram taxas de presos provisórios superiores a 40%, sendo que alguns países, como Honduras e Uruguai, apresentavam números próximos a 90% de presos nesta condição.⁶⁷

Em nova pesquisa, publicada em 2009, Carranza constatou que as porcentagens de presos provisórios em quase todos os países da América Latina foram reduzidas entre 2000 e 2008, à exceção de Argentina e Brasil, mas que, nos últimos anos (2005-2008), tornam a crescer na Bolívia, na República Dominicana

⁶³ North America, South America, Central America - Pre-trial detainees/remand prisoners (percentage within the prison population). World Prison Brief. International Centre for Prison Studies (ICPS). University of Essex, London. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/>, acesso em 03-07-2013.

⁶⁴ CARRANZA, Elías; MORA, Luis Paulino; HOUED, Mario; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El preso sin condena en América Latina y el Caribe: estudio comparativo, estadístico y legal de treinta países, y propuestas para reducir el fenómeno*. ILANUD: San José, 1983.

⁶⁵ LUCERO CARRANZA, Elías. *Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa*. Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 11, nº 16, mayo, 1999, p. 67.

⁶⁶ CARRANZA, Elías. *La política criminal en América Latina sólo produce más cárceles*. Revista de Ciencias Penales, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México, n. 12, out/mar, 2004/2005, p. 66.

⁶⁷ LUCERO CARRANZA, Elías. Op. cit.

e no Brasil.⁶⁸ Ainda que tenha havido uma redução na porcentagem, a conclusão do diretor do ILANUD sobre o panorama da prisão provisória na América Latina não é otimista, advertindo que o quadro não retrata exatamente a realidade, pois não inclui o alto número de presos provisórios alojado em delegacias de polícia.

Nos dias de hoje, a realidade da prisão provisória na América Latina ainda é extremamente preocupante, atingindo proporções alarmantes. O ICPS estimou, em maio de 2011, que os sistemas penais da região apresentavam, em sua totalidade, quase meio milhão de presos provisórios.⁶⁹ Através de consulta ao ICPS sobre as porcentagens de presos provisórios sobre a população carcerária total de cada Estado latino-americano, observa-se que muitos países possuem mais de 50% de encarcerados nesta condição, e, conforme já observado, com picos de 70% e 80% na Bolívia, no Haiti e no Paraguai.⁷⁰ De acordo com o mesmo órgão, o Brasil apresenta uma porcentagem de 38% de presos provisórios, número que corresponde apenas ao percentual de presos desta natureza no sistema penitenciário brasileiro em dezembro de 2012⁷¹, tendo sido desconsiderado o grupo de presos em delegacias de polícia.

Além disso, o quadro se agrava na América Latina, na medida em que, em vários países, como Bolívia, Argentina, Panamá, Paraguai e Brasil, a prisão provisória pode se estender por meses e até mesmo por anos, inclusive em casos de presos à espera de uma acusação formal, custodiados em delegacias de polícia.⁷² Conforme adverte Elías Carranza, através dos sucessivos

⁶⁸ CARRANZA, Elías. Visión empírica de la criminalidad y los sistemas de justicia penal en América Latina. In: LANDER, Adriana (coord.). *Las Reformas al Sistema de Justicia Penal en Japón y en América Latina: logros, problemas y perspectivas*. San José: Costa Rica: ILANUD, 2011, p. 23.

⁶⁹ WALMSLEY, Roy. *World Prison Population List (ninth edition)*. London: International Centre for Prison Studies (ICPS), University of Essex, 2011.

⁷⁰ Pre-trial detainees/remand prisoners (percentage within the prison population). World Prison Brief. International Centre for Prison Studies (ICPS). University of Essex, London. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/>, acesso em 03-07-2013.

⁷¹ Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). População Carcerária - Sintético: dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen>, acesso em 10-07-2013.

⁷² ABORN, Richard M.; CANNON, Ashley D. *Prisons: in jail, but not sentenced*. Americas Quaterly, março de 2013. Disponível em <http://americasquarterly.org/aborn-prisons>, acesso em 10-04-2013: "Devastatingly, in some countries (including Bolivia, Argentina, Panama, and Paraguay), human rights organizations and government reports have found that detainees can spend long periods in detention awaiting even having charges filed against them. In Bolivia, which has the world's second highest proportion of pretrial detainees among the total prison population, an estimated 75 percent of detainees were held in excess of the 18-to-36-month limits established by law for pretrial detention. In Argentina, where the law permits investigative detention for up to two years, detainees can wait three to six years before being tried. The causes of these violations range from judicial corruption and limited and overburdened public defenders to inadequate case

monitoramentos da população prisional feitos nos países latino-americanos, existe na região um número muito alto de presos alojados em dependências policiais, sendo que eles são, em sua quase totalidade, presos provisórios.⁷³

Esta é também a realidade brasileira, onde a população prisional em delegacias policiais é majoritariamente composta por presos provisórios, em aberta violação ao artigo 144, §4º da Constituição brasileira e à lei de Execuções Penais (lei 7.210/1984). Além disso, por força dos tratados internacionais e das leis internas do país (artigo 5.4, CADH; artigo 30, Código de Processo Penal e artigo 84, lei 7.210/1984), os acusados presos devem ser mantidos em celas separadas dos presos condenados, o que também é amplamente descumprido.

Como regra, os encarcerados em delegacias de polícia não são computados como presos provisórios pelas bases estatais de dados penitenciários, pois se considera que os detentos que se encontram nestes locais ainda não receberam uma acusação formal e estão em uma situação transitória e breve, à espera de sua apresentação pessoal ao juiz num período que varia entre 24 a 48 horas.⁷⁴ Fazendo referência especificamente ao sistema brasileiro, significaria dizer que todos os presos em delegacias de polícia são presos em flagrante, ou seja, estão em regime precário de pré-cautelaridade, a ser objeto de controle judicial. Esta não é, no entanto, a realidade apresentada pelas delegacias de polícia brasileiras e de grande parte dos países latino-americanos, onde se mantém não apenas presos em flagrante, mas também uma grande quantidade de indiciados e acusados, presos a título cautelar, por longo período de tempo.⁷⁵

tracking, according to the U.S. Department of State. In Panama, which has the world's highest pretrial detention rate in the world, prolonged detention without a hearing is common. Detainees may wait over a year for a hearing due to inefficiencies in the legal system and the use of a written inquisitorial system.⁷ In Paraguay, where the law permits detention without trial until the accused completes the minimum sentence for the alleged crime, pretrial detention may range from six months to five years."

⁷³ CARRANZA, Elías. Visión empírica de la criminalidad y los sistemas de justicia penal en América Latina. In: LANDER, Adriana (coord.). *Las Reformas al Sistema de Justicia Penal en Japón y en América Latina: logros, problemas y perspectivas*. San José: Costa Rica: ILANUD, 2011, p. 23; CARRANZA, Elías. *La política criminal en América Latina sólo produce más cárceles*. Revista de Ciencias Penales, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México, n. 12, out/mar, 2004/2005, p. 66; LUCERO CARRANZA, Elías. *Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa*. Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 11, nº 16, mayo, 1999, p. 69.

⁷⁴ SCHÖNTEICH, Martin. The scale and consequences of the pretrial detention around the world. In: *Justice Initiatives: Pretrial Detention*. New York: Open Society Institute, 2008, pp. 12 e 37.

⁷⁵ Conforme esclarece o Diretor do ILANUD, a permanência de presos provisórios em delegacias na América Latina ocorre porque a polícia é a autoridade que tem o primeiro contato com o preso, e o mantém, por meses ou anos, à espera do controle judicial da prisão pelo juiz, e também porque, passada esta fase, o preso não pode ser trasladado devido à superlotação e ausência de vagas no

Pelos motivos acima expostos, em quase todos os países da América Latina, os presos em delegacias não são computados pelos sistemas de dados oficiais como presos provisórios. Esta omissão reproduz um quadro infiel e subestimado da prisão provisória na região, que é consideravelmente pior do que o retratado, tanto em termos quantitativos quanto do ponto de vista das condições de custódia e tratamento dos presos.

Em 2011, a Comissão Interamericana publicou o *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, no qual reconheceu que o uso excessivo da prisão preventiva está entre os problemas mais graves da região, presente na maioria absoluta dos Estados americanos, com repercussão direta sobre a superlotação carcerária.⁷⁶ Tendo consciência da amplitude e da complexidade do tema, a CIDH elaborou, em agosto de 2012, um questionário enviado aos Estados-membros da OEA e a organismos nacionais de defesa dos direitos das pessoas privadas de liberdade atuantes na região, solicitando diversas informações sobre o uso da prisão preventiva, com o objetivo de elaboração de um relatório temático específico. Assim, em 2014, a CIDH publicou o *Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*⁷⁷, com relevantes e atuais elementos sobre a realidade da prisão preventiva na região, inclusive estatísticas sobre a porcentagem de presos provisórios em cada Estado, oriundas de monitoramentos feitos pela CIDH nos últimos quinze anos, e fornecidos pelos próprios Estados, além de diversas outras informações, ministradas pelos organismos consultados.

Os monitoramentos recentes feitos pela CIDH, assim como as informações fornecidas pelos Estados e organizações consultadas confirmam as elevadas porcentagens de presos provisórios nos países da região. De acordo com dados oficiais dos últimos anos, vários Estados americanos apresentavam altas porcentagens de presos provisórios, como Haiti, com 89,2% de presos nesta condição (em 2011); Bolívia, com 84% (em 2012); Uruguai e Panamá, ambos

sistema penitenciário: LUCERO CARRANZA, Elías. *Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa*. Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 11, nº 16, mayo, 1999, p. 69.

⁷⁶ CIDH. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 64, 31 de dezembro de 2011, parágrafo 2. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/tematicos.asp>, acesso em 10-01-2012.

⁷⁷ CIDH. *Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, 30 de dezembro de 2013, disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/tematicos.asp>, acesso em 04-04-2014.

com 65% (em 2012); Paraguai, com 62,73% (em 2013); Peru, com 58,8% (em 2012); Argentina, com 53% (em 2010); Venezuela, com 52% (em 2012); Guatemala, com 50,3% (em 2012); Suriname, com 50% (em 2011); Equador, com 49,1% (em 2012); Honduras, com 48,9% (em 2013); Bahamas, com 46% (em 2011); Brasil, com 37,6% (em 2012); e Colômbia, com 30,35% (em 2012). As menores porcentagens estão nos Estados de Costa Rica (25%, em 2012), El Salvador (24%, em 2013), Chile (20,4%, em 2012), e Nicarágua (12,3%, em 2012).⁷⁸

A CIDH aponta como causas do uso excessivo da prisão preventiva na região: a lentidão ou mora judicial; a falta de capacidade operativa e técnica da polícia e agentes de investigação; a falta de capacidade operativa, independência e recursos das defensorias públicas; as deficiências no acesso aos serviços da defesa pública; a existência de legislação que privilegia a aplicação da prisão preventiva; a ausência de mecanismos para a aplicação de outras medidas cautelares; a inversão do ônus da prova sobre a necessidade da prisão preventiva; a corrupção; o uso frequente desta medida para delitos menores; e a extrema dificuldade em se alcançar a revogação da prisão preventiva.⁷⁹ A CIDH ainda destaca, como fatores que influenciam o uso excessivo da prisão preventiva nos Estados americanos: (i) as políticas criminais que propõem medidas legislativas e institucionais encarceradoras, apontando a prisão como solução para os problemas de segurança pública, e (ii) as ameaças à independência judicial, através de ingerências sobre as autoridades judiciais encarregadas de decidir sobre a prisão preventiva, oriundas de outros poderes e órgãos estatais, da cúpula do Poder Judiciário, dos meios de comunicação e da opinião pública.⁸⁰

Com base na pesquisa do ILANUD nos anos 80 e nos monitoramentos posteriores sobre a população carcerária na América Latina, Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que aproximadamente 3/4 (75%) dos presos na região estão submetidos a detenções ou prisões provisórias.⁸¹ Este fenômeno constitui, do ponto de vista formal, uma inversão ou deformação dos sistemas penais na região (ou uma inversão das etapas do processo penal), que, à luz do princípio de

⁷⁸ CIDH. *Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, 30 de dezembro de 2013, parágrafo 52.

⁷⁹ Ibid., parágrafo 77.

⁸⁰ Ibid., parágrafo 107.

⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.70.

presunção de inocência, deveria encarcerar pessoas na fase instrutória apenas excepcionalmente.

Na visão sociológica e lúcida de Carranza, esta inversão de etapas mostra, em verdade, que o imputado preso, ainda que não tenha sido formalmente condenado, está cumprindo materialmente uma pena, pois, quando se enfoca a prisão provisória em seu sentido material, como restrição de direitos e de imposição de dor ou castigo, não há como não se admitir sua natureza essencial de pena, ainda que doutrinariamente ela seja considerada uma medida cautelar.⁸² Acrescenta Zaffaroni que esta inversão mostra fundamentalmente a atuação preferencial e dominante do poder punitivo através da prisão provisória na América Latina, que se configura, em verdade, como medida destinada à contenção de suspeitos perigosos, ou, em outras palavras, como *um direito penal de periculosidade presumida*.⁸³ O penalista explica que esta periculosidade, própria do sistema cautelar, não se encaixa na classificação positivista utilizada para o condenado, uma vez que não é pré-delitual (porque baseia-se na suspeita da prática de infração penal que *a priori* já ocorreu), nem pós-delitual (porque não poderá ser avaliada até que o delito esteja comprovado). Trata-se de uma terceira categoria, a *periculosidade da suspeita*.⁸⁴

Assim, Zaffaroni constata, sem rodeios, que, na América Latina, “a medida cautelar é pena cautelar”⁸⁵, travestida de medida processual. O autor adverte que não se pode ignorar uma realidade que mostra que as prisões cautelares regulam os sistemas penais oficiais dos países latino-americanos, que operam preferencialmente antes da condenação, através do fenômeno de criminalização secundária⁸⁶. Assim, na América Latina, o sistema penal oficial

⁸² LUCERO CARRANZA, Elías. *Estado actual de la prisión preventiva em América Latina y comparación con los países de Europa*. Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 11, nº 16, mayo, 1999, p. 66.

⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.70.

⁸⁴ Ibid., p.110.

⁸⁵ Ibid., p.70.

⁸⁶ Consoante Zaffaroni, o poder punitivo, em constante expansão, abarca quatro diferentes aspectos ou níveis de perspectivas interdependentes: (a) a perspectiva do que prescrevem as leis, ou seja, a legislação repressiva ou penal ou criminalização primária, que configura o *dever-ser* da repressão; (b) o exercício *real* ou o *ser* da repressão (criminalização secundária) e à individualização de pessoas sobre as quais esta recai legal ou ilegalmente na forma de dor, castigo, morte; (c) o discurso jurídico-penal ou ideológico, reproduzido pelas escolas, universidades e outras instituições; e (d) a publicidade ou propaganda do sistema penal realizada por diferentes agências, sobretudo a mídia. Conforme explica o autor, o *dever-ser* nunca coincide de todo com o *ser* da repressão penal: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Buscando o inimigo: de Satán ao direito*

desdobra-se em sistema cautelar ou pré-condenatório e em sistema definitivo ou de condenação, sendo que o primeiro é mais relevante que o segundo, uma vez que "abarca a imensa maioria da criminalização, produto de infrações de média e pequena gravidade".⁸⁷

O contraste da dogmática processual legitimadora da prisão provisória com a realidade de sua aplicação na América Latina mostra a distância entre a teoria e a prática, e evidencia *a priori* o paradoxo de se reafirmar a sua natureza cautelar, bem como o seu declarado caráter de excepcionalidade, apontando para a necessidade e relevância de se buscar analisar especificamente a situação dos diversos países da região, em especial o Brasil.

1.4

A prisão provisória como uma das faces do encarceramento em larga escala no Brasil

Em junho de 2008, o Ministério da Justiça, passou a divulgar, através de uma base informatizada do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), relatórios estatísticos-analíticos sobre o sistema prisional brasileiro e a população carcerária, a partir de 2005, consolidados em junho e dezembro de cada ano.⁸⁸ Este sistema também fornece dados sintéticos sobre a população carcerária brasileira total e por Estados, a partir de 2000.⁸⁹

penal cool. In: MENEGAT, Marildo; NÉRI, Regina (orgs). *Criminologia e Subjetividade* (AAVV). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Disponível em: <http://www.freixinho.adv.br/artigos/>, acesso em 10-02-2012.

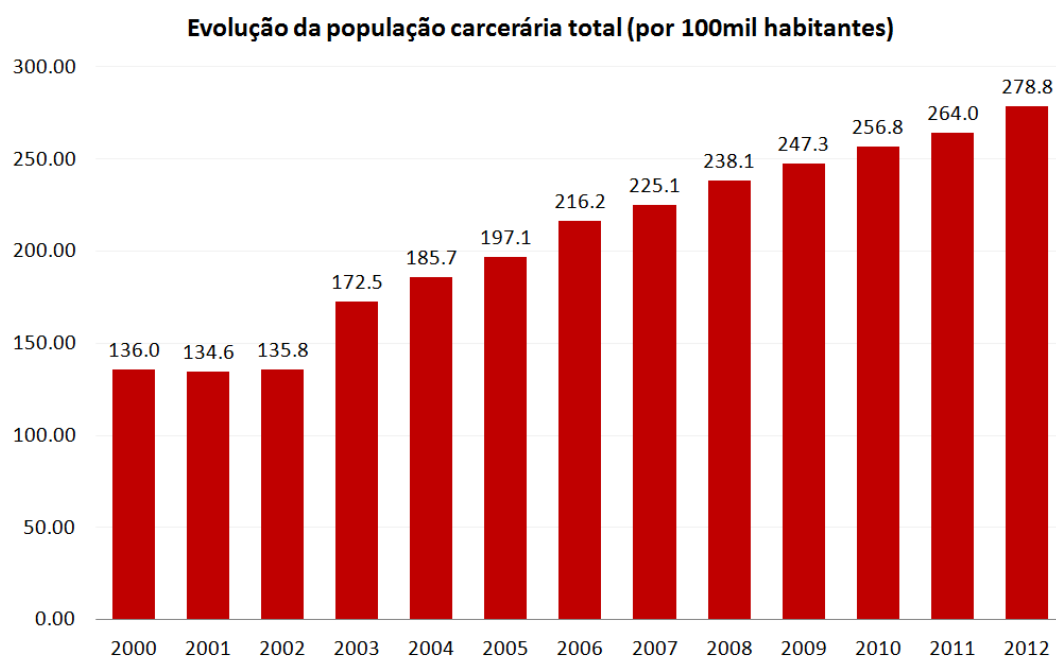
⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 114.

⁸⁸ O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) criou um sistema informatizado de coleta de dados (InfoPen), que é alimentado pelas secretarias estaduais, com informações sobre os estabelecimentos penais e a população prisional. Os dados são consolidados por Estado da Federação, e se referem ao número de presos cumprindo pena e medidas de segurança, ao número de presos provisórios (no sistema penitenciário), e também dos presos custodiados em delegacias de polícia. O programa não foi totalmente aprimorado e apresenta falhas, principalmente nos primeiros anos de sua implantação. Além disso, nem todos os Estados alimentam adequadamente o sistema informatizado, que apresenta lacunas, sobretudo com relação aos presos em delegacias de polícia.

⁸⁹ Os dados sintéticos do DEPEN sobre a população prisional relativos a 2000, 2001 e 2002 possuem informação *desagregada* sobre os presos custodiados em delegacias de polícia, especificando a quantidade de presos provisórios e de presos condenados mantidos em sede policial. A partir de 2003, não há mais tal informação desagregada. Optou-se por razões metodológicas, não inserir nas análises de dados sobre presos provisórios feitas neste capítulo os dados anteriores a 2003. Explica-se: a partir de 2003, como o Ministério da Justiça não especifica a condição dos presos em delegacias de polícia, optou-se por considerá-los todos presos provisórios, seguindo-se o que, na realidade, se verifica majoritariamente. Não seria correto, portanto, ao seguir tal metodologia de cálculo, incluir os anos de 2000 a 2002, que discrimina a condição dos presos mantidos em unidades policiais.

De acordo com os dados oficiais mais recentes, publicados em dezembro de 2012, a população carcerária total no Brasil corresponde a 548.003 presos, incluindo neste número os presos mantidos no sistema penitenciário (513.713) e os custodiados nas unidades da Polícia (34.290).⁹⁰ A população carcerária nacional, calculada por cada 100.000 habitantes, vem crescendo a cada ano, sendo que, de 2000 a 2012, ela mais que dobrou, apresentando uma porcentagem de crescimento de 105% (**gráfico 1**).

Gráfico 1 - Evolução da população carcerária total por 100.000 habitantes



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) - Ministério da Justiça

1.4.1

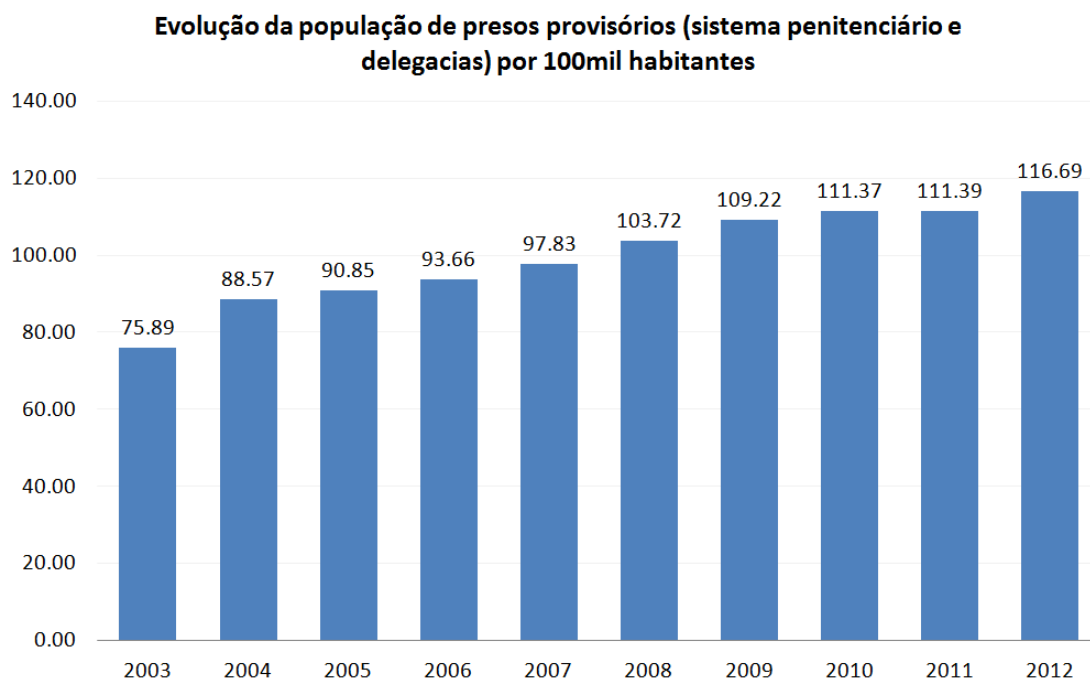
População nacional de presos provisórios e comparação com a população de presos cumprindo pena

A população total de presos provisórios, consoante os mesmos dados de dezembro de 2012, acusa um montante de 229.326 pessoas, sendo 195.036 presos custodiados no Sistema Penitenciário, e 34.290 em delegacias de polícia. Através destes dados, constata-se que a população de presos provisórios correspondia, no final de 2012, a aproximadamente 42% do total de encarcerados do país. É

⁹⁰ Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). População Carcerária - Sintético: dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen>, acesso em 10-07-2013.

possível ainda se estimar que o número de presos provisórios por 100.00 habitantes no país, de 2003 a 2012, cresceu aproximadamente 54% (**gráfico 2**), um incremento consideravelmente maior do que o ocorrido com a população de condenados cumprindo pena, que cresceu 42.5% no mesmo período.

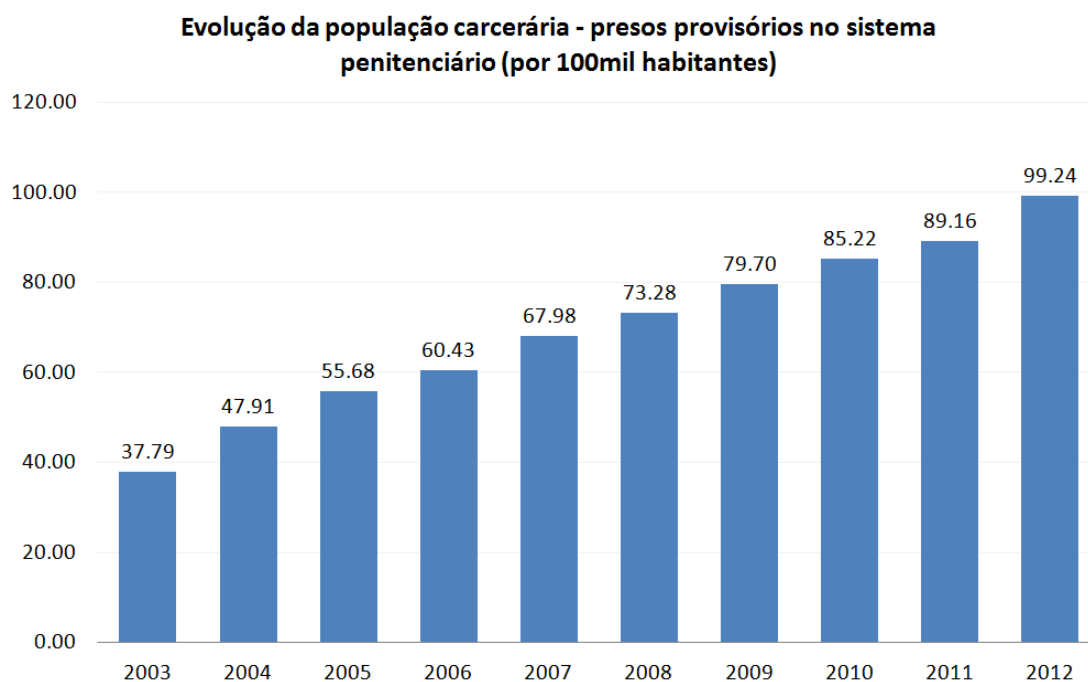
Gráfico 2 - Evolução da população de presos provisórios (sistema penitenciário e delegacias) por 100.000 habitantes



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) - Ministério da Justiça

Além disso, é importante destacar que o crescimento da prisão provisória por 100.000 habitantes, apenas no sistema penitenciário, ou seja, sem incluir os presos em delegacias de polícia, mais que dobrou de 2003 a 2012, através de um incremento de 162.5% (**gráfico 3**), o que mostra um crescimento acentuadamente maior do que o de presos cumprindo pena, custodiados igualmente no sistema penitenciário, que cresceu pouco mais de 40%. Ao mesmo tempo, verifica-se um decréscimo no número de presos provisórios em delegacias de polícia ao longo dos anos, o que pode ser fruto de uma transferência de presos provisórios para o sistema penitenciário.

Gráfico 3 - Evolução da população de presos provisórios no sistema penitenciário, por 100.000 habitantes



Fonte: Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) - Ministério da Justiça

Através de cálculos das porcentagens de presos sobre a população carcerária total a cada ano (**tabela 1**), também é possível perceber que, entre 2003 e 2012, as porcentagens de prisão provisória no país oscilaram entre 42% e 44%, tendo como pico o ano de 2004, onde chegou a aproximadamente 48%. A porcentagem média de presos provisórios sobre o total da população carcerária é, neste período de dez anos, de 44%, o que significa dizer, em outras palavras, que a prisão provisória corresponde a quase metade das pessoas encarceradas no Brasil.

1.4.2

População de presos provisórios por Estado

Verificado o quadro das prisões provisórias por Estado da Federação⁹¹ (tabela 1), a situação é ainda mais preocupante. São Paulo, Minas Gerais, Pernambuco, Rio de Janeiro e Paraná são os Estados que possuem o maior número de presos provisórios do país, assim como também concentram as quantidades mais altas de população carcerária total. O Estado de São Paulo abarcava mais de 40% da população nacional de presos provisórios em dezembro de 2012, seguido por Minas Gerais, Pernambuco, Rio de Janeiro e Paraná.

Observa-se que a porcentagem de presos provisórios, de 2003 a 2012⁹², é, na grande maioria dos Estados da Federação, superior a 40%, sendo que, em metade deles, as médias são iguais ou superiores a 50%. Há Estados que apresentam porcentagens de presos provisórios ainda mais altas, acima de 60% e chegando a quase 70%, como Minas Gerais, Piauí, Maranhão, Amazonas, Bahia e Pará. As menores médias estão no Distrito Federal e no Rio Grande do Sul. Cabe também destacar que nos Estados de Alagoas, Minas Gerais e Piauí há oscilações consideráveis nas porcentagens em alguns anos, que chegam a apresentar quase 80% de presos provisórios. Em dezembro de 2006, o Pará chegou a possuir 86% de presos provisórios.

⁹¹ Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). População Carcerária - Sintético, por Estado da Federação: dados de dezembro, referentes aos anos de 2003 a 2012. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen>, acesso em 10-07-2013. Cabe observar que os dados oficiais por Estado apresentam algumas falhas, sobretudo no que diz respeito ao cômputo de presos em delegacias de polícia. Assim, os Estados de Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Pará, Paraíba, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Santa Catarina e Sergipe possuem lacunas, não discriminando muitas vezes os presos em unidades policiais. Em São Paulo, foi possível observar que, em 2005, 2006 e 2008, não há dados sobre mulheres em prisão provisória no sistema penitenciário, mas somente em delegacias, o que denota que todas as presas provisórias encontravam-se em delegacias de polícia deste Estado.

⁹² Os cálculos foram feitos com base nos dados sintéticos por Estado, de 2003 a 2012, publicados em dezembro de cada ano. Cabe observar que os Estados de Sergipe e de Roraima não disponibilizaram quaisquer dados sobre presos provisórios, respectivamente, em dezembro de 2006 e dezembro de 2012.

Tabela 1 - População de presos provisórios e sua porcentagem na população carcerária de cada Estado da Federação

Relação de presos provisórios/% da população carcerária																				
	203		204		205		206		207		208		209		210		211		212	
AC	102	5%	93	5%	107	4%	101	5%	125	5%	125	4%	131	3%	135	3%	119	3%	106	3%
AL	113	6%	154	6%	112	4%	129	6%	123	6%	168	7%	175	7%	129	4%	153	4%	187	4%
AM	135	6%	157	6%	245	6%	206	6%	257	6%	271	6%	303	6%	356	6%	421	6%	520	6%
AP	39	4%	53	4%	67	3%	182	5%	67	3%	69	3%	89	4%	80	4%	91	5%	67	3%
BA	264	4%	293	5%	525	7%	831	6%	935	6%	934	6%	972	6%	1271	7%	856	6%	764	5%
CE	381	3%	450	4%	494	4%	532	4%	503	4%	545	4%	624	4%	695	4%	787	4%	877	4%
DF	100	1%	131	1%	133	1%	133	1%	177	2%	172	2%	162	2%	191	2%	226	2%	255	2%
ES	441	7%	428	6%	450	6%	475	6%	530	6%	584	5%	507	4%	485	4%	523	4%	641	4%
GO	539	7%	524	6%	556	5%	717	7%	431	4%	453	4%	499	4%	511	4%	511	4%	535	4%
MA	323	7%	275	6%	325	6%	353	6%	387	7%	319	6%	367	7%	342	6%	301	5%	352	6%
MG	1818	7%	1853	7%	1828	7%	2563	7%	2556	6%	2890	6%	2333	6%	2333	6%	3005	6%	3520	6%
MS	279	4%	540	5%	315	3%	445	4%	430	4%	493	3%	393	3%	428	3%	421	3%	406	3%
MT	305	4%	216	4%	424	5%	435	5%	520	5%	572	5%	562	5%	492	4%	552	4%	565	5%
PA	375	6%	324	5%	472	6%	861	8%	619	7%	542	6%	600	5%	556	5%	621	5%	599	5%
PB	170	3%	175	2%	204	3%	300	4%	289	3%	354	3%	280	3%	334	4%	351	3%	329	3%
PE	640	5%	883	6%	1198	6%	594	3%	1033	5%	1123	5%	1239	5%	1377	5%	1517	5%	1803	6%
PI	150	7%	157	7%	102	6%	114	6%	149	5%	166	7%	187	7%	197	7%	204	6%	194	6%
PR	710	5%	863	5%	971	5%	1018	3%	1031	3%	1513	4%	1343	4%	1322	5%	1533	4%	1196	3%
RJ	415	2%	1027	4%	1026	3%	679	2%	1035	4%	1042	4%	1102	4%	793	3%	1211	4%	1421	4%
RN	54	2%	143	5%	228	5%	252	5%	115	3%	215	5%	165	4%	339	5%	340	5%	301	4%
RO	211	5%	111	3%	163	3%	167	3%	166	3%	175	2%	180	2%	182	2%	108	1%	159	2%
RR	38	5%	30	2%	55	5%	43	4%	61	4%	73	4%	87	5%	76	4%	69	3%	-	ND
RS	705	3%	293	1%	644	2%	319	1%	535	2%	605	2%	664	2%	769	2%	664	2%	706	2%
SC	200	2%	791	5%	369	3%	319	3%	387	3%	419	3%	382	2%	398	2%	392	2%	475	2%
SE	84	3%	94	5%	170	6%	-	ND	173	5%	197	6%	224	7%	245	7%	233	6%	253	6%
SP	4878	3%	5357	4%	5927	3%	5463	3%	5142	3%	5440	3%	6059	3%	6163	3%	6377	3%	6770	3%
TO	80	6%	137	6%	81	7%	93	5%	94	4%	75	4%	92	5%	104	5%	125	5%	144	5%
Total	1550	4%	1543	4%	1659	4%	1374	4%	1356	4%	1586	4%	1916	4%	2529	4%	2113	4%	2336	4%

Fonte: Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) - Ministério da Justiça

1.4.3

População em prisão provisória a partir da vigência da Lei 12.403/2011

Outra perspectiva importante a ser analisada é aquela que recorta os dados do Ministério da Justiça a partir da entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011⁹³, que criou medidas cautelares diversas da prisão e destinou à prisão provisória um lugar secundário e excepcional na escala de cautelas pessoais no processo penal. Esta perspectiva é fundamental para se avaliar o impacto da legislação sobre o funcionamento concreto do sistema penal brasileiro, verificando se, a partir dela, houve um decréscimo no número de presos provisórios, na medida em que os juízes deveriam passar a decretar, preferencialmente, medidas cautelares diversas da prisão.

De acordo com os dados do DEPEN de dezembro de 2011, havia 217.146 presos provisórios custodiados no sistema penitenciário e em delegacias, pouco menos do que o evidenciado em junho do mesmo ano, antes da entrada em vigor da lei 12.403/2011, quando havia 218.437 presos provisórios no país. Em junho de 2012, este número aumentou para 232.244 presos provisórios e novamente sofreu um ligeiro decréscimo, em dezembro de 2012, para 229.326 presos provisórios.

Através de uma comparação anual, é possível verificar que houve um aumento no número de presos provisórios entre junho de 2011 (antes da entrada em vigor da lei) e junho de 2012 (já com a lei em vigor). Da mesma forma, através de uma comparação anual, após a vigência da lei (entre dezembro de 2011 e dezembro de 2012), também se verifica um aumento no número de presos provisórios.

Ainda que o período de um ano seja insuficiente para se avaliar de forma fidedigna o impacto da lei 12.403/2011 no funcionamento do sistema cautelar pátrio, é importante observar que não houve decréscimo de 2011 a 2012 no número de presos provisórios, quando era de se esperar, ao menos uma pequena alteração neste número, como fruto de uma nova atitude dos operadores do

⁹³ A Lei n. 12.403, de 04-05-2011, foi publicada em 05-05-2011, e entrou em vigor em 05-07-2011, ou seja, sessenta dias após sua publicação. Os dados disponíveis do DEPEN a partir da entrada em vigor da lei são, portanto, os referentes a dezembro de 2011, junho de 2012 e dezembro de 2012.

direito, sobretudo dos juízes no momento da decretação de medidas cautelares pessoais, de forma a diminuir a entrada e a permanência de presos provisórios no sistema carcerário.

1.4.4

Perfil aproximativo do preso provisório no Brasil

Não há no Brasil dados oficiais específicos sobre as características demográficas e o perfil socioeconômico dos presos provisórios, nem discriminação a respeito da espécie e natureza dos delitos imputados a eles. Os únicos dados específicos existentes dizem respeito à população masculina e feminina de presos provisórios no sistema penitenciário e nas delegacias de polícia.

O Ministério da Justiça discrimina dados sobre o perfil dos presos mantidos apenas no sistema penitenciário nacional, e, em geral, de forma desagregada, ou seja, sem especificar informações sobre a categoria de condenados e a de presos provisórios. As informações sobre o perfil do preso no sistema penitenciário referem-se ao grau de instrução, nacionalidade, espécie e quantidade de crimes consumados/tentados, faixa etária, cor da pele/etnia, estado civil e procedência. Ainda que não digam respeito especificamente aos presos provisórios, é possível, através destes dados, se fazer uma aproximação do perfil daquele que ingressa no sistema brasileiro através da prisão provisória.

De acordo com os dados do DEPEN mais atuais (dezembro de 2012), os presos no sistema penitenciário são, em sua maioria, homens, jovens (18 a 29 anos), solteiros, com ensino fundamental incompleto, pardos, provenientes de municípios situados em regiões metropolitanas.⁹⁴ A quase metade das condenações (49.1%) corresponde a crimes contra o patrimônio (roubo e furto), seguida pelas condenações por tráfico de drogas (25.33%).

A população prisional no Brasil é majoritariamente masculina. A população prisional de mulheres é bastante reduzida em comparação com a

⁹⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Relatório Estatístico - Analítico do Sistema Prisional Nacional (dezembro de 2012). Disponível em <http://portal.mj.gov.br>, acesso em 10-03-2013.

masculina: são 35.019 mulheres encarceradas no Brasil, o que corresponde a aproximadamente 6.4% da população carcerária total.⁹⁵

No universo de mulheres presas, 14.151 são presas provisórias (3.399 em delegacias de polícia e 10.752 no sistema penitenciário), o que representa aproximadamente 40% do total da população carcerária feminina do país, em dezembro de 2012. Ainda que representem um grupo reduzido em comparação com a população prisional masculina, o número de mulheres encarceradas vem crescendo proporcionalmente mais, especialmente em relação às mulheres envolvidas com o tráfico ilícito de drogas. A Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres do Ministério da Justiça apurou que, entre 2000 e 2006, a taxa de crescimento do encarceramento feminino por 100.000 habitantes foi de 135.37%, enquanto a masculina foi de 53.36%.⁹⁶ Através dos dados divulgados pelo DEPEN, é possível verificar que, entre 2004 e 2012⁹⁷, a taxa de encarceramento de mulheres por 100.000 habitantes aumentou 72%, em comparação com um crescimento de 49% da população masculina. Também é possível se observar uma alta porcentagem de condenações de mulheres por tráfico de drogas: em dezembro de 2012, 59.4% do total de crimes praticados por mulheres referem-se a delitos desta natureza.

A população feminina em prisão provisória, em comparação com a população masculina, também é reduzida, correspondendo a aproximadamente 6% da população total de presos provisórios. Além disso, a média de crescimento anual por 100.000 habitantes⁹⁸, entre 2004 e 2012, mostra expansão marginalmente maior de homens em prisão provisória (taxa média de crescimento de 3.6% ao ano) do que de mulheres na mesma condição (taxa média de crescimento de 3.35% ao ano). A grande diferença ocorre com os presos em delegacias, onde o número de mulheres cresceu a uma taxa média anual de 18%,

⁹⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Relatório Estatístico - Analítico do Sistema Prisional Nacional (dezembro de 2012). Disponível em <http://portal.mj.gov.br>, acesso em 10-03-2013.

⁹⁶ BRASIL. Presidência da República. Ministério da Justiça. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Grupo de Trabalho Interministerial. Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino. Relatório Final. Brasília, dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen>, acesso em 10-03-2013.

⁹⁷ Não foi possível se determinar o crescimento a partir do ano de 2003, pois o Ministério da Justiça não discriminou dados sobre o sexo dos presos em delegacias de polícia neste ano, mas somente a partir de 2004.

⁹⁸ Optou-se por utilizar aqui a taxa média de crescimento devido à grande volatilidade dos dados anuais relativos à prisão de mulheres (crescimento muito alto em determinados anos e quedas expressivas em outros).

ao passo que os homens decresceram 10.5%. Já no sistema penitenciário, o crescimento anual médio da população masculina (10.2%) é superior ao da feminina (6.5%). Pode-se dizer que há no país uma tendência à custódia de presas provisórias em delegacias de polícia.

1.4.5

Conclusões parciais

Em suma, o que se depreende essencialmente da análise dos dados oficiais realizada é que a prisão provisória representa com certeza uma das faces do encarceramento em massa no Brasil, que cresce de forma sustentada, acompanhando o crescimento da população carcerária total. Além disso, é relevante verificar que nos últimos dez anos (2003-2012), a prisão provisória cresceu proporcionalmente mais do que a pena privativa de liberdade. Através de uma comparação da proporção de crescimento da prisão provisória apenas no sistema penitenciário com o evidenciado com a população de presos condenados cumprindo pena no mesmo local, verifica-se um disparate ainda maior, onde a prisão provisória se impõe como principal instrumento encarcerador.

Através da análise dos dados, pode-se afirmar com segurança que a prisão provisória tem uma atuação preferencial no sistema penal brasileiro, ainda que não exatamente na dimensão do que salienta Zaffaroni acerca da realidade da América Latina, e que, indubitavelmente, a inversão do sistema penal no Brasil tem operado de forma que a exceção tornou-se regra. Isso faz com que a prisão provisória no Brasil configure uma das mais violentas manifestações do poder de punir do Estado. Assim, na prática, a prisão provisória assume por excelência o papel de pena, à revelia do direito e de sua construção dogmática, como principal instrumento de política criminal no Brasil, de claro cariz eficientista. A prisão provisória revela-se, na realidade brasileira, como um meio de punição mais severo do que a pena decretada ao final do processo, na medida em que se aplica a indivíduos que ostentam o *status* jurídico de inocentes.

2

Os contornos da prisão cautelar no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: bases para a rediscussão do instituto no Brasil à luz dos pronunciamentos e recomendações da Corte e da Comissão Interamericanas de Direitos Humanos

2.1

Introdução

Este capítulo trata do exame aprofundado do entendimento dos órgãos do Sistema Interamericano sobre a prisão provisória, seus princípios orientadores e limites. A finalidade central desta abordagem é traçar as bases para a rediscussão, no Brasil, da prisão provisória no plano dos direitos humanos, tendo como referência a construção jurisprudencial e interpretativa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Para tanto, empregou-se o método de pesquisa qualitativa de decisões da Corte IDH e de *informes de fondo* (relatórios de mérito) da CIDH: analisou-se de forma detalhada a fundamentação empregada em quatorze casos contenciosos, relativos a violações aos direitos à liberdade pessoal, às garantias processuais, à integridade pessoal, dentre outros, consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e em outros instrumentos internacionais.

Uma das grandes inovações da Convenção Americana, quiçá a principal, consiste na criação de mecanismos de controle externo dos direitos e garantias nela reconhecidos, de maneira a permitir a responsabilização internacional dos Estados-partes em caso de seu descumprimento. Neste contexto, é forçoso reconhecer a importância dos órgãos do Sistema Interamericano (Corte IDH e CIDH), que, exercendo esta função de controle, também conferem significado às normas internacionais, desempenhando importante papel de avaliar e limitar a aplicação da prisão provisória no âmbito interno dos países americanos.

Conforme aponta o ex-Presidente da Corte IDH, Sergio García Ramírez, o sistema penal é *a área crítica dos direitos humanos, expostos, dolorosa e*

frequentemente, aos mais graves riscos e à mais severa afetação.⁹⁹ São numerosos os casos relatados pela CIDH e submetidos à jurisdição da Corte IDH relativos a graves violações de direitos envolvendo o sistema penal dos mais diversos países americanos, e a problemática que cerca a prisão preventiva emerge em muitos deles¹⁰⁰.

Dentre os frequentes pronunciamentos dos órgãos do Sistema Interamericano sobre a matéria, buscou-se estudar neste capítulo aqueles que discutem os alcances e limitações da privação de liberdade a título cautelar, destacando seus parâmetros de legitimidade/convencionalidade, razoabilidade e proporcionalidade. Assim, a partir de prévia consulta à jurisprudência da Corte, selecionou-se nove decisões relativas aos casos contenciosos considerados mais relevantes, que foram objeto de análise minuciosa.¹⁰¹ Além dos julgados da Corte,

⁹⁹ *"En rigor, la llamada justicia penal --o, menos pretenciosamente, el sistema penal-- es la zona crítica de los derechos humanos. En ella quedan esos derechos expuestos al más grave riesgo, y en ella sufren la más severa afectación, con dolorosa frecuencia. Aquello obedece a que la persecución penal pone en conflicto inmediato al Estado, dotado de la mayor fuerza como monopolizador de la violencia --supuestamente legítima-- e investido de la mayor capacidad de intervención en la vida de las personas, con los individuos indiciados, procesados o sentenciados, a los que se identifica como 'enemigos sociales' y que ciertamente no poseen, ni siquiera al amparo de los sistemas judiciales más desarrollados, la fuerza jurídica y material de que dispone el Estado"*: Corte IDH. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez, parágrafo 11. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 20-10-2012.

¹⁰⁰ *"Cada vez que la Corte Interamericana examina asuntos como el correspondiente al caso Tibi, surge el problema de la prisión preventiva"*: Corte IDH. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez, parágrafo 61. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

"El examen y la sentencia del Caso Bayarri promueven diversas cuestiones relevantes a propósito de la tutela de los derechos humanos en el marco del procedimiento penal, que constituye un escenario complejo y peligroso para el encuentro entre los poderes del Estado y los derechos del individuo. Entre esas cuestiones figura la privación cautelar de la libertad del procesado, tema

frecuentemente destacado en los pronunciamientos de la Corte – como también, por supuesto, en

la práctica de la persecución penal, plagada de vicisitudes(...)": Corte IDH. **Caso Bayarri Vs. Argentina**. Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez, parágrafo 1. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187. Disponíveis em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 20-10-2012.

¹⁰¹ Muitas outras decisões também foram objeto de exame, e são mencionadas ao longo do texto, mas, por não tratarem especificamente do tema, não foram expostas de maneira detalhada: **Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua** (1997), que trata, pela primeira vez, da definição do prazo razoável do processo penal; **Caso Loaysa Tamayo Vs. Perú** (1997) e **Caso Cantoral Benavides Vs. Perú** (2000), ambos sobre a prisão ilegal e arbitrária das vítimas, processadas pelos delitos de traição à pátria (no foro militar) e terrorismo (no foro comum), durante estado de emergência e suspensão de garantias no Perú; **Caso Bulacio Vs. Argentina** (2003), **Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala** (2003), e **Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú** (2004), sobre a interpretação das garantias consagradas nos artigos 7.4 e 7.5 da CADH, discutidas de forma pomenorizada nos julgados analisados; **Caso Yvon Neptune Vs. Haití** (2008): sobre as disfunções

também se analisou pormenorizadamente cinco casos contenciosos relatados pela Comissão Interamericana em *informes* (relatórios) considerados fundamentais sobre o tema. Buscou-se examinar sentenças e *informes* relativos a denúncias contra Estados diferentes, de maneira a se expor, ainda que por amostragem, a realidade da prisão processual e seus reflexos nos sistemas penais na região.

A partir das mudanças empreendidas pela Lei 12.403/2011 ao sistema de cautelares pessoais do Código de Processo Penal brasileiro e tendo em vista o número de presos provisórios no país, é fundamental um novo debate sobre a prisão cautelar que a reavalie à luz dos direitos humanos.¹⁰² No plano jurídico, esta discussão deve iniciar-se com a análise do sistema processual penal brasileiro fundado numa dupla base: a Constituição e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, compreendido, em sua plenitude, como um extenso complexo normativo, formado não apenas pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e incorporados ao ordenamento jurídico interno, mas também pelos pronunciamentos, sentenças, opiniões e recomendações dos órgãos do Sistema Interamericano.¹⁰³ Nos dizeres de Sergio García Ramírez, a frequência dos pronunciamentos da Corte IDH em matéria de prisão cautelar produziu "*um corpo*

do sistema penal haitiano e que não foi foco de análise mais detalhada porque a fundamentação utilizada é exatamente a mesma do **Caso Bayarri Vs. Argentina** (2008); **Caso Pacheco Teruel Vs. Honduras** (2012): sobre violações de direitos humanos em decorrência das graves condições do sistema carcerário deste país, dentre elas a custódia de presos provisórios juntamente com presos cumprindo pena, uma realidade frequente nos casos contenciosos analisados; **Caso Díaz Peña Vs. Venezuela** (2012), no qual a Comissão entendeu que a prisão preventiva do acusado foi arbitrária, porque fundamentada na presunção legal de fuga do imputado, além de ter se prolongado de forma irrazoável; no entanto, a Corte admitiu a exceção preliminar do Estado de falta de esgotamento dos recursos internos no tocante aos fatos relativos à prisão preventiva e à duração do processo, ainda que tenha reconhecido a violação ao direito à integridade pessoal do imputado e recomendado a adequação das condições de prisão na Venezuela aos standards internacionais. Todas as decisões estão disponíveis em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

¹⁰² Neste sentido, PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 102.

¹⁰³ Neste sentido, aponta Sergio García Ramírez: "*Si ahora tratamos de construir o reconstruir el sistema penal --y bien haremos en construilo o reconstruilo, conforme a las necesidades-- tenemos que plantarlo sobre un doble cimiento: nuestras constituciones liberales, oriundas de la herencia desarrollada desde el final del siglo XVIII, y el derecho internacional de los derechos humanos. Este debe ser tomado en su plenitud, que abarca múltiples vertientes: declaraciones, convenios, estatutos, reglamentos, pronunciamientos, sentencias, opiniones, resoluciones, recomendaciones, en fin, un extenso complejo normativo con características propias*": RAMÍREZ, Sergio García. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. In: *Reformas al Sistema de Justicia Penal en Japón y América Latina*. San José, Costa Rica: ILANUD, 2011, p. 191.

*de doutrina" que deveria projetar-se nas normas e decisões internas dos Estados-partes, a título de interpretação formal da Convenção Americana.*¹⁰⁴

Os dois primeiros tópicos do capítulos tratam, respectivamente, da jurisprudência da Corte IDH e dos relatórios da CIDH. A última parte do trabalho traz a análise sintética das decisões e *informes*, onde se buscou consolidar o entendimento mais atual do Sistema Interamericano em matéria de prisão cautelar, que consistirá em substrato inovador para o debate, no terceiro capítulo, da prisão provisória brasileira.

2.2

A construção jurisprudencial dos limites e princípios orientadores da prisão provisória pela Corte Interamericana de Derechos Humanos

Conforme já sublinhado, os pronunciamentos dos órgãos do Sistema Interamericano, além de consistirem em instrumento de controle externo do arcabouço normativo de proteção dos direitos humanos, configuram importante manancial interpretativo dos parâmetros da Convenção Americana sobre a privação de liberdade do processado ou investigado. Daí a importância de se aprofundar na matéria, que ainda não recebe o devido cuidado no Brasil.

O estudo detalhado de casos contenciosos da Corte Interamericana, realizado a seguir, mostra a construção do entendimento deste tribunal sobre os princípios, direitos e garantias que orientam a prisão provisória, de acordo com a Convenção Americana e outros tratados internacionais de direitos humanos.

2.2.1

Caso Gangaram Panday vs. Suriname (1994)¹⁰⁵

Trata-se de caso submetido à Corte pela CIDH, oriundo de denúncia oferecida contra o Estado do Suriname em 1988. Ainda que, neste caso, a Corte não tenha examinado especificamente a temática da prisão preventiva, ela definiu

¹⁰⁴ Corte IDH. **Caso Bayarri Vs. Argentina**. Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez, parágrafo 1. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 20-10-2012.

¹⁰⁵ Corte IDH. **Caso Gangaram Panday Vs. Surinam**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 10-09-2012.

os conceitos de prisão ilegal e de prisão arbitrária (artigos 7.2 e 7.3 da CADH), ponto de partida para a interpretação de casos posteriores relativos à prática abusiva da prisão provisória em diversos Estados americanos.

O sr. Choeramoenipersad Gangaram Panday foi detido em 05 de novembro de 1988, no Aeroporto de Zanderij pela Polícia Militar do Suriname, sob a alegação da necessidade de investigação das razões de sua expulsão da Holanda. A vítima permaneceu presa até o dia 08-11-1988, sem comunicação à autoridade judicial competente, quando seu corpo foi encontrado sem vida, com marcas que comprovavam a morte por enforcamento.

A CIDH denunciou violações aos direitos humanos consagrados na CADH em seus artigos 1 (obrigação de respeitar os direitos), 2 (dever de adotar disposições de direito interno), 4.1 (direito à vida), 5.1 e 5.2 (direito à integridade pessoal), 7.1, 7.2 e 7.3 (direito à liberdade pessoal) e 25.1 e 25.2 (proteção judicial).

A Corte entendeu, por unanimidade, que o Suriname violou o direito à liberdade pessoal do sr. Gangaram Panday, em razão de tê-lo detido ilegalmente, em desconformidade com o artigo 7.2 da CADH. A Corte não se pronunciou sobre a alegada arbitrariedade da prisão da vítima, inclusive sobre a sua não apresentação à autoridade judicial competente, julgando bastante o reconhecimento da ilegalidade da prisão.¹⁰⁶

O artigo 7.2 da CADH dispõe que a privação da liberdade física de qualquer pessoa somente poderá se dar "pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas", vedando a prisão ilegal. Por sua vez, o artigo 7.3 proíbe "a detenção ou encarceramento arbitrários", sem, no entanto, explicitar no que consiste a arbitrariedade da prisão.

Em interpretação ao artigo 7.2, a Corte declarou que a legalidade da prisão está condicionada a dois aspectos: material e formal. Assim, a privação de liberdade somente poderá se dar *de acordo com as causas, casos ou circunstâncias expressamente tipificados na lei (aspecto material), assim como deverá se sujeitar, de forma restrita, aos procedimentos objetivamente definidos*

¹⁰⁶ Corte IDH. **Caso Gangaram Panday Vs. Surinam**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, parágrafo 51.

em lei (aspectos formais).¹⁰⁷ A prisão que não obedecer aos requisitos material e formal será considerada ilegal.

Com relação ao artigo 7.3, a Corte firmou entendimento de que tal dispositivo impõe uma condição ao exercício da prisão, que, *ainda que esteja revestida de legalidade, deverá também ser compatível com os direitos fundamentais do indivíduo, e assim, obedecer, dentre outros, aos requisitos de razoabilidade, previsibilidade e proporcionalidade*.¹⁰⁸ A prisão que se mostrar incompatível com tais exigências será considerada arbitrária.

Com relação às demais alegações feitas pela CIDH, a Corte declarou, por unanimidade, não ser possível precisar, através de indícios concludentes e convincentes, que o Sr. Panday foi vítima de torturas durante sua prisão em estabelecimento militar do Suriname, e que também não fora possível fixar a responsabilidade do Estado pela morte do preso por enforcamento.¹⁰⁹ Entendeu também, por unanimidade, que não existiam elementos que demonstrassem que o Estado violou os artigos 2 e 25 da Convenção Americana.

2.2.2

Caso Suárez Rosero vs. Ecuador (1997)¹¹⁰

Este caso é uma referência fundamental em matéria de prisão cautelar, pois foi a partir dele que a Corte IDH assentou e sistematizou princípios que vinham sendo desenvolvidos de maneira escassa e parcial em casos contenciosos anteriores.¹¹¹ Tais princípios passaram a ser reiterados em decisões subseqüentes da Corte, inclusive em orientações e recomendações da CIDH.

No dia 22 de dezembro de 1995, a CIDH submeteu à Corte IDH uma demanda contra o Estado equatoriano, que apontava violações aos seguintes

¹⁰⁷ Corte IDH. **Caso Gangaram Panday Vs. Surinam**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, parágrafo 47.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ A Corte explicou que a fixação da responsabilidade do Suriname pela morte do sr. Panday não poderia ser deduzida da declaração da ilegalidade da prisão, uma vez que esta não restou comprovada, mas sim estabelecida pela Corte por inferência, ou seja, porque o Suriname se omitiu em informar sobre os critérios materiais e formais de legalidade das prisões no Estado: Corte IDH. **Caso Gangaram Panday Vs. Surinam**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, parágrafos 13 e 62.

¹¹⁰ Corte IDH. **Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador**. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 11-09-2012.

¹¹¹ BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto. *Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Editores Del Puerto: Defensoría Geral de la Nación, 2008, p. 4.

artigos da Convenção Americana: 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial). As violações aduzidas se referiam à prisão do Sr. Rafael Ivan Suárez Rosero por policiais equatorianos, em razão de suspeita de seu envolvimento com organização internacional dedicada ao tráfico ilícito de entorpecentes.

A Corte IDH considerou como fatos comprovados que o Sr. Rosero foi detido em 23 de junho de 1992, sem ordem emitida por autoridade competente e fora das hipóteses de flagrante delito, e que, ao prestar declarações aos policiais no dia de sua prisão, não fora acompanhado por defensor. Considerou ainda que o preso fora mantido incomunicável por trinta e cinco dias, sendo que nos primeiros trinta dias, permaneceu em cela de estabelecimento policial de aproximadamente quinze metros quadrados, úmida e pouco ventilada, compartilhada com outras dezesseis pessoas, sem assistência de advogado e visitas de familiares.

Após 49 dias de prisão, foi formalmente decretada a prisão preventiva do Sr. Rosero e em novembro do mesmo ano, foi acusado do cometimento do delito de transportar drogas com o intuito de destruí-las e ocultar as evidências.

Os dois pedidos de revogação da prisão preventiva, feitos pelo imputado em 1992 e 1993 foram denegados, assim como o *habeas corpus* interposto em 1993 perante a Corte Suprema de Justiça do Equador. Em julho de 1995, na fase plenária do processo, o Presidente da Corte Superior de Justiça de Quito entendeu que não estavam presentes os requisitos da prisão preventiva do réu, ordenando que fosse colocado em liberdade. Ainda assim, tal decisão foi objeto de revisão perante a Corte Superior de Justiça de Quito, em razão de exigência prevista em lei especial sobre substâncias estupefacientes e psicotrópicas. Em 16 de abril de 1996, a Corte Superior de Justiça concedeu a liberdade ao Sr. Rosero, cuja ordem foi cumprida em 29-04-1996, três anos e dez meses depois da data da prisão.

Em setembro de 1996, o Sr. Rosero foi condenado pelo crime de ocultação de tráfico ilícito de entorpecentes à pena privativa de liberdade de dois anos, com a determinação de comutação do tempo em que o réu permanecera em prisão preventiva. Além disso, foi imposto ao condenado uma multa de dois mil salários mínimos.

Em considerações preliminares sobre a matéria, a Corte manifestou-se sobre a contestação oferecida pelo Estado equatoriano, que requeria o rechaço e arquivo da demanda sob a alegação de que existiam provas seguras de que o Sr.

Suárez Rosero cometera delito muito grave relacionado ao narcotráfico, que atentava contra todo o povo equatoriano. A Corte IDH considerou que a inocência ou a culpabilidade do Sr. Rosero não era objeto da demanda em questão, e sim matéria a ser discutida perante o tribunal penal competente do Equador. Esta manifestação da Corte já denota um posicionamento condizente com o significado do princípio de presunção de inocência, como regra a nortear o tratamento do acusado durante a investigação preliminar e o processo penal, independentemente da gravidade do delito imputado.

Em seguida, ao analisar o mérito, a Corte declarou, por unanimidade, que o Equador violou, em prejuízo do Sr. Suarez Rosero, os artigos 2, 5, 7, 8 e 25 da Convenção Americana.

A Corte entendeu que o ato de prisão do suspeito foi ilegal e arbitrário, ofendendo os artigos 7.2 e 7.3 da CADH. A prisão foi considerada ilegal por que efetuada em desconformidade com a Constituição Política do Equador, que exige flagrante delito ou ordem judicial, bem como que a situação de flagrância e a incomunicabilidade do preso não poderão ser mantidas por mais de vinte quatro horas. *In casu*, o imputado não foi preso em flagrante, o que exigiria que a prisão se desse através de mandado judicial, o que também não ocorreu. Além disso, a primeira manifestação judicial sobre o caso ocorreu mais de um mês depois da prisão, e o preso foi mantido incomunicável por 35 dias, contrariando mais uma vez a Constituição do Equador.

A Corte considerou ainda que a prisão foi arbitrária porque a vítima permaneceu presa durante um mês em dependência policial inadequada para custodiar presos e que a lavratura do auto ocorreu muito tempo depois da prisão.

Com relação à medida de incomunicabilidade do preso, a Corte firmou entendimento de que deverá ter caráter excepcional, estar limitada ao período definido expressamente em lei, e destinar-se a impedir a interferência do preso na investigação dos fatos. Além disso, durante o regime de incomunicabilidade, o Estado deverá assegurar ao preso as garantias inderrogáveis previstas na CADH, especialmente o direito a questionar a legalidade da medida e o acesso à assistência jurídica efetiva.

A Corte entendeu ainda que o Estado equatoriano violou a obrigação exigida no artigo 7.5 da CADH, de conduzir o preso, sem demora, à presença de um juiz, considerando que o Sr. Rosero jamais compareceu pessoalmente perante

autoridade com poderes judiciais para ser informado acerca da acusação que lhe era feita.

Outra conclusão importante da Corte foi que o Equador violou os artigos 7.6 e 25 da CADH. A Corte entendeu que tais violações se deram porque o imputado não teve acesso a um meio fácil, rápido e eficaz de impugnação judicial da legalidade de sua prisão, uma vez que o *habeas corpus* por ele impetrado somente foi julgado depois de mais de quatorze meses de sua interposição, para então ser denegado porque o impetrante não havia fornecido certos dados, que não são requisitos exigidos pela legislação do Equador.

Nesta oportunidade, a Corte invocou a importância do instrumento do *habeas corpus*, não apenas para cumprir com a finalidade de garantir a liberdade, mas também a vida e a integridade pessoal do preso, prevenindo o seu desaparecimento forçado e a indeterminação dos locais de prisão. Neste sentido, ressaltou a importância da exigência, no *habeas corpus*, da apresentação pessoal do preso perante a autoridade competente para conhecer da legalidade da prisão.

Ao verificar que o processo penal durou mais de 50 meses, e que a prisão preventiva do Sr. Rosero estendeu-se por um prazo de 3 anos e 10 meses, em contraste com a pena máxima de prisão cominada para o delito imputado (dois anos), a Corte entendeu que o Equador violou os artigos 7.5 e 8.1 da Convenção Americana, que consagram o direito do processado de ser julgado em um prazo razoável ou a ser posto em liberdade.

Nesta oportunidade, a Corte reiterou seu entendimento, firmado no caso *Genie Lacayo*¹¹², sobre o conceito de "prazo razoável". Assim, a Corte IDH asseverou que o prazo razoável a que faz referência os artigos 7.5 e 8.1 da CADH tem como finalidade impedir que os acusados permaneçam durante longo tempo sob acusação e assegurar que esta se decida rapidamente, considerando-se que tal

¹¹² Optou-se por não estudar de forma pormenorizada o **Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua** (1994), porque o mesmo não se refere à privação de liberdade de suspeito ou acusado de delito e, assim, não trata diretamente do objeto da presente análise (limites da prisão processual na jurisprudência da Corte Interamericana), apenas desenvolvendo um aspecto que interessa ao tema tratado aqui, relativo à definição do prazo razoável do processo penal. De forma breve, o caso se refere à violação de direitos pelo Estado da Nicarágua no curso de investigação e processo penal para apuração e determinação da responsabilidade pela morte de Jean Paul Genie Lacayo, jovem de 16 anos, que, em 1991 teve seu carro metralhado por tiros disparados por militares. Em decisão prolatada em 1997, a Corte declarou, por unanimidade, que o Estado da Nicarágua violou os artigos 2, 25, 24 e 51.2 da Convenção Americana: Corte IDH. **Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 11-09-2012.

prazo deverá abranger todo o procedimento, inclusive os lapsos temporais relativos aos recursos eventualmente interpostos. Para se verificar a razoabilidade do prazo, a Corte elegeu, em conformidade com a Corte Européia de Direitos Humanos, três critérios orientadores: (i) a complexidade da matéria; (ii) a atividade processual do interessado; e (iii) a conduta das autoridades judiciais.

A Corte também entendeu que a prisão preventiva prolongada do Sr. Rosero violou o princípio de presunção de inocência, estabelecido no artigo 8.2 da CADH, aproveitando para firmar entendimento sobre este postulado fundamental. Segundo a Corte, a presunção de inocência é a base de sustentação ou razão de ser de todas as garantias judiciais, e princípio do qual decorre o dever estatal de *não restringir a liberdade do preso para além dos limites estritamente necessários a assegurar que este não impedirá o desenvolvimento eficiente das investigações bem como a ação da justiça, pois a prisão preventiva é uma medida cautelar, não punitiva*.¹¹³

A Corte considera que a presunção de inocência está intimamente ligada à excepcionalidade da prisão processual, regra firmada em vários instrumentos internacionais de direitos humanos, dentre eles, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. A Corte ainda entende que o princípio de presunção de inocência busca impedir que acusados sejam privados de liberdade durante o processo por um prazo desproporcional àquele correspondente à pena, o que corresponderia a uma evidente antecipação desta última, contrária aos princípios gerais do direito universalmente reconhecidos.¹¹⁴

Importante observar primeiramente que 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. Além disso, é fundamental perceber que, ao estabelecer tais limites, a Corte não faz qualquer referência à gravidade do delito imputado ao Sr. Rosero. Isso demonstra que o significado e alcance do princípio de presunção de inocência, como regra a nortear a excepcionalidade na prisão preventiva, não poderão ser restringidos em razão da natureza ou gravidade do crime imputado,

¹¹³ Corte IDH. **Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador**. Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44, parágrafo 77.

¹¹⁴ Corte IDH. **Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador**. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, parágrafo 77.

assim como em razão de outros critérios extra-processuais. Este entendimento da Corte se tornará, em decisões posteriores, cada vez mais explícito.

A Corte também declarou a violação pelo Equador do artigo 8.2, alíneas *c*, *d* e *e*, da Convenção Americana, porque, nos primeiros trinta e seis dias de prisão, o Sr. Rosero não pôde contar com assistência de um defensor público, e ao constituir advogado, não teve a possibilidade de com ele se comunicar de maneira livre e privada. A Corte entendeu que, em decorrência destas privações, o acusado não teve a oportunidade de preparar devidamente a sua defesa.

Por fim, a Corte entendeu que o Sr. Rosero foi vítima de tratamento cruel, desumano e degradante porque permaneceu durante trinta e seis dias em cela diminuta com vários outros presos, sem comunicação com o mundo exterior e especialmente com sua família, em condições precárias de higiene e submetido à violência física e psicológica.

Ademais, a Corte reconheceu que o artigo 114-*bis* do Código de Processo Penal do Equador violava a obrigação, prevista no artigo 2 da CADH, de os Estados adotarem as medidas necessárias para tornar efetivos os direitos assegurados na Convenção. O Código de Processo Penal equatoriano, ao prever limite temporal à duração da prisão preventiva, excluía deste direito os acusados de crimes tipificados em lei especial sobre substâncias estupefacientes e psicotrópicas. A Corte considerou que tal exceção despojava uma parte considerável da população carcerária de um direito fundamental, de maneira discriminatória¹¹⁵, e concluiu que o Equador não tomara as medidas de direito interno necessárias a fazer efetivo o direito reconhecido no artigo 7.5 da CADH.

Assim, a Corte determinou que o Equador adotasse as medidas necessárias para assegurar que as violações aos direitos humanos reconhecidas na sentença não voltassem a ocorrer, e que se investigasse, identificasse e, eventualmente, sancionasse os responsáveis por tais violações. Também se determinou que o Estado pagasse justa indenização à vítima.

É importante assinalar que, em alegações orais na fase de reparações e custas, o Equador respondeu à recomendação da CIDH sobre a necessidade de se modificar a disposição legal contida no artigo 114 de seu Código de Processo Penal, informando que em 24-12-1997, o Tribunal Constitucional do Equador

¹¹⁵ Corte IDH. **Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador**. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, parágrafo 98.

declarou inconstitucional o artigo citado. Não obstante, a CIDH havia também se manifestado pela importância transcendental de um efetivo agir do Equador com o objetivo de remediar as deficiências sistemáticas de seu sistema penal, mediante a promulgação de leis internas, de maneira a prevenir a detenção prolongada de pessoas em condições de incomunicabilidade, bem como a adoção das medidas necessárias para o efetivo cumprimento das garantias judiciais.

Em resposta, o Equador apresentou cópia de lei aprovada em 18-12-1997, que modificou o *Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social e a Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicos*, que a Corte entendeu, no entanto, que incluía disposição similar a que foi declarada violatória da Convenção na sentença de fundo. A Corte considerou, contrariamente ao aduzido pelo Equador, que a nova lei não constituía medida adequada para o cumprimento da sentença referida e reiterou a obrigação do Estado equatoriano em reconhecer os direitos consagrados na Convenção Americana a todas as pessoas sob a sua jurisdição, sem exceção alguma.¹¹⁶

2.2.3

Caso Tibi vs. Equador (2004)¹¹⁷

Em 2003, a CIDH submeteu à jurisdição da Corte uma demanda contra o Estado do Equador, relativa à denúncia de numerosas violações aos direitos consagrados na Convenção Americana, sofridos pelo sr. Daniel David Tibi, a partir de sua prisão em 1995, na cidade de Quito, no Equador. Este julgado é fundamental para verificar as graves implicações da prisão preventiva em outros direitos humanos do imputado.

Em 27 de setembro de 1995, o sr. Tibi, comerciante de pedras preciosas e arte equatoriana, foi preso enquanto conduzia seu carro na cidade de Quito, por agentes da INTERPOL, sem ordem judicial, em razão de suspeita de sua participação em crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Com a prisão do suspeito, foram apreendidos seus bens pela polícia equatoriana.

¹¹⁶ Corte IDH. **Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador**. Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44, parágrafo 87.

¹¹⁷ Corte IDH. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 11-09-2012.

No momento em que foi detido, o suspeito não estava cometendo qualquer delito, não lhe sendo informado o motivo pelo qual fora preso nem permitida a comunicação com sua companheira ou com o Consulado da França, seu país de origem. Em seguida, foi levado de avião até a cidade de Guayaquil, onde permaneceu em prisão preventiva por mais de dois anos. A ordem judicial de prisão do sr. Tibi foi expedida no dia seguinte ao de sua prisão, não tendo sido apresentado pessoalmente à autoridade judicial ou a defensor.

Ao analisar os fatos acima descritos, considerados comprovados, a Corte Interamericana entendeu que a prisão do sr. Tibi foi ilegal, configurando violação ao artigo 7.2 da CADH, porque contrária às exigências da Constituição Política e ao Código de Processo Penal equatorianos, vigentes no momento dos fatos, que determinam que a prisão somente poderá ocorrer nas hipóteses de flagrante delito ou mediante prévia ordem emanada de autoridade judicial competente.

Também entendeu que os incisos 4 e 5 do artigo 7 da Convenção Americana foram violados pelo Equador no presente caso, seguindo a orientação de decisões recentes.¹¹⁸ O artigo 7.4 prevê mecanismo para evitar ilegalidades e arbitrariedades decorrentes da privação de liberdade, ao exigir que o preso seja informado das razões de sua prisão e notificado, sem demora, da acusação formulada contra ele, o que não ocorreu no caso. Além disso, o preso deverá ser informado de seu direito de se comunicar com terceira pessoa (familiar, advogado ou representante consular), o que também não ocorreu.

Da mesma forma, a Corte entendeu que Equador violou o artigo 7.5 da CADH, que contempla medida de controle judicial imediato da privação de liberdade, porque o sr. Tibi não foi apresentado imediata e pessoalmente ao juiz competente ou funcionário com atribuições judiciais.

Nesta oportunidade, ao reconhecer a violação do citado dispositivo legal, a Corte manifestou-se sobre o papel do juiz no Estado de direito, que, além de garantir os direitos do preso, tem a atribuição de autorizar, quando sejam estritamente necessárias, as medidas cautelares ou de coerção e assegurar ao

¹¹⁸ A Corte, ao se referir no presente caso aos incisos 4 e 5 do artigo 7 da CADH, seguiu a linha de interpretação tomada nos seguintes casos: **Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110. **Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103. **Caso Bulacio Vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100. Disponíveis em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 20-09-2012

acusado um tratamento condizente com a presunção de inocência.¹¹⁹ Assim, quem é privado da liberdade sem controle judicial deverá ser imediatamente posto em liberdade ou à disposição de um juiz.

Além disso, a Corte foi categórica: é essencial que o preso compareça pessoalmente perante autoridade judicial competente, não sendo satisfatório, para o cumprimento do artigo 7.5 da CADH, que o juiz tenha apenas o conhecimento da causa ou lhe seja remetido o informe policial correspondente.¹²⁰ Também esclareceu que o Agente Fiscal do Ministério Público que tomou as declarações pré-processuais do Sr. Tibi não pode ser considerado "autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais", nos termos do artigo 7.5 da CADH, uma vez que a Constituição do Equador não outorga aos agentes fiscais esta competência, além de que estes não possuem faculdades suficientes para garantir os direitos de liberdade e integridade pessoal dos acusados.

Em 04-10-1995, foi decretada a prisão preventiva da vítima, juntamente com a dos outros imputados na referida operação policial, dando-se início ao processo penal, do qual o sr. Tibi não foi notificado. O acusado permaneceu sem defesa durante um mês, sem ter conhecimento da designação para si de defensor de ofício, que não chegou a conhecer. Por tais motivos, a Corte declarou violados os artigos 8.2.b (que exige que o acusado seja comunicado da acusação feita contra ele), e 8.2, alíneas "d" e "e", da CADH, que garantem aos processados o direito a uma defesa efetiva e adequada.

A Corte verificou que a prisão preventiva do imputado se baseara na declaração singular de um co-acusado, que, consoante artigo 108 do Código de Processo Penal do Equador, não pode ser admitido como testemunha em processo penal. Ademais, entendeu que não existiam indícios suficientes de autoria ou participação delitiva atribuíveis ao sr. Tibi, em franco desacordo com as exigências legais, e que também não fora comprovada a necessidade da prisão processual. Por estes motivos, a Corte declarou que a prisão preventiva do acusado foi arbitrária, constituindo violação ao artigo 7.3 da CADH.

Em 05-10-1995, o acusado foi transferido para a Penitenciária do Litoral, em Guayaquil, onde permaneceu durante quarenta e cinco dias em pavilhão

¹¹⁹ Corte IDH. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, parágrafo 114.

¹²⁰ Ibid., parágrafo 118.

conhecido como "quarentena", em condições de superlotação e insalubridade. Em seguida, foi para o pavilhão "atenuado bajo", onde permaneceu por semanas custodiado no corredor, dormindo no chão. Em fevereiro de 1997, foi novamente transferido, desta vez para o pavilhão de indisciplinados, onde foi atacado por outros reclusos.

Em março e abril de 1996, o acusado foi vítima de ameaças e violência física pela polícia, que resultaram em feridas pelo corpo, queimaduras de cigarro nas pernas, costelas fraturadas e dentes quebrados, constatadas pelos médicos que o examinaram no período. A Corte reconheceu que o sr. Tibi foi vítima de torturas físicas e psicológicas neste período, com o objetivo de forçá-lo a declarar-se culpado de crime. Além disso, também considerou que as condições precárias de reclusão durante o tempo em que permaneceu no pavilhão denominado "quarentena", bem como a ausência de tratamento médico e investigação da causa de seus padecimentos, não satisfizeram os requisitos mínimos de um tratamento humano digno. Em razão disto, a Corte declarou que o Equador violou o artigo 5, incisos 1 (direito à integridade física, psíquica e moral) e 2 (vedação da tortura) da CADH, relacionado ao artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção Americana, sem critérios discriminatórios de qualquer natureza), bem como inobservou as obrigações dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana contra a Tortura, em prejuízo do sr. Daniel Tibi. Nesta oportunidade, a Corte Interamericana assinalou que *a pessoa presa ilegalmente encontra-se em situação agravada de vulnerabilidade, da qual surge um risco de que lhe sejam vulnerados outros direitos, como o direito à integridade física e ao tratamento digno.*¹²¹

A Corte entendeu ainda que os familiares da vítima também foram afetados por sua prisão ilegal e arbitrária, a ausência do devido processo e as torturas por ele sofridas, que contribuíram para a ruptura do núcleo familiar, declarando a responsabilidade do Estado equatoriano pela violação do artigo 5.1 da CADH em relação ao artigo 1.1 da mesma, em prejuízo da ex-companheira, enteada e filhos do sr. Tibi.

A Corte reconheceu também que a custódia do sr. Tibi ofendeu o artigo 5.4 da CADH, em razão de o Estado não ter mantido a vítima em local separado

¹²¹ Corte IDH. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, parágrafo 147.

de presos cumprindo sentença. Também reconheceu que os atos de tortura com o objetivo de compelir o sr. Tibi a se auto-incriminar ofenderam o artigo 8.2.g, da CADH, que garante à pessoa acusada o direito de "não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada".

O sr. Tibi permaneceu em prisão preventiva em centros de detenção equatorianos, de maneira ininterrupta, de 27 de setembro de 1995 a 21 de janeiro de 1998 (por vinte e sete meses, três semanas e três dias). Ao analisar a prolongada prisão preventiva do acusado, a Corte destacou que tal *medida é a mais severa que se pode impor ao imputado, e por este motivo, sua aplicação deverá ter caráter excepcional, uma vez que se encontra limitada pelos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis numa sociedade democrática*.¹²²

A respeito da acusação da CIDH de que fora violado o princípio do prazo razoável do processo penal, a Corte se manifestou favoravelmente, declarando a violação do artigo 8.1 da Convenção Americana. Nesta oportunidade, a Corte levou em consideração os critérios fixados no caso Suárez Rosero vs. Equador (1997) para se averiguar a razoabilidade do prazo: ao constatar que o processo, desde a prisão do sr. Tibi, transcorreria por quase nove anos, a Corte concluiu que o Equador de fato violou o princípio do prazo razoável do processo penal.

Mais uma vez fazendo referência ao caso Suárez Rosero, a Corte entendeu que o Equador ofendeu o princípio de presunção de inocência, consubstanciado no artigo 8.1 da CADH. Reforçou o caráter ilegal e arbitrário da prisão preventiva prolongada do sr. Tibi, e afirmou que não existiam elementos probatórios legítimos e razoáveis que permitissem inferir a participação do mesmo nas atividades ilícitas investigadas no bojo da operação policial. Além disso, ressaltou que o sr. Tibi, durante todo o tempo em que permaneceu preso, foi tratado, à evidência, *como uma pessoa cuja responsabilidade penal houvesse sido clara e suficientemente acreditada*¹²³, ou seja, como culpado e não como presumidamente inocente.

O acusado interpôs durante o tempo em que esteve preso dois recursos judiciais perante a Corte Superior de Justiça de Guayaquil: o primeiro em 1996,

¹²² Corte IDH. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, parágrafo 106.

¹²³ Ibid., parágrafo 181.

no qual alegava que não existiam provas contra si, mas que foi denegado sob a fundamentação de que o alegado não fora capaz de desvirtuar as bases de fundamentação da prisão preventiva; o segundo recurso, em outubro de 1997, requerendo sua liberdade, em razão da suspensão provisória do processo. A respeito, a Corte declarou que o Equador violou os artigos 7.6 e 25 da CADH porque entendeu que os recursos interpostos pela vítima não foram decididos de maneira rápida e efetiva. Destacou que o Estado ocupa uma posição de garantidor dos direitos das pessoas privadas de liberdade, e, neste sentido, para que cumpra a obrigação assinalada no artigo 25.1 da CADH, não basta a simples previsão dos meios recursais no plano formal de sua lei interna, sendo fundamental que sejam efetivos, conferindo às pessoas a possibilidade real de interpor um recurso simples e rápido, que permita alcançar a proteção judicial no caso concreto.¹²⁴

Por fim, a Corte declarou que a não devolução dos bens de propriedade do sr. Tibi, apreendidos pela Polícia de Quito, ainda que existisse sentença judicial ordenando a restituição, configurou ofensa ao direito de propriedade da vítima, violando o artigo 21 da Convenção Americana.

A Corte reiterou a necessidade propalada pela CIDH de investigação, identificação e punição dos responsáveis pelas violações descritas, ressaltando que depois de nove anos da ocorrência dos fatos, ainda imperava a impunidade pela prisão ilegal e arbitrária do sr. Tibi, pelas torturas por ele sofridas, bem como pela violação de suas garantias judiciais.

Determinou-se ao Estado a obrigação de publicar em seu Diário Oficial, em outro jornal de circulação nacional do Equador e da França, especificamente com circulação na região de residência do imputado, as seções da decisão da Corte IDH relativas aos fatos provados e aos pontos resolutivos. Além disso, a Corte determinou que o Equador publicasse uma declaração formal por escrito, emitida pelas mais altas autoridades do Estado, reconhecendo sua responsabilidade internacional por todo o ocorrido e pedindo desculpas ao sr. Tibi e demais vítimas do caso. E, por fim, recomendou-se a criação pelo Estado equatoriano de um programa de formação e capacitação sobre os princípios e normas de proteção dos direitos humanos relacionados à privação de liberdade, para todos aqueles que atuam no sistema penal (juízes, membros do Ministério

¹²⁴ Corte IDH. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, parágrafos 129 e 131.

Público, policiais, agentes penitenciários, médicos e psicólogos), com a definição de recursos estatais específicos para tanto.

A Corte determinou ainda a obrigação do Estado de pagar indenização às vítimas - sr. Tibi e familiares - pelos danos materiais e morais sofridos.

2.2.4

Caso *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005)¹²⁵

A decisão da Corte neste caso está centrada fundamentalmente na violação ao direito à liberdade de pensamento e de expressão, consagrado no artigo 13 da CADH. Não obstante, desta violação decorreram outras ofensas aos padrões do sistema interamericano, dentre elas, as relativas à prisão preventiva por ordem de autoridades militares do Chile, interessantes para complementar a análise do tema em comento.

A demanda se refere à vedação, pela Marinha chilena, à publicação do livro do sr. Humberto Antonio Palamare Iribarne - no qual o autor tratava de aspectos relacionados à inteligência militar e da necessidade de adequá-la a determinados parâmetros éticos -, além da apreensão e destruição de exemplares do livro, dos originais do texto e outros materiais relativos à obra, que se encontravam na sede da imprensa e no domicílio da vítima.

Na época dos fatos (março de 1993), o sr. Iribarne, Oficial aposentado da Marinha chilena, trabalhava como assessor técnico (funcionário civil contratado) no *Departamento de Inteligencia Naval de la Comandancia en Jefe de la Tercera Zona Naval*. Em decorrência de não ter solicitado autorização para publicar o livro e de sua negativa em deter a publicação do mesmo, o Sr. Iribarne foi acusado dos delitos de desobediência e descumprimento dos deveres militares, perante a justiça militar.

Em 01 de março de 1993, durante o ato de apreensão dos livros, o sr. Iribarne foi preso por oficiais militares, sem que lhe fossem informadas a razão da prisão e a imputação que lhe era dirigida, e, após ter prestado declarações, foi solto. No dia 15 do mesmo mês, foi novamente ordenada a prisão preventiva do

¹²⁵ Corte IDH. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 11-09-2012.

imputado, que permaneceu preso por dez dias. O preso obteve a liberdade provisória mediante pagamento de fiança após interposição de recurso.

Em liberdade, o imputado concedeu entrevistas à imprensa local, através das quais emitiu sua opinião sobre o caso e sobre as discriminações que vinha sofrendo por parte da Marinha chilena. As autoridades militares consideraram tais declarações contravenções à ordem militar, danosas à imagem da Marinha, e imputaram ao acusado novos delitos de desobediência, sendo decretada ordem de prisão preventiva. O acusado requereu a liberdade provisória mediante fiança, que foi deferida.

Em junho de 1996, o sr. Iribarne foi condenado pelos delitos citados às penas de prisão militar, perda do *status* de militar, suspensão do cargo ou ofício público pelo tempo de duração da condenação e ao confisco do material apreendido. A decisão foi reformada em 2ª instância, tendo sido mantida a pena de prisão relativa a um dos delitos de desobediência. A defesa interpôs recurso de cassação da referida decisão, que foi rechaçado pela Corte Suprema de Justiça do Chile.

Além disso, o Sr. Iribarne foi processado perante a Justiça Militar por crime de desacato, em razão de, em nova entrevista à imprensa, ter criticado a atuação da Marinha nos processos por crime de desobediência. Foi decretada a prisão preventiva do imputado no referido processo, cumprida por quatro dias, até que foi concedida a liberdade provisória mediante fiança em 2ª instância. O sr. Palamara Iribarne foi absolvido do delito de desacato, sentença esta que foi revogada pela Corte Marcial da Marinha, que condenou o sr. Iribarne à pena de prisão, ao pagamento de multa e à suspensão de cargo ou ofício público pelo tempo da condenação. A defesa interpôs recurso perante a Suprema Corte de Justiça do Chile, que não o admitiu.

Após a análise dos fatos, a Corte considerou que as medidas adotadas pelo Estado chileno para impedir a difusão do livro do sr. Iribarne constituíram atos de censura prévia, incompatíveis com os parâmetros da Convenção Americana. A Corte entendeu que o Estado violou o direito à liberdade de pensamento e expressão consagrado no artigo 13 da CADH, em razão dos atos de censura prévia e pelas restrições impostas ao exercício deste direito. A Corte também concluiu que o Chile violou o direito de propriedade em prejuízo do sr. Iribarne, descumprindo as obrigações dos artigos 21 e 1.1 da CADH.

Ao analisar as acusações relativas à violação das garantias judiciais, a Corte observou que o Chile realizou nos últimos anos uma importante reforma constitucional em seu sistema processual penal, com a introdução de garantias inerentes ao devido processo e com o objetivo de adotar um sistema acusatório oral, que, todavia, não atingiu a jurisdição militar.

Neste sentido, entendeu que o Estado violou artigo 8.1 da CADH pelo fato de o sr. Iribarne ter sido julgado por tribunais militares que não tinham competência para fazê-lo, e que não garantiu ao mesmo o direito a ser julgado por um tribunal competente, imparcial e independente. Entendeu ainda que o Chile, ao prever em seu ordenamento interno normas contrárias a tal direito, violou a obrigação contida no artigo 2 da CADH.

A Corte reconheceu, assim, os problemas advindo da competência ampla da justiça militar chilena pra julgar civis, bem como da falta de imparcialidade e independência de seus tribunais. Ademais, entendeu que os processos penais militares a que foi submetido o sr. Iribarne não respeitaram as garantias de publicidade do processo bem como aquelas contempladas no artigo 8 da CADH, relacionadas ao direito de defesa. A Corte verificou que o processo penal perante a justiça militar chilena, predominantemente secreto, impediu a defesa de exercer-se da forma adequada. Entendeu ainda que as garantias de imparcialidade do juízo, e do direito do acusado a ser ouvido por autoridade competente, com poderes judiciais, foram violadas no presente caso (artigo 8, incisos 1, 5, 2.c, 2.d, 2.f e 2.g, CADH).

A Corte considerou também que o Chile violou o artigo 25 da CADH por que não garantiu à vítima o acesso a recursos judiciais efetivos contra as violações de seus direitos.

Por fim, a Corte analisou as alegadas violações ao artigo 7 da CADH, provenientes das ordens de prisão preventiva emitidas durante o desenrolar dos processos penais militares contra o sr. Iribarne, bem como a suposta violação ao princípio de presunção de inocência, consagrado no artigo 8.2 da Convenção.

Fazendo referência a decisões anteriores e com especial menção à fundamentação utilizada em *Tibi vs. Equador*, a Corte IDH reafirma a excepcionalidade das medidas cautelares que afetam a liberdade pessoal do processado. Além disso, desenvolve interpretação - de forma mais clara e

detalhada do que em decisões posteriores - sobre as exigências necessárias para se restringir o direito de liberdade:

*"En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención."*¹²⁶

Primeiramente, a Corte reforça que a prisão preventiva deverá se sujeitar aos parâmetros de legalidade de toda e qualquer medida restritiva da liberdade. Em seguida, estabelece quais são os requisitos necessários para a sua decretação excepcional, a saber: (i) a existência de indícios suficientes (razoáveis) da culpabilidade do imputado; e (ii) a *necesidade estricta* da medida para impedir que o acusado interfira no desenvolvimento das investigações ou obstrua a ação da justiça. E, por fim, a Corte assevera que a autoridade judicial competente para ordenar a prisão preventiva deverá fundamentar a sua decisão em tais requisitos, a partir da verificação dos mesmos no caso concreto.

Além disso, a Corte esclarece ainda mais o significado de tais limites, ao afirmar que a privação de liberdade deverá ser necessária *para "evitar un daño al proceso que pueda ser ocasionado por el acusado"*¹²⁷. Assim, a Corte Interamericana explicita que *a prisão preventiva deverá estar fundamentada em necesidades estrictamente processuais, ou seja, para evitar que o acusado, em liberdade, cause dano à atividade processual*.

No caso em análise, foi observado que a ordem de prisão preventiva do sr. Iribarne não foi devidamente fundamentada nos dois processos criminais referidos. Na primeira causa, a autoridade não fez qualquer referência aos requisitos exigidos pela lei interna para a decretação da prisão preventiva, nem consignou que a mesma era necessária à investigação em curso. No segundo processo, as autoridades militares limitaram-se a mencionar o dispositivo legal, sem vincular os pressupostos exigidos pela lei aos fatos do caso concreto. Nesta

¹²⁶ Corte IDH. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, parágrafo 198.

¹²⁷ Ibid., parágrafo 206.

mesma causa, a Corte entendeu que a prisão preventiva não era necessária à realização das diligências investigativas pendentes, porque o caráter secreto do inquérito impedia que o sr. Iribarne tivesse conhecimento dos atos investigatórios e pudesse obstruí-los.

Assim, em decorrência da ausência, no caso concreto, da devida fundamentação das medidas restritivas de liberdade, a Corte concluiu que as autoridades militares chilenas interpretaram sua legislação interna de maneira a aplicar prisão preventiva como regra e não como exceção, violando o direito à presunção de inocência do imputado, contemplado no artigo 8.2 da CADH.

Além disso, a Corte entendeu que as ordens de prisão preventiva nos dois processos citados foram arbitrárias, na medida em que não continham embasamento jurídico e fundamentação objetiva, baseada nos fatos do caso. Assim, a Corte declarou que, além do artigo 8.2, o Chile violou também o artigo 7.3 da Convenção em prejuízo do sr. Iribarne, *ao privá-lo de sua liberdade com base em ordens arbitrárias, sem observar os princípios de legalidade, necessidade e proporcionalidade*¹²⁸.

A Corte IDH, por fim, declarou violados pelo Estado chileno os direitos consagrados nos artigos 7.4, 7.5 e 8.2.b da CADH. Primeiramente, considerou que o imputado não teve direito ao controle da legalidade de sua prisão por órgão judicial competente e imparcial. Considerou ainda que o sr. Iribarne não foi informado das razões de sua prisão e da acusação contra ele formulada, de maneira detalhada e prévia ao trâmite do processo. A Corte observou que a garantia de conhecimento sobre a imputação é particularmente importante quando se adotam, como neste caso, medidas restritivas da liberdade.

Ao final, a Corte fixou os deveres estatais do Chile: (a) de permitir a publicação do livro do sr. Iribarne, assim como de restituição de todo o material que lhe fora apreendido; (b) de publicar a sentença em seu Diário Oficial e em outro jornal de circulação nacional, bem como em sítio web oficial do Estado; (c) de tornar sem efeito as sentenças condenatórias prolatadas contra o sr. Iribarne; (d) de adotar as medidas necessárias para derrogar e modificar as normas internas incompatíveis com os standards internacionais em matéria de liberdade de pensamento e de expressão; (e) de estabelecer limites legais à competência

¹²⁸ Corte IDH. **Caso Palamara Iribarne Vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, parágrafo 216.

material e pessoal dos tribunais militares, e de garantir o devido processo no âmbito da jurisdição penal militar; (f) de pagar a indenização fixada à vítima pelos danos materiais e imateriais causados pela violação de seus direitos.

2.2.5

Caso *García Asto e Ramírez Rojas vs. Perú* (2005)¹²⁹

Em junho de 2004, A CIDH apresentou demanda à Corte contra o Estado do Perú, oriunda de duas denúncias de violação de direitos humanos em prejuízo dos srs. Wilson García Asto e Urcesino Ramírez Rojas, acusados de delitos de terrorismo. O caso é importante para complementar a análise dos limites da prisão provisória, mantida de forma prolongada em razão da gravidade do delito e fundamentada na presunção de fuga do imputado. Ademais, o julgado desenvolve relevantes considerações sobre as garantias processuais necessárias para se prevenir a privação de liberdade ilegal e arbitrária.

O sr. García Asto, estudante de engenharia, foi preso no dia 30-06-1995 pela polícia peruana, sem prévia ordem judicial. Os policiais alegaram que o suspeito trazia consigo três folhetos de "caráter subversivo"¹³⁰. Nesta ocasião, o preso permaneceu incomunicável em estabelecimento policial. No dia seguinte, a polícia, sem mandado judicial, apreendeu na casa do suspeito um computador, disquetes sem especificação do conteúdo e documentos e papéis, considerados de conteúdo subversivo. Em relatório policial, o sr. García foi apontado como pretenso autor do delito de terrorismo, por supostamente ter-se comprovado sua militância em organização (partido comunista) dedicada a atividades terroristas.

Em 17-07-1995, foi oferecida denúncia contra o preso como presumido autor de delito contra a tranquilidade pública, dando-se início à instrução criminal. Em conformidade com a legislação anti-terrorista vigente no Perú¹³¹, o juiz

¹²⁹ Corte IDH. **Caso *García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú***. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 11-09-2012. Outros dois casos contenciosos contra o Perú na mesma época, que se referem também a prisões ilegais e arbitrárias de pessoas acusadas de terrorismo durante o governo Fujimori: Cantoral Benavides Vs. Perú e...

¹³⁰ Corte IDH. **Caso *García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú***. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137. Parágrafo 97.12.

¹³¹ A legislação anti-terrorista vigente no Perú à época dos fatos - Decreto Lei 25.475/1992 - previa as seguintes limitações aos direitos e garantias individuais dos processados, dentre outras: a incomunicabilidade absoluta do preso por determinado prazo legal; a limitação da participação da defesa no processo a partir das primeiras declarações do preso; **a vedação da liberdade provisória do imputado durante a instrução**; audiências privadas para a substanciação do juízo;

manteve a prisão do acusado, em razão da natureza do delito imputado. No dia 20-07-1995, o acusado prestou declarações ao juiz, e afirmou que nunca trabalhara para organização terrorista e que a documentação apreendida não lhe pertencia.

Em fevereiro de 1996, o sr. García Asto foi acusado por um fiscal "sem rosto", e em abril do mesmo ano, foi condenado por juízes com identidade secreta a vinte anos de pena privativa de liberdade pela prática do crime de terrorismo. O condenado interpôs recurso de nulidade em face da sentença, que foi julgado improcedente pela Corte Suprema de Justiça.

Em novembro de 2002, a mãe do sr. García Asto impetrou *habeas corpus*, alegando violações das garantias judiciais no processo criminal contra seu filho, que foi declarado infundado pela Corte Superior de Justiça de Lima, em 1ª instância. Em 2ª instância, o *habeas corpus* foi julgado procedente, com reconhecimento da violação, contra o acusado, dos princípios fundamentais do devido processo e do juiz natural, do direito de conhecer o seu julgador e por haver sido sentenciado por juízes "sem rosto". Nesta decisão, foi declarado nulo o processo criminal contra o acusado, a partir da instrução criminal em juízo, e se deu origem a um novo processo criminal a partir da fase instrutória.

A prisão provisória do acusado foi mantida no decorrer do novo processo, sob a fundamentação de que havia elementos probatórios suficientes de autoria do delito, que a pena provável era superior a quatro anos de privação de liberdade e que o perigo processual estava comprovado porque a "*gravidade do fato imputado e as consequências jurídicas oriundas da prova dos fatos, faziam presumir que o imputado, em liberdade, trataria de impedir a ação da justiça ou perturbar a atividade probatória, em um ato de defesa natural*"¹³².

participação de fiscais e juízes com identidade secreta (fiscais e juízes "sem rosto"); isolamento contínuo durante o primeiro ano de execução da pena privativa de liberdade. Além disso, o Decreto Lei 25.659/1992, que tipificava o delito de traição à pátria, modalidade agravada do delito de terrorismo tipificado no Decreto Lei 25.475, vedava a ação de *habeas corpus*. Em 1993, esta última disposição foi modificada para admitir as ações de *habeas corpus*, desde que não fundamentadas em fatos ou causas considerados matéria de processo anterior, em trâmite ou findos: Corte IDH. **Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú**. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137. Parágrafos 97.2 e 97.3.

Outros dois casos contenciosos contra o Perú na mesma época, que se referem também a prisões ilegais e arbitrárias de pessoas acusadas de terrorismo durante o governo Fujimori: Corte IDH. **Caso Loayza Tamayo Vs. Perú**. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33. **Caso Cantoral Benavides Vs. Perú**. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de septiembre de 1998. Serie C No. 40

¹³² **Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú**. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137. Parágrafo 97.35.

Em novembro de 2003, foi declarado improcedente o pedido da defesa de concessão de liberdade ao acusado fundamentado no excesso de prazo de prisão provisória. *Neste momento, o acusado se encontrava preso há mais de oito anos.*

Em agosto de 2004, o sr. García Asto foi absolvido do delito de terrorismo e recuperou sua liberdade. Os peritos concluíram que as informações existentes no material apreendido não puderam ser detectadas, por problemas técnicos causados pelo tempo.

O acusado permaneceu preso provisoriamente por mais de nove anos, em diversos estabelecimentos prisionais, onde foi submetido a isolamento, não recebeu atenção médica adequada nem alimentação suficiente. De 1999 a 2001, o acusado foi custodiado em estabelecimentos penais de difícil acesso, o que impediu seu regular contato com a família, e onde a temperatura, em razão da altitude, era extremamente baixa, e os presos não contavam com roupas e aquecimento suficiente. A saúde do sr. García Asto foi gravemente afetada, e em abril de 2002, a CIDH outorgou medidas cautelares para que fosse transferido para estabelecimento penal onde recebesse atenção médica.

Por sua vez, o sr. Urcesino Ramírez Rojas, economista, ex-funcionário do Ministério da Economia e Finanças do Perú e ex-assessor parlamentar do governo peruano, foi preso em 27-07-1991, em seu domicílio, pela polícia peruana, sem ordem judicial. Na ocasião, os policiais apreenderam *manuscritos e literatura alusivos a uma organização pretensamente de caráter subversivo, além de fitas cassete que continham conferências sobre história, economia e política do Perú, um computador e uma máquina de escrever.*¹³³

O suspeito foi mantido em sede policial incomunicável por três dias. Em agosto de 1991, prestou declarações à autoridade policial, na presença de advogado, onde negou que participava de atividades terroristas e declarou que o material apreendido tinha natureza acadêmica e que consistia em instrumento de trabalho. Não obstante, o sr. Ramírez Rojas foi apontado, em relatório policial, como autor do delito de terrorismo, por haver sido fartamente provada a sua vinculação com organização de caráter subversivo.¹³⁴ Foi expedido mandado

¹³³ Ibid. 97.72.

¹³⁴ **Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú.** Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137. Parágrafo 97.76.

judicial de prisão, após ter o imputado permanecido preso por quatorze dias em estabelecimento policial .

Em janeiro de 1993, o Ministério Público apresentou acusação formal contra o imputado pela prática do crime de terrorismo e outros. Em setembro de 1994, após terem sido realizadas, no trâmite do processo criminal, audiências privadas, o réu foi condenado por juízes "sem rosto" a vinte e cinco anos de pena privativa de liberdade pela prática de crimes de terrorismo.

Na mesma data, a defesa do sr. Ramírez Rojas ajuizou recurso em face da sentença condenatória, requerendo a sua nulidade, o que foi julgado improcedente em agosto de 1995, pela Corte Suprema de Justiça do Perú, composta por juízes "sem rosto". Em janeiro de 1996, a defesa interpôs novo recurso perante a Corte Suprema de Justiça do Perú, que foi julgado improcedente no dia 24-08-1999, quase quatro anos depois de sua interposição.

Em setembro de 2002, foi julgada procedente a ação de *habeas corpus* ajuizada pelo irmão do sr. Ramírez Rojas, com reconhecimento da violação do direito do imputado a ser julgado por juiz natural e do direito à liberdade pessoal. Esta decisão foi cassada pelo Corte Superior de Justiça de Lima. Finalmente, em sede de recurso extraordinário interposto perante o Tribunal Constitucional do Perú, a decisão foi reformada em parte, determinando a anulação dos efeitos processuais da sentença condenatória e os atos processuais precedentes, mas julgando improcedente o pedido de concessão da liberdade.

Deu-se início a novo processo criminal contra o sr. Ramírez Rojas a partir da nulidade do primeiro, em maio de 2003. Em setembro de 2004, a defesa requereu que a prisão cautelar do imputado fosse substituída pela medida coercitiva de comparecimento, o que foi negado. A defesa impugnou tal decisão através de *habeas corpus* e recurso, ambos denegados. Em junho de 2005, a defesa requereu a liberdade provisória do imputado, que também foi negada.

O acusado permaneceu preso desde o mês de julho de 1991 até o julgamento da causa pela Corte IDH (novembro de 2005), ou seja, *por mais de quatorze anos, em vários estabelecimentos penais, onde sua saúde foi seriamente afetada em razão das condições de privação de liberdade.*

Considerando os fatos acima descritos como comprovados, a Corte reconheceu diversas violações aos direitos consagrados na Convenção Americana em prejuízo dos srs. García Asto e Ramírez Rojas.

Com relação ao sr. García Asto, a Corte declarou, primeiramente, que o Perú violou os direitos consagrados nos artigos 7.1, 7.2, 7.3, 7.5, 7.6 e 25 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma, no momento da prisão do imputado e durante o primeiro processo criminal a que foi submetido.

A Corte reconheceu que a prisão do sr. García Asto foi ilegal, porque realizada sem mandado escrito e fundamentado de juiz e sem que houvesse flagrante delito que legitimasse a atuação policial, em desconformidade com as exigências da Constituição Peruana de 1993.

Reconheceu-se ainda que não se garantiu ao imputado um controle imediato da prisão por juiz competente, de maneira a evitar ou sanar sua ilegalidade ou arbitrariedade, uma vez que o imputado prestou declarações à autoridade judicial somente dezessete dias após o ato de prisão pelos policiais. Sobre esta garantia, consagrada no artigo 7.5 da CADH, a Corte reiterou entendimento firmado em *Tibi vs. Equador* (2004) a respeito do papel do juiz, no Estado de direito, de garante dos direitos dos acusados presos, ressaltando que *o simples conhecimento da prisão de uma pessoa, por parte de um juiz, não satisfaz a garantia, já que o preso deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ao juiz competente.*¹³⁵

Além disso, a Corte verificou que, no momento que o sr. García Asto foi preso e durante a tramitação do primeiro processo criminal contra ele, estava em vigor no país legislação que vedava o ajuizamento de ações de *habeas corpus* para tutelar pessoas envolvidas em casos de terrorismo ou traição à pátria. Constatou ainda que a modificação posterior à tal lei, que autorizou as ações de *habeas corpus* em casos de terrorismo, continha uma exceção - que tais ações não poderiam estar sustentadas nos mesmos fatos ou causas que constituíssem matéria de processo em trâmite ou findo -, que se aplicou ao acusado para prejudicá-lo. A Corte reconheceu, com base nestas constatações, que *o imputado foi privado do direito ao habeas corpus*, e, assim, de recorrer a um juiz ou tribunal competente, para que este decidisse sem demora sobre a legalidade de sua prisão, garantia consagrada no artigo 7.6 da CADH. A Corte asseverou que *a ausência de recursos internos efetivos para fazer frente ao exercício arbitrário do poder de*

¹³⁵ **Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú.** Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137. Parágrafo 109.

punir coloca o acusado em situação de desproteção, reconhecendo a violação no caso concreto do direito à proteção judicial consubstanciado no artigo 25.1.

Com relação à prisão preventiva no segundo processo criminal contra o sr. García Asto, a Corte reconheceu que foi arbitrária porque: **(i)** foi mantida durante intervalo de tempo entre a anulação do primeiro processo e a instauração de nova instrução criminal, quando o sr. García Asto não estava sendo processado; **(ii)** foi *justificada na gravidade do fato imputado e em suas consequências jurídicas, consideradas pelo juiz idôneas para se presumir que o acusado impediria a ação da justiça*. No entanto, o artigo 135 do Código de Processo Penal peruano estabelecia que a pena prevista pela lei para o delito não constitui critério suficiente para se estabelecer a intenção do processado de impedir a ação da justiça, o que levou a Corte a declarar que *a manutenção da prisão preventiva do acusado careceu de motivação suficiente*.

A Corte também declarou que, no primeiro processo contra o sr. Ramírez Rojas, o Estado peruano violou os artigos 7.1, 7.2, 7.3, 7.5, 7.6 e 25 da CADH. Reconheceu que a prisão foi ilegal porque baseada na mera suspeita, e devido à falta de flagrante delito e mandado de prisão que a autorizasse. Considerou ainda que o imputado foi colocado à disposição de autoridade judicial competente apenas treze dias após sua prisão, e que foi privado do direito a recurso simples, rápido e efetivo para impugnar a privação de liberdade, uma vez que enfrentou diversas restrições para ajuizar *habeas corpus*.

Com relação à prisão preventiva do sr. Ramírez Rojas, após a anulação do primeiro processo, a Corte reconheceu que *a motivação para mantê-la foi insuficiente, fundada na gravidade dos delitos e na presunção de que o acusado impediria a ação da justiça*. Reconheceu-se portanto, que a prisão foi arbitrária.

A Corte reconheceu também diversas violações às garantias judiciais dos dois acusados de terrorismo. Primeiramente, declarou que o Estado do Perú, ao permitir o julgamento dos acusados por juízes "sem rosto" nos primeiros processos criminais contra os acusados, violou os direitos consagrados nos artigos 8.1, 8.2 e 8.5 da CADH (direito ao devido processo, a ser julgado por juiz competente, independente e imparcial, e à publicidade do processo penal).

Também reconheceu, no segundo processo criminal contra o sr. García Asto, a violação ao direito de defesa e o direito do acusado a ser ouvido por juiz competente.

Com relação ao sr. Ramírez Rojas, a Corte verificou que, no primeiro processo criminal, a Corte decretou sentença condenatória sem considerar os argumentos apresentados pela defesa, assinalando que resultavam insubsistentes porque não havia sido produzida nenhuma prova que demonstrasse a inocência do réu. *A Corte reconheceu a presunção de culpabilidade do acusado pelo Estado e, conseqüentemente, a violação do direito à presunção de inocência (artigo 8.2, CADH).* A Corte também reconheceu a violação do direito do acusado a ser ouvido num prazo razoável, no primeiro processo criminal contra o sr. Ramírez Rojas (artigo 8.1, CADH).

Com relação ao segundo processo criminal contra o sr. Ramírez Rojas, a Corte reconheceu que *o direito ao prazo razoável do processo penal foi violado pelo Estado peruano*, levando em consideração os três critérios para avaliação da razoabilidade do processo (complexidade do assunto, atividade processual do interessado e conduta das autoridades judiciais). A Corte entendeu que o acusado não deu causa ao atraso da causa, que, ainda que complexa, sofreu atrasos em decorrência dos reiterados pedidos de ampliação do prazo de instrução pelas autoridades encarregadas da persecução penal.

A Corte por fim reconheceu também violação aos artigos 9 (princípio da legalidade), 5.1 (direito à integridade física, psíquica e moral, que foi violada em prejuízo dos acusados e de seus familiares) e 5.2 (reconhecimento das torturas sofridas pelos acusados durante a privação de liberdade), determinando o pagamento dos valores relativos ao dano material e moral causados aos srs. García Asto e Ramírez Rojas, e aos seus familiares.

2.2.6 **Caso López Álvarez vs. Honduras (2006)**¹³⁶

Trata-se de caso paradigmático sobre os limites da prisão processual, através do qual a Corte, além de reiterar os princípios por ela sustentados

¹³⁶ Corte IDH. **Caso López Álvarez Vs. Honduras**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 11-09-2012.

anteriormente, sobretudo em *Suárez Rosero vs. Ecuador* (1997), desenvolveu novos princípios relativos à prisão preventiva.¹³⁷

O sr. Alfredo López Álvarez foi preso no dia 27 de abril de 1997, por suspeita do crime de tráfico de drogas, sem autorização judicial, quando portava dois pacotes nos quais continham substâncias que aparentavam ser drogas ilícitas. No mesmo dia, em sede policial, o sr. Álvarez foi submetido à inspeção corporal de maneira arbitrária, permaneceu algemado, com ferimentos nos pulsos, sem acesso à assistência médica e ao contato com sua família. Além disso, foi submetido a coações para confessar o crime.

Em 29-04-1997, o preso prestou declarações perante autoridade judicial, sem a presença de um defensor. No dia 02-05-1997, foi decretada judicialmente a prisão preventiva do sr. Álvarez, cujo pedido de revogação foi indeferido em agosto do mesmo ano.

Em abril de 1998, em perícia feita como etapa em procedimento legal exigido para incineração de drogas apreendidas, o resultado foi negativo para substância entorpecente, contrariando o laudo anterior, que resultara positivo para cocaína. O incidente determinou o reconhecimento judicial de nulidade absoluta dos atos processuais a partir de 06-04-1998, data de encerramento da primeira fase instrutória.

Ainda assim, em 2000, o sr. Álvarez foi condenado por tráfico de drogas, com imposição de pena de quinze anos de prisão, além do pagamento de multa. A decisão condenatória foi declarada nula em segunda instância e, em 2003, o sr. López Álvarez foi finalmente absolvido em razão da insuficiência de provas para determinar com segurança a materialidade delitiva, decisão que foi confirmada em 2ª instância.

O acusado permaneceu encarcerado de 27-04-1997 a 26-08-2003, ou seja, por mais de seis anos. Neste período, permaneceu privado de liberdade em cela reduzida juntamente com presos condenados, em condições carcerárias de insalubridade e superpopulação, falta de higiene e de alimentação adequada. Além disso, foi proibido de falar em seu idioma materno, de origem indígena (garífuna).

¹³⁷BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto. *Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Editores Del Puerto: Defensoría Geral de la Nación, 2008, p. 5.

Após considerar o relatado acima como fatos comprovados, a Corte IDH julgou caracterizadas diversas violações aos direitos humanos previstos na CADH, decorrentes da prisão prolongada do sr. Álvarez.

A Corte entendeu que a prisão do suspeito não foi *ilegal em si mesma*¹³⁸, porque se deu no momento em que o mesmo portava substância que aparentava ser droga ilícita. Não obstante, reconheceu que a prisão foi arbitrária, ofendendo o artigo 7.3 da CADH. Em sua fundamentação, 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 humanos do preso.

Com apoio em sua jurisprudência anterior (dentre outros, os casos *Tibi vs. Equador* e *Palamara Iribarne vs. Chile*), a Corte salienta que a prisão preventiva é medida extremamente severa e excepcional, limitada pelos *princípios de legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis em sociedades democráticas*.¹³⁹

Neste decisão, a Corte desenvolve, de forma inovadora, entendimento sobre o princípio da proporcionalidade como limite e condição de legitimidade da prisão processual. Consoante a Corte, *a prisão provisória só configurará medida cautelar legítima se, além de obedecer aos parâmetros legais, houver uma relação de proporcionalidade entre ela, os elementos de convicção invocados para decretá-la e os fatos investigados*. Se não for possível estabelecer, no caso concreto, esta relação ou juízo de proporcionalidade, a prisão provisória será arbitrária.

A Corte avança um pouco mais na construção jurisprudencial acerca dos limites da prisão provisória. Reafirmando, com lastro em decisões anteriores, que a prisão preventiva somente se justifica quando houver necessidades processuais, a Corte vai além, explicitando que *as características pessoais do suposto autor do fato e a gravidade do delito a ele imputado não são, por si só, justificação*

¹³⁸ Corte IDH. **Caso López Álvarez Vs. Honduras**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, parágrafo 65.

¹³⁹ Ibid., parágrafo 67.

*suficiente da prisão preventiva, uma vez que esta é uma medida cautelar, não punitiva.*¹⁴⁰

Além disso, frisa a Corte que *a privação da liberdade de pessoas cuja responsabilidade criminal não foi definida, por período excessivamente prolongado e, portanto, desproporcional, equivale à antecipação da pena.*

A Corte observou *in casu* que o tribunal hondurenho não avaliou oportunamente a contradição probatória sobre a materialidade delitiva oriunda dos laudos periciais, a fim de verificar se estavam presentes as condições que justificavam a prisão preventiva. Além disso, verificou que a decisão da juíza que decretou a prisão preventiva baseou-se unicamente nos elementos do auto de prisão em flagrante do suspeito. No entanto, o *Código de Procedimientos Penales* de Honduras distingue entre o grau de convicção necessário para se prender em flagrante, baseado na mera presunção do cometimento de delito, e aquele exigido para se prender preventivamente, que deverá fundar-se em prova plena da materialidade e em indício racional da autoria do crime.

Assim, a Corte reconheceu que a decretação da prisão preventiva, fundada apenas no auto de prisão em flagrante do suspeito, violou os princípios e normas da Convenção Americana e da legislação interna do Estado. *Entendeu ainda que a manutenção da prisão preventiva por quase cinco anos, depois da declaração da nulidade supra-citada, configurou privação de liberdade ilegal e arbitrária.*

Além disso, a Corte declarou que a privação de liberdade prolongada do sr. Álvarez também foi consequência do que dispõe a legislação interna de Honduras. O *Código de Procedimientos Penales* hondurenho, na época dos fatos, vedava a concessão de fiança para os crimes punidos com pena de reclusão superior a cinco anos. No caso, a pena *in abstracto* para o crime de tráfico de drogas era de 15 a 20 anos de reclusão, o que determinou que o acusado permanecesse preso, sem direito à liberdade provisória.

A Corte manifestou expressamente que a legislação interna do Estado omitiu-se quanto à necessidade, consagrada na Convenção Americana, de *justificação da prisão preventiva, através de uma ponderação acerca dos*

¹⁴⁰ Corte IDH. **Caso López Álvarez Vs. Honduras**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, parágrafo 69.

*elementos do caso concreto, e que, em nenhuma hipótese, a aplicação de tal medida poderá ser determinada pelo tipo de delito que se imputa ao indivíduo.*¹⁴¹

Por entender que a longa prisão do sr. Álvarez foi ilegal e arbitrária, não existindo no caso concreto razões que a justificassem como medida cautelar, a Corte declarou também que foi violada a presunção de inocência (artigo 8.2, CADH).

A Corte reconheceu violações pelo Estado de Honduras aos artigos 7.4, 7.6 e 8.2.b da CADH, em razão de o preso não ter sido informado das razões da prisão nem da acusação contra ele formulada, e também por entender que os diversos recursos interpostos a favor do sr. Álvarez não foram efetivos para fazer cessar a prisão preventiva da vítima, haja vista que foram denegados sem motivação judicial adequada. A Corte entendeu que o desconhecimento da acusação se deu porque o suspeito prestou declarações sem contar com a assistência de advogado, o que violou o artigo 8.2.d da CADH. Ademais, reconheceu que o artigo 25.1 também restou atingido, porque o Estado não garantiu o direito ao acesso a recursos judiciais efetivos.

A Corte reconheceu ainda que o sr. Álvarez não foi tratado com o respeito necessário à sua dignidade como pessoa durante o tempo em que permaneceu preso, tendo o Estado, portanto, ofendido os artigos 5.1 e 5.2 da CADH. Estimou-se que os maltratos físicos e psicológicos que as autoridades hondurenhas submeteram o sr. Álvarez se deram com o objetivo de debilitar sua resistência psíquica e obrigá-lo a se auto-incriminar, violando o artigo 8.2.g da CADH. Reconheceu ainda a violação ao artigo 5.4, porque durante mais de seis anos de privação de liberdade, o acusado permaneceu custodiado com outros presos condenados.

Da mesma forma, foi declarada a responsabilidade do Estado pelos padecimentos sofridos pela família do sr. Álvarez, atestando que sua companheira precisou assumir a responsabilidade pelo sustento dos filhos do casal, inclusive recém-nascidos, que, por sua vez, não puderam contar com a proximidade da figura paterna, sofrendo as consequências emocionais e econômicas do encarceramento arbitrário da vítima e das condições carcerárias a que foi submetido.

¹⁴¹ Corte IDH. **Caso López Álvarez Vs. Honduras**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, parágrafo 81.

A Corte também admitiu que o prazo razoável do processo penal foi violado, e assim o artigo 8.1 da CADH, uma vez que o procedimento se estendeu por mais de seis anos, por responsabilidade exclusiva das autoridades judiciais.

Reconheceu por fim a responsabilidade do Estado hondurenho pela violação dos direitos de liberdade de pensamento e expressão e de igualdade perante a lei (artigos 13 e 24, CADH), porque o sr. Álvarez, de origem garífuna, foi impedido de falar em seu idioma materno durante o tempo em que permaneceu encarcerado.

Ao final, a Corte determinou ao Estado as seguintes obrigações: (a) de investigação dos fatos, com adoção das medidas cabíveis aos responsáveis; (b) de publicação da decisão na imprensa oficial e em veículo privado de circulação nacional; (c) de adoção das medidas necessárias para assegurar à população carcerária alimentação, condições físicas e sanitárias adequadas, além de atendimento médico; (d) de criação de um programa de capacitação em direitos humanos para todos os funcionários envolvidos com o sistema penitenciário; (e) de pagamento de indenização às vítimas pelos danos sofridos.

2.2.7

Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador (2007)¹⁴²

O caso se refere a duas denúncias contra o Estado do Equador encaminhadas à Comissão, respectivamente, em setembro de 1998 e em abril de 1999, pelos senhores Juan Carlos Chaparro Álvarez e Freddy Hernán Lapo Íñiguez. A CIDH decidiu submeter o caso à Corte, em razão da ausência de resposta do Estado às recomendações feitas no *informe de fondo*. Neste caso, a Corte analisa, de forma minuciosa, o regime de liberdade pessoal que orienta o tratamento da prisão preventiva, de acordo com a CADH.

O sr. Chaparro, de nacionalidade chilena, proprietário de uma fábrica destinada à produção de refrigeradores para transporte e exportação de produtos, foi preso, mediante ordem judicial, no dia 15 de novembro de 1997, em razão de suspeita de sua participação em organização internacional destinada ao tráfico de drogas. A suspeita decorreu do fato de a polícia equatoriana ter apreendido, no dia

¹⁴² Corte IDH. **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 10-09-2012.

anterior, drogas ilícitas no interior de caixas térmicas ou refrigeradores similares aos produzidos na fábrica do imputado. Por sua vez, o sr. Lapo, gerente da referida fábrica, também foi preso na mesma data, fora das hipóteses legais de flagrante delito e sem mandado judicial. Nesta ocasião, a fábrica referida foi interditada por ordem judicial.

No momento da prisão, os imputados não foram informados das razões da detenção e do direito de assistência consular, nem lhes foi garantido o direito à defesa técnica. Também não foram apresentados, logo após a prisão, à autoridade com poderes judiciais para autorizar sua liberdade.

Foram realizadas cinco perícias que constaram que os refrigeradores apreendidos não poderiam ter sido confeccionados na fábrica do sr. Chaparro, assim como não existia prova alguma da participação dos acusados em delitos de tráfico de drogas. Ainda assim, os imputados permaneceram em prisão provisória por mais de um ano.

A Corte reconheceu que o Equador violou, em prejuízo do sr. Chaparro, os direitos à liberdade pessoal, garantias judiciais, integridade pessoal e propriedade privada consagrados nos artigos 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5, 7.6, 8.1, 8.2, 8.2.c), 8.2.d), 5.1, 5.2 e 21.1 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 da mesma. Reconheceu ainda que o Estado violou, em prejuízo do sr. Lapo, os direitos à liberdade pessoal, garantias judiciais, integridade pessoal e propriedade privada, contemplados nos artigos 7.1, 7.2, 7.3, 7.5, 7.6, 8.1, 8.2, 8.2.c), 8.2.e), 5.1, 5.2, 21.1 y 21.2 da Convenção, em relação com os artigos 1.1 y 2 da mesma.

Analisa-se a seguir a fundamentação da Corte relativa ao reconhecimento de violação do direito à liberdade pessoal dos acusados, bem como de outros direitos e garantias correlatos, que importem para a análise da prisão provisória.¹⁴³

A Corte diferencia primeiramente dois tipos de regulamentações contidas no artigo 7 da CADH: uma disposição geral acerca do direito à liberdade e à segurança pessoais (artigo 7.1), e outra específica, composta de uma série de

¹⁴³ A fundamentação das violações aos direitos de liberdade pessoal e garantias judiciais deste caso foi reproduzida em decisão posterior da Corte no **caso Yvon Neptune Vs. Haiti (2008)**, primeiro caso contencioso contra o Estado do Haiti, onde a Corte reconheceu a prisão provisória arbitrária, dentre outras violações à Convenção Americana, sofridas pelo sr. Neptune, que ocorreram em meio à crise institucional e política no Haiti, bem como as graves deficiências do sistema de justiça penal e carcerário haitiano: Corte IDH. **Caso Yvon Neptune Vs. Haití**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 180. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 10-09-2012.

garantias que tutelam os direitos a não ser privado de liberdade ilegalmente (artigo 7.2) ou arbitrariamente (artigo 7.3), a ser informado das razões de sua prisão e da acusação formulada contra si (artigo 7.4), ao controle judicial da prisão e à razoabilidade do prazo de prisão preventiva (artigo 7.5), a impugnar a legalidade da prisão (artigo 7.6) e a não ser preso por dívidas (artigo 7.7).¹⁴⁴

A Corte esclarece que a liberdade, em sentido amplo, é um direito humano básico que se projeta em toda a Convenção Americana, e que deve ser compreendido como *a capacidade de toda pessoa fazer (e também de se abster de fazer) tudo aquilo que lhe seja lícitamente permitido*.¹⁴⁵ Assim, o ser humano é livre para organizar sua vida pessoal e social de acordo com suas próprias opções e convicções, estando apenas limitado ou impedido de fazer o que a lei lhe proíbe. Esta vedação consubstancia o direito à segurança, que representa a ausência de perturbações que restrinjam o direito de liberdade para além do razoável. Acrescenta a Corte que a justiça social, consoante previsto no preâmbulo da CADH, também é valor que deverá nortear um regime fundado no respeito aos direitos essenciais do homem.¹⁴⁶

O artigo 7 da CADH tutela especificamente o direito à *liberdade física* e também o direito à segurança enquanto proteção contra toda e qualquer interferência ilegal ou arbitrária à esfera desta liberdade. A Convenção Americana afeta o direito à liberdade física de maneira negativa, não discriminando as formas pelas quais a liberdade poderá ser exercida, e sim regulando o poder de interferência do Estado nesta esfera, através da imposição de limites para o exercício estatal da privação de liberdade. Tais limites, consagrados na CADH, consubstanciam um sistema de direitos e garantias das pessoas presas, onde a liberdade é a regra, e a prisão, a exceção.¹⁴⁷

A Corte analisa em seguida os artigos 7.2 e 7.3 da CADH, tecendo considerações importantes sobre a prisão ilegal e arbitrária.

Primeiramente, a Corte esclarece que o artigo 7.2 abarca dois princípios fundamentais para a verificação da legalidade da prisão: a exigência da reserva legal, ou seja, de que a restrição à liberdade deverá estar prevista em lei, e o

¹⁴⁴ Corte IDH. **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, parágrafo 51.

¹⁴⁵ Ibid., parágrafo 52.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Ibid., parágrafo 53.

princípio da tipicidade, que impõe aos Estados *a obrigação de estabelecer, de maneira prévia e tão concretamente quanto seja possível, as causas e condições da privação da liberdade física*.¹⁴⁸

Ao analisar a forma como se deu a privação de liberdade dos imputados à luz da legislação interna do Equador, a Corte entendeu a princípio que a prisão do sr. Chaparro foi legal, uma vez que precedida de mandado judicial. Não obstante, a Corte entendeu mais a frente que a prisão do sr. Chaparro foi ilegal, ofendendo os artigos 7.2 e 7.4 da CADH, porque, contrariamente ao que exigia a lei equatoriana, o preso não foi informado imediatamente das razões de sua prisão. De outra banda, a prisão do sr. Lapo foi declarada ilegal em razão de sua desconformidade com as exigências da legislação equatoriana, a saber, a existência de autorização judicial escrita ou situação de flagrante delito.

Ainda no exame da legalidade da prisão, a Corte reconheceu que a privação de liberdade do sr. Chaparro violou o Código de Processo Penal do Equador, por ter ultrapassado o prazo legal (48 horas de duração da prisão para fins investigativos). Entendeu ainda que a prisão dos dois imputados ofendeu a garantia do artigo 7.5 da CADH, que exige que o preso seja levado sem demora à presença de um juiz, que deverá ouvir pessoalmente o mesmo e valorar todas as explicações por ele concedidas, de maneira a decidir sobre a manutenção ou não da prisão.¹⁴⁹

Com relação ao artigo 7.3 da CADH - vedação da prisão arbitrária - a Corte salienta que deverá compreender a análise da compatibilidade da normativa interna com os direitos fundamentais do indivíduo insculpidos na Convenção Americana. Este Tribunal destaca posição do Comitê de Direitos Humanos da ONU que entende que a definição de arbitrariedade deverá ser interpretada de forma mais ampla que a de contrariedade à lei, para abarcar elementos de incorreção, injustiça e imprevisibilidade, assim como de desrespeito às garantias processuais. Neste sentido, o Comitê ressalta que a prisão preventiva deverá ser não apenas lícita, mas também razoável em qualquer circunstância.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Corte IDH. **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, parágrafo 57.

¹⁴⁹ Ibid., parágrafo 88.

¹⁵⁰ Ibid., parágrafo 92.

Em seguida, a Corte sintetiza, de maneira detalhada, os requisitos que os Estados deverão respeitar e que toda e qualquer decisão judicial motivada de privação ou restrição de liberdade deverá conter, de maneira que a prisão não seja considerada arbitrária:

- (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 o 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 exagerado ou desmedido em relação às vantagens obtidas com tal limitação e com o cumprimento da finalidade almejada.¹⁵¹

Mais adiante, a Corte acrescenta que a restrição ao direito à liberdade pessoal, através de medidas como a prisão preventiva, deverá estar condicionado à *existência de indícios suficientes que permitam supor razoavelmente que a pessoa submetida a processo tenha participado do ilícito que se investiga*.¹⁵² Para a Corte, a suspeita razoável da autoria delitiva deverá estar *embasada em fatos específicos, articulados através de palavras, e não em meras conjecturas ou intuições abstratas*.¹⁵³ Além disso, o Tribunal aponta a ilegitimidade da justificação da prisão processual em *fins preventivo-gerais e preventivo-especiais atribuíveis à pena*.¹⁵⁴

A Corte ainda frisa que a fundamentação das medidas cautelares de privação de liberdade deverá ser objeto de periódica revisão pelos juízes. A

¹⁵¹ Corte IDH. **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, parágrafo 93.

¹⁵² Ibid., parágrafo 101.

¹⁵³ Ibid., parágrafo 103.

¹⁵⁴ Ibid.

fundamentação judicial das medidas cautelares deverá se dar sempre que houver impugnação da decisão pela defesa, mas não só. O magistrado deverá valorar periodicamente se as causas e fins que justificaram a medida cautelar se mantêm ao longo do tempo, bem como se ela permanece sendo absolutamente necessária e proporcional. Se a medida cautelar carece de qualquer uma destas condições, a liberdade se impõe.

A Corte reconheceu, no caso em análise, que as decisões judiciais não motivaram devidamente a adoção e a manutenção da prisão preventiva dos srs. Chaparro e Lapo, o que dificultou a atuação da defesa. Por tais motivos, a Corte reconheceu que a prisão preventiva dos acusados foi arbitrária, violando o artigo 7.3 da CADH. Também reconheceu a violação ao artigo 7.6 porque os imputados não tiveram acesso a meios recursais efetivos e simplificados para impugnar a privação de liberdade. Além disso, a Corte reconheceu a violação do princípio de presunção de inocência, com base nos mesmos argumentos sustentados para a declaração da arbitrariedade da prisão preventiva, considerando ainda o prolongamento da privação de liberdade.

Com relação às demais garantias judiciais, a Corte reconheceu que o Equador também violou o direito do preso à assistência jurídica (art. 8.2.e), o prazo razoável do processo penal, que durou mais de oito anos (art. 8.1), e o direito do preso estrangeiro de ser informado de seu direito à assistência consular (art. 8.1). Também se declarou a violação dos artigos 5.1 e 5.2 (direito à integridade pessoal) e 21.1 (direito à propriedade privada).

2.2.8

Caso *Bayarri vs. Argentina* (2008)¹⁵⁵

Trata-se de caso submetido pela CIDH, em 16-07-2007, à jurisdição contenciosa da Corte, contra o Estado da Argentina, onde foram objeto de análise diversas violações aos direitos humanos do acusado Juan Carlos Bayarri, destacando-se o excessivo tempo de prisão preventiva, bem como a tortura a que foi submetido durante este período.

¹⁵⁵ Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 10-09-2012.

O sr. Bayarri, Sub-Oficial da Polícia Federal argentina, foi preso em 18-11-1991, na Província de Buenos Aires, por outros agentes da Polícia Federal argentina vestidos com trajes civis, sem prévio mandado judicial e fora das hipóteses de flagrante delito. Algemado e com os olhos vendados, o sr. Bayarri foi conduzido pelos policiais até um centro de detenção clandestino, onde foi submetido, durante três dias, a severos atos de tortura (golpes em várias partes do corpo, choques elétricos e métodos de asfixiamento), com o objetivo de forçá-lo a confessar a prática de diversos crimes de extorsão mediante sequestro. Em seguida, foi transferido a departamento policial, onde foi mais uma vez coagido por policiais a confessar a prática dos delitos citados sob a ameaça de causação de danos ao seu pai. O imputado confessou a prática dos delitos nesta ocasião, sendo submetido a processo penal e posto à disposição do Tribunal competente, que ordenou a manutenção da prisão.

Em 24-11-1991 (quase uma semana depois de sua prisão), o acusado prestou declarações pessoalmente ao juiz da causa, que determinou a sua transferência para um centro penitenciário. No dia 20-12-1991, foi decretada a prisão preventiva do sr. Bayarri, confirmada em segunda instância em 20-02-1992.

A prisão preventiva do acusado prolongou-se até o dia 01-07-2004, ou seja, por aproximadamente treze anos, quando foi ordenada a sua liberdade em razão de sentença absolutória. Neste ínterim, o imputado ajuizou, em três oportunidades, pedidos de concessão de liberdade, que foram denegados sob os fundamentos de que as características do delito imputado, as penas solicitadas e as condições pessoais do acusado (Sub-oficial da Polícia Federal argentina) faziam presumir que este, em liberdade, obstruiria a ação da justiça.¹⁵⁶

A Corte reconheceu primeiramente a ilegalidade da prisão do sr. Bayarri, uma vez que foi realizada em desconformidade com a legislação argentina, que exige que a privação de liberdade seja precedida de mandado judicial ou situação de flagrância. Por entender que o Estado argentino violou os artigos 7.1 e 7.2 da CADH, a Corte julgou desnecessário avaliar se a prisão foi arbitrária.

A Corte também declarou que a Argentina violou o artigo 7.5 da CADH, porque o acusado não foi levado pessoalmente ao juiz competente, logo após a sua

¹⁵⁶ Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, parágrafo 73.

prisão, de maneira a viabilizar efetivamente a revisão judicial da privação de liberdade. Ressaltou que a legislação interna da Argentina prevê que o preso seja colocado imediatamente à disposição do juiz competente, que deverá decretar a sua prisão preventiva ou conceder-lhe a liberdade, o que não aconteceu no caso concreto. Nesta oportunidade, a Corte reiterou entendimento de que a revisão judicial da prisão é um mecanismo inerente ao papel do juiz como garante dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade, e que tem por finalidade prevenir ou fazer cessar detenções ilegais ou arbitrárias. Para que este controle seja efetivo, é fundamental a apresentação do preso pessoalmente e sem demora ao juiz competente.¹⁵⁷

A Corte também reconheceu que a Argentina violou o direito de toda pessoa submetida à prisão preventiva a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo da continuidade do processo. Nos dizeres da Corte, este direito, consagrado no artigo 7.5 da CADH, *impõe limites temporais à duração da prisão preventiva e, como consequência, ao atuar do Estado para proteger os fins do processo através desta espécie de medida cautelar.*

A Corte explica que quando o prazo de prisão preventiva ultrapassa o razoável, o Estado poderá restringir a liberdade do imputado através de outras medidas cautelares menos lesivas do que a prisão preventiva, que assegurem, da mesma forma, a presença do acusado em juízo. Além disso, o direito previsto no artigo 7.5 da CADH impõe uma obrigação judicial de diligenciar, com maior eficiência, o processo penal nos quais os imputados estejam privados de liberdade.¹⁵⁸

A Corte reitera a necessidade de as autoridades judiciais competentes valorarem a pertinência ou não da manutenção das medidas cautelares decretadas, oferecendo fundamentos suficientes que permitam dar a conhecer os motivos de manutenção da prisão preventiva no caso concreto. Neste sentido, *as características pessoais do suposto autor do fato e a gravidade do delito*

¹⁵⁷ Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, parágrafo 67.

¹⁵⁸ Ibid., parágrafo 70.

*imputado não são, por si só, justificção suficiente para a decretação da prisão preventiva.*¹⁵⁹

Além disso, a Corte assevera que, não obstante estejam presentes no caso concreto motivos suficientes para a manutenção da prisão preventiva, se esta tiver ultrapassado o limite temporal razoável, a liberdade se impõe, consoante artigo 7.5 da CADH.

In casu, a Corte considerou que a prisão preventiva do sr. Bayarri foi claramente irrazoável, não só porque ultrapassou o limite legal máximo de três anos estabelecido na legislação argentina, mas também porque foi claramente excessiva, em razão de ter perdurado - por treze anos - até o momento da sentença absolutória.

A Corte ressalta que o juiz não deve esperar a sentença absolutória para devolver a liberdade ao imputado, mas sim valorar periodicamente as causas, necessidade e proporcionalidade da prisão preventiva, e, da mesma forma, verificar se o prazo de privação de liberdade ultrapassou os limites impostos pela lei e pela razão.¹⁶⁰

A Corte também reconheceu os graves atos de tortura praticados por policiais em prejuízo do sr. Bayarri, declarando a violação pelo Estado argentino do direito à integridade pessoal consagrado nos artigos 5.1 e 5.2 da CADH, assinalando o dever do Estado de apurar de maneira efetiva a autoria dos fatos e sancionar os responsáveis.

Com relação às garantias judiciais contempladas no artigo 8 da CADH, a Corte reconheceu a violação ao prazo razoável do processo penal, que se estendeu pelo período de treze anos, *evidenciada por retardamento carente de explicação*.¹⁶¹ Considerou ainda que a confissão obtida mediante tortura violou o direito do acusado a não ser obrigado a se declarar culpado. A presunção de inocência também restou violada: a Corte considerou que *a prolongada prisão preventiva do imputado, no transcurso de um processo penal violador da*

¹⁵⁹ Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, parágrafo 74.

¹⁶⁰ Ibid., parágrafo 76.

¹⁶¹ Ibid., parágrafo 107.

*Convenção Americana, converteu a privação de liberdade em medida punitiva, desnaturalizando sua natureza cautelar.*¹⁶²

E, por fim, a Corte considerou também violado o direito de acesso à justiça através de processo penal diligente e efetivo para investigar a autoria e responsabilidade penal pelos atos de tortura e prisão ilegal sofridos pelo sr. Bayarri.

Em síntese, a Corte reconheceu a violação pelo Estado argentino dos direitos consagrados nos artigos 7.1, 7.2 e 7.5 (direito à liberdade pessoal), 5.1 e 5.2 (direito à integridade pessoal), 8.1, 8.2 e 8.2.g, em relação ao artigo 1.1 (garantias judiciais), 8.1 e 25.1, em relação com o artigo 1.1, todos da Convenção Americana. Além disso, declarou que o Estado também violou os artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura, porque descumpriu a obrigação de investigar, com a devida diligência, os atos de tortura a que foi submetido o sr. Bayarri.¹⁶³

2.2.9

Caso Barreto Leiva vs. Venezuela (2009)¹⁶⁴

A Comissão apresentou à Corte, em 31-10-2008, uma demanda contra o Estado venezuelano, relativa a denúncias de violação das garantias judiciais e do direito à liberdade pessoal do sr. Oscar Henrique Barreto Leiva, ressaltando a importância do princípio da proporcionalidade para limitar a prisão preventiva.

O sr. Barreto Leiva era Diretor Geral de Administração e Serviços do Ministério da Secretaria da Presidência da República da Venezuela e foi testemunha em processo penal perante a Corte Suprema de Justiça venezuelana contra o então Presidente da República, um senador e um deputado. Neste processo, foi decretada a prisão preventiva do sr. Barreto Leiva, que foi acusado e posteriormente condenado a um ano e dois meses de pena privativa de liberdade pelo cometimento de delitos contra o patrimônio público, praticados durante sua gestão, em 1989, como funcionário do citado Ministério.

¹⁶² Corte IDH. *Caso Bayarri Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, parágrafo 111.

¹⁶³ Ibid., parágrafo 201.

¹⁶⁴ Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 10-09-2012.

A Corte reconheceu que diversas garantias judiciais previstas na Convenção Americana foram violadas no decorrer da investigação preliminar e do processo penal em prejuízo do acusado, a saber: a comunicação prévia e detalhada ao acusado da acusação contra ele formulada (artigo 8.2.b); a concessão de tempo e dos meios adequados para o acusado formular a sua defesa (artigo 8.2.c); o direito do acusado a ser assistido por defensor de sua eleição (artigo 8.2.d); e o direito a recorrer da sentença condenatória (artigo 8.2.h).

A Corte também analisou as alegações da Comissão relativas à violação do direito à liberdade pessoal do acusado, que abrangiam as supostas arbitrariedade e irrazoabilidade do prazo da prisão preventiva, e, conseqüentemente, a violação do princípio de presunção de inocência.

A prisão preventiva foi considerada arbitrária porque, não obstante tenha o juiz que a decretou reconhecido a existência de fundados indícios de culpabilidade do acusado, não fez qualquer alusão a um fim legítimo, compatível com a Convenção Americana, que a prisão cautelar deveria buscar, a saber, assegurar o desenvolvimento do processo e garantir a ação da justiça. A partir desta verificação, a Corte entendeu que a prisão preventiva foi decretada como regra e não como exceção.¹⁶⁵

Além disso, a Corte declarou que o Estado descumpriu a obrigação consubstanciada no artigo 2 da Convenção Americana, uma vez que *sua legislação interna não estabelecia garantias suficientes ao direito à liberdade pessoal, já que permitia o encarceramento unicamente com a comprovação de indícios de culpabilidade, sem estabelecer a necessidade de que a medida cumpra um fim legítimo.*¹⁶⁶

A Corte reconheceu ainda que o Estado venezuelano violou o artigo 7.5 da CADH uma vez que o acusado foi condenado a um ano e dois meses de pena privativa de liberdade, sendo que permaneceu em prisão preventiva por um ano, dois meses e dezessete dias. Assim, a Corte entendeu que o prazo de prisão cautelar foi irrazoável, uma vez que excedeu em dezessete dias a condenação ao final imposta ao réu.

¹⁶⁵ Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, parágrafo 115.

¹⁶⁶ *Ibid.*, parágrafo 116.

Além de discorrer sobre os limites da prisão preventiva de acordo com sua jurisprudência, a Corte deu destaque a um dos princípios limitadores - o princípio da proporcionalidade - desenvolvendo dois aspectos ou dimensões fundamentais deste postulado: **(i)** uma pessoa considerada inocente não deve receber pior tratamento do que uma pessoa condenada, devendo o Estado evitar que uma medida processual seja igual ou mais gravosa para o imputado do que a pena que se espera fixar na sentença condenatória. Assim, não se deve autorizar a prisão cautelar para hipóteses em que não seria possível aplicar pena de prisão, e, excedido o prazo razoável da medida processual, esta deverá cessar; **(ii)** a proporcionalidade deverá implicar numa relação racional entre a medida cautelar e o fim por ela perseguido, de forma que o sacrifício inerente à restrição do direito de liberdade não resulte exagerado ou desmedido em relação às vantagens obtidas com tal restrição.¹⁶⁷

A Corte declarou que a prisão preventiva do sr. Barreto Leiva excedeu os limites de temporalidade, razoabilidade e proporcionalidade a que deveria ter se sujeitado, violando os artigos 7.5 (prazo razoável da prisão preventiva) e 8.2 (presunção de inocência) da CADH, o que constituiu ademais em violação ao artigo 7.1 (direito à liberdade pessoal).

2.3

A prisão preventiva nos *informes* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A CIDH tem expressado sua preocupação com as violações de direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nos Estados Americanos, e, mais especificamente, com o abuso da prisão preventiva na região. Esta manifestação vem acompanhada de ações destinadas a proteger as vítimas de violações aos direitos humanos perpetradas durante a privação de liberdade, através da outorga de medidas acautelatórias (cautelares e provisionais), e também através de *informes* emitidos com objetivo de orientar e recomendar aos Estados-Partes a atuação conforme as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O *informe n° 35/07* da CIDH, relativo ao caso *Peirano Basso vs. Uruguai*, é, neste sentido, emblemático, pois conferiu instrumentalidade aos

¹⁶⁷ Corte IDH. *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, parágrafo 122.

princípios do sistema interamericano relativos à prisão preventiva assentados na jurisprudência da Corte IDH, desenvolvendo-os ainda mais, ou seja, dando-lhes conteúdo concreto¹⁶⁸, consistindo, portanto, em norte para a atuação dos Estados-Partes.

O objetivo principal desta exposição é analisar o referido relatório, mostrando a posição mais recente da Comissão a respeito dos princípios e limites da prisão preventiva de acordo com a Convenção Americana. Preliminarmente, antes de se adentrar aos comentários sobre o *informe n° 35/07*, será importante expor o posicionamento da CIDH emitido em alguns outros informes anteriores sobre a matéria.

2.3.1

Informe n° 2/84 - Caso Bosh e outros vs. Venezuela

Este informe refere-se a denúncias, feitas contra o Estado da Venezuela, de violação dos direitos humanos de quatro presos de nacionalidade venezuelana, acusados de planejar e executar, em outubro de 1976, a destruição de aeronave cubana, mediante colocação de aparato explosivo com fins terroristas, dando causa à morte de setenta pessoas, entre tripulantes e passageiros, a maioria desportistas. Os processados permaneceram presos cautelarmente por seis anos, quando finalmente foram absolvidos dos delitos pela justiça militar da Venezuela. A partir da sentença absolutória, ainda permaneceram privados de liberdade por mais de dois anos, pois o tribunal militar de segunda instância declarou sua incompetência para conhecer o caso, determinando o envio da causa à justiça comum.

A Comissão declarou neste informe que as autoridades venezuelanas violaram as normas da CADH relativas ao devido processo, reconhecendo como injustificáveis a demora no desenvolvimento do processo penal, o retardamento de uma decisão a respeito da culpabilidade e a *consequente manutenção da prisão dos acusados por período de tempo indefinido*.¹⁶⁹ Trata-se do primeiro caso em que a CIDH reconheceu que a manutenção da prisão preventiva, por tempo

¹⁶⁸ BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto. *Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Editores Del Puerto: Defensoría Geral de la Nación, 2008, pp. 4 e 5.

¹⁶⁹ *Informe n° 2/84*, caso n° 9.058 (Venezuela), resolución de 17/05/1984, parágrafo 13.3.

prolongado, é contrária à Convenção Americana, ainda que não tenha definido qualquer critério interpretativo da cláusula convencional da razoável duração da prisão preventiva.

2.3.2

Informe nº 17/89 - Caso *Firmenich vs. Argentina*

O Informe nº 17/89 refere-se ao caso *Firmenich vs. Argentina*, oriundo de denúncia apresentada à CIDH em 1989, relativa às violações do direito à liberdade pessoal (sobretudo ao artigo 7.5 da CADH) e dos princípios de presunção de inocência (artigo 8.2, CADH) e da isonomia (artigo 24, CADH), em prejuízo do sr. Mario Eduardo Firmenich, submetido a dois processos penais perante tribunais argentinos, acusado dos delitos de homicídio e extorsão mediante sequestro. Neste informe, a CIDH discute os elementos ou critérios legítimos para se verificar, no caso concreto, a necessidade da prisão preventiva para se evitar que o acusado obstrua a ação da justiça. Também discute, pela primeira vez, os critérios para a definição do prazo razoável da prisão processual.¹⁷⁰

A Comissão entendeu que as "condições pessoais do imputado" e as "características do fato punível" são critérios idôneos para a averiguação, de acordo com o prudente arbítrio do juiz, da necessidade da prisão preventiva para preservar o processo. Acrescenta ainda que, para uma avaliação adequada destas condições, o juiz deve também considerar *os motivos, a conduta anterior e posterior ao crime, a atividade processual do acusado e quaisquer outras circunstâncias direta ou indiretamente relacionadas com o fato imputado*.¹⁷¹

Neste sentido, a Comissão considerou que o sr. Firmenich foi acusado de delitos muito graves, com circunstâncias agravantes (suposta execução das vítimas sequestradas, em concurso de pessoas), o que, sem adentrar nos motivos de tais ações, *influi negativamente na valoração da situação do imputado e, conseqüentemente, na denegação judicial da liberdade*.

¹⁷⁰ Trata-se do primeiro caso, no âmbito do Sistema Interamericano, de efetiva discussão sobre o prazo razoável da prisão preventiva, no qual a CIDH assentou os mesmos critérios da jurisprudência do TEDH, definidos nos anos sessenta e setenta do século passado: PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 206.

¹⁷¹ Informe nº 17/89, caso 10.037 (Argentina), resolución de 13/04/1989, p. 24.

Com relação ao prazo razoável da prisão, a que se refere o artigo 7.5 da CADH, a Comissão afirmou que é necessário se considerar duas questões importantes: (i) primeiramente, que não é possível se estabelecer o prazo razoável através de um critério *in abstracto*; o prazo deverá ser fixado em cada caso, tendo-se em vista as circunstâncias do fato e as condições pessoais do imputado. Assim, a Comissão entendeu, com lastro no entendimento da Corte Européia de Direitos Humanos, que os Estados-Partes não são obrigados pela Convenção Americana a fixar em lei um prazo válido para todos os casos, independentemente de suas circunstâncias específicas; (ii) em segundo lugar, que o prazo não poderá ser quantificado através de uma simples consideração cronológica de anos, meses e dias, estando o exame da razoabilidade sujeito à apreciação da gravidade da infração.¹⁷²

Assim, a Comissão entendeu que o tempo de duração da prisão processual do sr. Firmenich, ainda que tenha excedido o limite legal de dois anos, imposto pelo então vigente artigo 379, inc. 6º, do Código de Processo Penal argentino, não foi irrazoável. A Comissão considerou, com base no artigo 380 do mesmo regramento processual, que a quantificação do tempo de prisão é apenas um dos critérios a ser aferidos para a consideração da razoabilidade do prazo, que deverá ser considerado em harmonia com as circunstâncias do fato e as condições pessoais do acusado.

Para a análise do caso concreto, a Comissão considerou que as características dos fatos imputados e as penas que poderiam ser atribuídas ao sr. Firmenich ao final do processo faziam presumir fundamentadamente que era necessário acautelar a justiça de uma possível evasão do acusado, através da prisão processual. Além disso, considerou que, a complexidade das causas justificava o trâmite processual por um período de quatro anos.

Por fim, a Comissão considerou que o princípio de presunção de inocência também não foi violado no caso concreto, porque não houve qualquer violação às normas do devido processo. Também não considerou que o caso, em razão da manutenção por longo período de tempo, era grave e urgente, considerando que o acusado preso não estava sendo submetido a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e que gozava da defesa de letrados e de todas as garantias processuais necessárias.

¹⁷² Informe n° 17/89, caso 10.037 (Argentina), resolución de 13/04/1989, pp. 25-26.

A decisão no caso *Firmenich* merece críticas contundentes. Neste caso, a CIDH repetiu os argumentos sustentados pela Corte Suprema da Nação argentina de que o prazo razoável da prisão preventiva não havia sido violado no caso concreto, ainda que tenha excedido em muito a duração máxima de dois anos fixada objetivamente pelo CPP. Assim, a Comissão chegou a uma conclusão derogatória do prazo máximo da prisão preventiva, ao desprezar a delimitação feita pelo legislador.¹⁷³

Ainda que a Comissão entenda que os Estados-partes não são obrigados a definir abstratamente em lei o prazo razoável da prisão preventiva, é, no mínimo, temerário que se desconsidere e se despreze a opção do legislador em restringir a duração da prisão preventiva, fixando-lhe um limite máximo, especialmente quando tal atitude é condizente com uma política de contenção do poder punitivo, própria do Estado de direito, e de fundamental importância para a tutela dos direitos humanos do imputado. Conforme salienta Daniel Pastor, o prazo razoável da prisão preventiva pode ser analisado caso a caso pelos organismos internacionais apenas quando o direito interno não fixe objetivamente um prazo máximo.¹⁷⁴ Acrescente-se que tais órgãos podem questionar o prazo máximo da prisão preventiva definido em lei pelos Estados-partes apenas para dizer que ele é excessivo, mas jamais para desprezá-lo, colocando em seu lugar critérios caracterizados pela discricionariedade. Conforme de verá mais adiante, a CIDH culminou por rever este posicionamento totalmente equivocado.

2.3.3

Informe nº 12/96 - Caso Giménez vs. Argentina

Trata-se de informe que discute o conteúdo de vários artigos da Convenção Americana: (i) o que significa ser julgado em prazo razoável, no contexto do artigo 7.5 e a razoabilidade do prazo de prisão processual; (ii) implicações do prazo de prisão preventiva no princípio de presunção de inocência (artigo 8.2); e (iii) afetação do prazo razoável do processo penal pela prisão cautelar prolongada (artigo 8.1).¹⁷⁵

¹⁷³ PASTOR, Daniel R. Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, A, 1996, pp. 285 e 286.

¹⁷⁴ Ibid., p. 192.

¹⁷⁵ *Informe 12/96*, caso nº 11245 (Argentina), parágrafo 59.

A CIDH recebeu denúncia em novembro de 1993, contra o Estado argentino, relatando violações aos direitos humanos do sr. Jorge Alberto Giménez, mantido em prisão processual desde setembro de 1989 até a data da sentença condenatória, proferida em dezembro de 1993, pelo cometimento dos crimes de roubo e furto, em concurso material.

Primeiramente, a Comissão reafirmou o posicionamento emitido no informe 17/89, considerando que *não é possível definir-se, com precisão, o conceito de prazo razoável da privação de liberdade estabelecido na Convenção*, que deverá ser aferido tendo como base os fatos e as circunstâncias específicas do caso concreto. Assim, os Estados-Partes não são obrigados a delimitar um prazo para a prisão processual em sua legislação interna; esta fixação é uma faculdade e não deverá consistir no único critério para análise do prazo razoável. A Comissão observa uma tendência pelos Estados, inclusive europeus, de fixação de prazos objetivos para a prisão preventiva. Não obstante, a posição da Comissão neste relatório é a de que a manutenção da prisão cautelar poderá estar justificada pelas circunstâncias do caso concreto, ainda que o prazo fixado em lei tenha sido ultrapassado.¹⁷⁶

A Comissão entendeu que o vigente artigo 379 do Código de Processo Criminal argentino - que impunha a liberdade do imputado quando a prisão preventiva ultrapassasse o prazo de dois anos - deveria ser analisado em harmonia com o artigo 380 do mesmo diploma legal, que autorizava a denegação da liberdade quando as características do fato e as condições pessoais do imputado permitissem presumir, fundamentadamente, que o mesmo poderia impedir a ação da justiça.¹⁷⁷

Em seguida, a Comissão interpreta a necessidade de razoável duração da privação de liberdade em consonância com o princípio de presunção de inocência e com o direito de defesa. Salienta, por um lado, que a presunção de inocência vai, paulatinamente, esvaziando-se de conteúdo à medida em que a prisão processual prolonga-se no tempo. Por outro lado, ressalta a Comissão que a extensão

¹⁷⁶ Ibid., parágrafos 69 a 72.

¹⁷⁷ O artigo 380 do Código de Processo Penal da Nação Argentina, vigente à época do caso, estabelecia uma "regla de clausura", já utilizada anteriormente no *caso Firmenich vs. Argentina*, segundo a qual era possível se denegar a liberdade do acusado em caso de fundado perigo de fuga, ainda quando o prazo de prisão preventiva de dois anos fosse ultrapassado: PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 208.

temporal da prisão preventiva pode afetar também o direito previsto no artigo 8.2.f da CADH, *aumentando-se a dificuldade do acusado para organizar sua defesa*.¹⁷⁸

A Comissão descreve duas etapas de análise para a verificação no caso concreto da violação ao artigo 7.5 da CADH (prazo razoável da prisão antes da condenação): (i) primeiramente, é necessário examinar *se as autoridades judiciais justificaram a prisão do acusado utilizando critérios pertinentes e suficientes*, que estarão presentes, de acordo com a Comissão, quando *há suspeita razoável de que o acusado poderá evadir-se, impedindo a ação da justiça, ou obstaculizar a investigação judicial intimidando testemunhas ou destruindo evidências*; (ii) em segundo lugar, cumpre verificar *se as autoridades judiciais procederam com "diligência especial" na instrução do processo, de maneira que o tempo de prisão não se tornasse excessivo*.¹⁷⁹

As autoridades judiciais argentinas denegaram a liberdade durante o processo ao sr. Giménez com base nas características do fato delituoso, na história criminal do imputado e na perspectiva de uma pena severa, critérios utilizados para se concluir que o mesmo se furtaria à ação da justiça.

Tendo como base as razões apontadas pelo Estado argentino, a Comissão avança na definição de cada uma das categorias consideradas fundamentais para a fundamentação da prisão provisória e definição da razoabilidade do seu prazo de duração.

A CIDH declara que tanto a gravidade da infração quanto a severidade da pena podem, *a priori*, ser consideradas para avaliação do risco de evasão do imputado. No entanto, assevera que *ambos os argumentos inspiram-se em critérios de retribuição penal, e, por isso, sua utilização para justificar o prolongamento da prisão processual desvirtua a finalidade desta como medida cautelar, convertendo-a num substituto da pena privativa de liberdade*.¹⁸⁰

Acrescenta a Comissão que a expectativa de uma pena longa, depois de transcorrido período prolongado de prisão cautelar, é critério insuficiente para avaliar o risco de fuga do imputado: à medida que o cerceamento de liberdade perdura, a ameaça que representa a futura sentença diminui, levando-se em

¹⁷⁸ Informe 12/96, caso nº 11245 (Argentina), parágrafo 81.

¹⁷⁹ Ibid., parágrafos 83 e 84.

¹⁸⁰ Ibid., caso nº 11245 (Argentina), parágrafo 86.

consideração a comutação do tempo de prisão provisória que deverá ser feita no tempo a cumprir de pena. Além disso, a Comissão pondera que, nestas circunstâncias, o Estado poderá adotar, para assegurar o comparecimento do acusado a juízo, medidas cautelares diversas da prisão.

Em seguida, a Comissão Interamericana analisa outra razão utilizada pelo Estado argentino para denegar a liberdade provisória do imputado: a história criminal do sr. Giménez. Esta análise é desmembrada através do exame de dois critérios frequentemente utilizados para justificar a prisão provisória: a avaliação da conduta passada do acusado (circunstâncias pessoais, antecedentes criminais) e o exame da provável conduta futura do processado (probabilidade de reincidência).

A Comissão declara que a consideração da história criminal do imputado está baseada numa *avaliação da periculosidade social do indivíduo, ou seja, na virtualidade da conduta propensa a colocar em perigo bens jurídicos da vítima ou da sociedade*.¹⁸¹

A CIDH adverte, no entanto, que o exame da conduta futura do acusado não poderá privilegiar critérios que foquem apenas o interesse social. Também deverão ser sopesados outros elementos, como a conduta do indivíduo posteriormente ao delito, sua vontade ou esforço em reparar os prejuízos causados pelo cometimento do ilícito, o interesse na adoção de pautas de conduta socialmente aceitáveis, assim como o entorno social e familiar e suas possibilidades de reabilitação.¹⁸²

Por outro lado, a Comissão assevera que a manutenção da prisão preventiva fundada *somente* nas condenações anteriores do processado vulnera claramente o princípio de presunção de inocência, porque o encarceramento representará nesta hipótese uma *perpetuação do castigo*.

Assim, a Comissão entendeu que a manutenção da prisão do sr. Giménez violou o princípio de presunção de inocência, considerando que seus antecedentes criminais, por si só, não consistiam em critério suficiente para justificar o prolongamento da prisão preventiva por um período de cinco anos.¹⁸³

¹⁸¹ Informe 12/96, caso nº 11245 (Argentina), parágrafo 90.

¹⁸² Ibid., parágrafo 92.

¹⁸³ Informe 12/96, caso nº 11245 (Argentina), parágrafo 99.

Passa-se então à análise da conduta das autoridades internas, de maneira a se avaliar se procederam no processo com a diligência necessária. A Comissão declara que as autoridades judiciais devem empregar uma "diligência especial" aos processos em que o acusado esteja preso cautelarmente, de maneira que esta prisão não resulte irrazoável. Para se avaliar este critério, a Comissão entende que deverão ser também levadas em consideração a conduta deliberada do acusado com o fim de obstaculizar o processo e a complexidade e alcance do caso.

A Comissão esclarece que a recusa do imputado em colaborar com a investigação, bem como a utilização por ele de todos os recursos disponíveis, configuram direito de defesa, e, portanto, não poderão ser considerados atos dilatórios da tramitação razoável do processo.

Explica também a Comissão que as considerações que envolvem a determinação da razoabilidade do processo (artigo 8.1, CADH) deverão ser mais flexíveis do que aquelas que envolvem a avaliação do tempo razoável da prisão cautelar (artigo 7.5, CADH), pela razão óbvia de que o encarceramento do processado afeta o direito à liberdade pessoal. Acrescente-se, com relação à interpretação do artigo 7.5, que o processado preso tem o direito a que seu caso seja resolvido prioritariamente.

Da análise do caso, a Comissão entendeu que a dilação excessiva do processo e da prisão preventiva do acusado deram-se exclusivamente por culpa das autoridades judiciais, que não agiram com a devida diligência e deram causa ao prazo irrazoável do processo e da prisão cautelar.

Por fim, a Comissão reconhece que o prolongamento da prisão preventiva tem como consequência *a suspeita indefinida e contínua* sobre o processado, o que determina que a prisão perca o seu caráter instrumental de servir aos interesses da boa administração da justiça e, *de meio, transforma-se em fim*: esta inversão constitui violação ao princípio de presunção de inocência reconhecido no artigo 8.2 da Convenção Americana.¹⁸⁴

2.3.4

Informe nº 2/97 - Caso Bronstein e outros vs. Argentina

¹⁸⁴ Ibid., caso nº 11245 (Argentina), parágrafos 113 e 114..

Este relatório refere-se a vinte e três casos de denúncias de excessiva duração da prisão preventiva feitas contra o Estado argentino em 1993, 1994 e 1995. A CIDH complementa sua interpretação, proferida no *informe 12/96*, sobre as justificativas legítimas da prisão processual, sobretudo daquela que se prolonga no tempo, identificando-as, ao mesmo tempo, como condições de legitimidade da prisão preventiva e como critérios para aferição *in concreto* do seu prazo razoável de duração. Ao estabelecer tais critérios, a CIDH mais uma vez recorre à jurisprudência do TEDH.

Primeiramente, a Comissão busca contextualizar a prisão provisória, expondo a gravidade e o sofrimento que a revestem. Destaca-se a imprecisa condição jurídica do preso a título cautelar - baseada não na culpabilidade mas na suspeita do cometimento do delito -, bem como os impactos sociais, econômicos e psicológicos a que é submetido.¹⁸⁵ A Comissão denuncia a problemática da prisão preventiva em vários países membros da OEA, e, especificamente, na Argentina dos anos 90, onde *a aplicação excessiva da prisão preventiva, atrelada à morosidade do sistema judicial, fez com que o índice de presos provisórios superasse 50% da população carcerária do país.*¹⁸⁶

Em seguida, ao tratar da duração da prisão cautelar, a CIDH faz uma interpretação conjugada dos artigos 7.5 e 8.2 da Convenção Americana, para concluir que *"o direito à presunção de inocência requer que a duração da prisão preventiva não exceda o prazo razoável mencionado no artigo 7.5"*¹⁸⁷.

A Comissão reitera mais uma vez o entendimento de que o prazo razoável da prisão preventiva não poderá ser estabelecido abstratamente em lei. Este prazo deverá estar fundado na *prudente apreciação judicial* de todos os elementos relevantes do caso, com o objetivo de se verificar a autêntica necessidade de se manter o encarceramento durante o processo. Frisa ainda a que a efetividade das garantias judiciais deverá ser maior à medida que a duração da prisão preventiva avança no tempo.

As razões justificadoras da prisão preventiva passam a ser discutidas pela Comissão, levando em consideração a manutenção de sua legitimidade ao longo do tempo. Primeiramente, a CIDH declara que a *razoável suspeita da*

¹⁸⁵ *Informe nº 2/97*, caso nº 11205 (Argentina), parágrafo 7.

¹⁸⁶ *Ibid.*, parágrafo 8.

¹⁸⁷ *Ibid.*, parágrafo 12.

culpabilidade do imputado (ou presunção de que o acusado cometeu um delito) é condição *sine qua non* para que o juiz decrete a prisão preventiva, e também para a continuidade da privação de liberdade a título cautelar. Não obstante, esta condição, por si só, resultará insuficiente para se justificar validamente a manutenção do encarceramento provisório.

Passa-se então a discutir as diversas razões que podem ou não justificar a prisão processual e sua manutenção: **(i)** perigo de fuga; **(ii)** risco de comissão de novos delitos; **(iii)** necessidade de se investigar e possibilidade de conluio entre acusados; **(iv)** risco de intimidação das testemunhas; **(v)** preservação da ordem pública.¹⁸⁸

O perigo de fuga do imputado consiste em razão válida para a decretação da prisão processual e deverá ser aferido, segundo a Comissão, a partir da consideração de vários elementos, dentre eles: a gravidade do delito, a severidade da pena, os valores morais do imputado, sua profissão, bens que possui, vínculos familiares e outras circunstâncias pessoais capazes de manter o acusado no país.¹⁸⁹ No entanto, a Comissão novamente frisa que a gravidade do crime e da sanção penal deixa de ser motivação suficiente para justificar, por si só, a manutenção da prisão processual baseada no risco de fuga do imputado, uma vez que esta probabilidade cai à medida que o prazo de prisão cautelar se estende no tempo. E, mais uma vez, a Comissão aponta que ainda que o perigo de fuga possa existir, a manutenção da prisão não será a medida mais indicada, e sim outras medidas cautelares menos gravosas, como a fiança e a proibição de ausentar-se do país.

O risco do imputado cometer novos delitos em liberdade é considerado pela CIDH como motivação para a decretação da prisão preventiva. Segundo a Comissão, o perigo de reincidência deverá ser real, ou seja, comprovado a partir da avaliação, no caso concreto, da gravidade do delito, da história pessoal do imputado, de sua personalidade e caráter.¹⁹⁰ A Comissão ressalta ser especialmente importante constatar se o processado foi anteriormente condenado por delitos similares em razão da natureza ou da gravidade da conduta.

¹⁸⁸ Informe n° 2/97, caso n° 11205 (Argentina), parágrafos 28 a 37.

¹⁸⁹ Ibid., parágrafos 28 e 29.

¹⁹⁰ Ibid., caso n° 11205 (Argentina), parágrafo 32.

A Comissão considera que a necessidade de se investigar, aliada à complexidade da causa, com a necessidade de diversos interrogatórios, pode justificar a prisão preventiva. Mas, uma vez que a instrução tenha se efetuado e os interrogatórios realizados, a prisão perde sua razão de ser. Além disso, a Comissão esclarece que tal justificação deverá fundar-se num perigo efetivo, ou seja comprovado, de que a atividade processual seja impedida pelo acusado em liberdade.

Da mesma forma, o risco real de o acusado ameaçar ou intimidar testemunhas e outros suspeitos consiste em motivação válida para se prender preventivamente. No entanto, tal razão não mais estará presente quando a instrução se desenvolve e as testemunhas são ouvidas, deixando de ser critério válido, só por si, para a manutenção da prisão processual.

E, por fim, a Comissão reconhece que a ameaça de distúrbios ou reações públicas face ao cometimento de delito de especial gravidade, justifica, em situações excepcionalíssimas, a prisão preventiva por determinado período de tempo. A Comissão assevera que em todos os casos em que seja invocada a necessidade da prisão preventiva para preservação da ordem pública, o Estado tem a obrigação de provar, de maneira objetiva e veemente, tal justificativa, que deverá continuar existindo enquanto a medida cautelar perdurar.¹⁹¹

A razoabilidade do prazo de prisão preventiva deverá ser aferida através da verificação no caso concreto das justificativas idôneas para a sua manutenção ao longo do tempo. Mas não só: a Comissão aponta que, depois desta primeira análise, o juiz deverá verificar se as autoridades deram ao processo a diligência e a prioridade necessárias à atividade processual que envolve acusados privados de liberdade. Para tanto, as autoridades judiciais poderão levar em consideração a complexidade da causa, mas não as atividades do acusado que configurem exercício do direito de defesa. A Comissão considera que a manutenção da prisão preventiva por longo período de tempo configurará uma situação de denegação de justiça se não se empregou, no trâmite da causa, a diligência e a prioridade necessárias.¹⁹²

Ao final, ao analisar a legislação anti-narcotráfico argentina aplicável a vários dos peticionários, a CIDH declara que a exclusão de determinados

¹⁹¹ *Informe n° 2/97*, caso n° 11205 (Argentina), parágrafos 36 e 37.

¹⁹² *Ibid.*, caso n° 11205 (Argentina), parágrafo 44.

acusados de benefícios processuais, como a limitação do prazo de prisão preventiva, consiste em violação do princípio de presunção de inocência.

Em suas conclusões, a Comissão declarou que o Estado argentino violou o artigo 7.5 da CADH porque os acusados foram mantidos em prisão preventiva por um prazo irrazoável, em razão da falta de diligência judicial na condução dos respectivos processos. Considerou também violados os artigos 8.1 e 8.2, e recomendou ao Estado: **(i)** a modificação da legislação interna a fim de adequá-la às normas da Convenção Americana; **(ii)** a verificação de todos os casos de prisão preventiva prolongada do país, a fim de que, em caso de ausência dos requisitos da CADH, sejam tomadas as medidas necessárias para a concessão de liberdade; **(iii)** a adoção de um processo ágil e minucioso em todos os casos mencionados na recomendação anterior.¹⁹³

2.3.5

Informes nº 35/07 e nº 86/09 - Caso Peirano Basso vs. Uruguai

O *informe nº 35/07* refere-se ao caso dos irmãos Jorge, José e Dante Peirano Basso, apresentado à CIDH em 2004 através de denúncias formuladas contra o Estado do Uruguai. Este informe, aprovado em 2007, não foi publicado à época pela CIDH, mas acabou por tornar-se público em razão de sua reprodução em periódico jurídico do Uruguai.¹⁹⁴ A decisão, com suas recomendações e

¹⁹³ *Informe nº 2/97*, caso nº 11205 (Argentina), parágrafo 61.

¹⁹⁴ O *informe 35/07* consiste em relatório de mérito da CIDH, emitido com base no artigo 50 da CADH e não em seu artigo 51. O artigo 50 refere-se aos *informes* ou relatórios que tem como objetivo notificar o Estado sob cautela sobre as conclusões da Comissão relativas à situação em análise, formulando as recomendações que deverão ser acatadas no prazo de três meses. Este informe será encaminhado aos Estados interessados e não poderá ser publicado. Somente se, no prazo trimestral, o Estado não tiver cumprido as recomendações ou o assunto não tiver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela CIDH ou pelo Estado interessado, o *informe* poderá então ser publicado, consoante artigo 51. O *informe 35/07*, por ser relativo ao artigo 50, não foi publicado pela CIDH, mas foi reproduzido na época em sítio jurídico uruguaio, com ampla divulgação. Posteriormente, a CIDH entendeu que o Uruguai cumpriu parte das recomendações feitas, e reiterou a recomendação pendente. Por fim, no *informe 86/09*, relativo ao mesmo caso, a Comissão reconheceu os esforços do Estado, mas concluiu que a recomendação ainda se encontrava pendente. Ao final, embasada no artigo 51, a Comissão decidiu tornar público o *informe 86/09*, incluindo-o no Relatório Anual apresentado à Assembléia Geral da OEA e a não submeter o caso ao contencioso da Corte: CIDH. **Informe de Fondo nº 86/09**. Caso 12.553, Jorge, José y Dante Peirano Basso. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp>, acesso em 01-09-2012.

procedimentos subsequentes, foram finalmente publicadas em 2009, através do *informe 86/09*¹⁹⁵.

Os irmãos uruguaios Jorge, José e Dante Peirano Basso foram presos em 08 de agosto de 2002, acusados do cometimento de delitos econômicos durante a gestão do *Banco de Montevideo*, de sua propriedade. A fundamentação da prisão baseou-se na *gravidade dos delitos imputados aos acusados*.¹⁹⁶ Os fatos relativos ao caso tiveram grande repercussão pública, coincidindo com as crises financeiras atravessadas primeiramente pela Argentina, em 2001, e em seguida pelo Uruguai, no início do ano de 2002.¹⁹⁷ Além disto, o processo se desenvolveu dentro de um contexto político-eleitoral, em meio a declarações de autoridades públicas uruguaias sobre a presumida culpabilidade dos imputados.¹⁹⁸

Os irmãos Peirano Basso permaneceram encarcerados, de maneira ininterrupta, até a época do encaminhamento das denúncias à CIDH, em outubro e novembro de 2004, ou seja, por mais de quatro anos. Neste ínterim, os advogados de defesa ajuizaram pedidos de concessão da liberdade em sete ocasiões, sendo todos eles negados. Ressalte-se que, em fevereiro de 2005, a Suprema Corte do Uruguai fundamentou sua decisão de indeferimento do pedido de liberdade *na "gravidade ontológica dos delitos" e em sua "repercussão social"*.¹⁹⁹ Por sua vez, em agosto de 2005, o juiz competente não concedeu a liberdade provisória aos imputados em razão da *"entidade do fato que se incrimina" e do "escasso cumprimento da prisão preventiva"*.²⁰⁰ Esta decisão foi confirmada pelo Tribunal de Apelações em março de 2006, sustentando-se, dentre outros, no argumento da

¹⁹⁵ Optou-se por fazer referência ao *informe n° 86/09* ao longo do texto, porque consiste no relatório aprovado para publicação e que está disponível oficialmente no sítio eletrônico da CIDH, além de trazer todo o conteúdo do *informe n° 35/07* e as deliberações posteriores da Comissão sobre o caso.

¹⁹⁶ CIDH. *Informe de Fondo n° 86/09*. Caso 12.553, Jorge, José y Dante Peirano Basso. Parágrafo 54.

¹⁹⁷ A CIDH faz referência ao contexto econômico que marcou os fatos do caso, relacionados à crise atravessada no final de 2001 pela Argentina, como consequência da implementação da medida popularmente denominada "corralito" (decisão do governo argentino de proibir retiradas de contas bancárias). Tal medida fez com que os correntistas argentinos tentassem recuperar seus depósitos fora do sistema financeiro deste país, o que afetou as instituições financeiras do Uruguai, cujas contas eram compostas em grande parte por fundos provenientes da Argentina. Isto teria gerado desconfiança no sistema financeiro do país, o que, por sua vez, teria ocasionado a crise financeira no Uruguai, no início de 2002: CIDH. *Informe de Fondo n° 86/09*. Caso 12.553, Jorge, José y Dante Peirano Basso. Parágrafos 30 e 65.

¹⁹⁸ CIDH. *Informe de Fondo n° 86/09*. Caso 12.553, Jorge, José y Dante Peirano Basso. Parágrafo 66.

¹⁹⁹ *Ibid.*, Parágrafo 57.

²⁰⁰ *Ibid.*, Parágrafo 58.

*"gravidade inusitada" dos fatos que, além de merecedores de uma pena severa, próxima ao limite legal máximo, não admitem a liberdade durante o processo.*²⁰¹

A acusação formal pelo crime de insolvência societária fraudulenta foi apresentada em 19-10-2006, e em dezembro do mesmo ano foram autorizadas saídas temporárias semanais dos presos.

A partir da consideração dos fatos acima descritos como comprovados, a Comissão, com apoio na jurisprudência consolidada da Corte IDH, passa a sistematizar os princípios do sistema interamericano que devem limitar a prisão decretada à título cautelar.

A CIDH salienta que os princípios universais de presunção de inocência e de respeito à liberdade individual são a base para se estabelecer as razões legítimas de justificação da prisão preventiva. Assim, a presunção de inocência impõe que os acusados, em regra, permaneçam em liberdade. No entanto, os Estados estarão autorizados, em caráter excepcional e sob determinadas condições, a restringir provisoriamente o direito de liberdade durante o processo penal, mas com a advertência de que *a duração excessiva do encarceramento neste período faz surgir um risco de inversão ou desvirtuamento do sentido da presunção de inocência, convertendo tal medida cautelar em verdadeira pena antecipada.*²⁰² Desta maneira, a presunção de inocência exige, como seu corolário, a fixação de um limite temporal razoável para a duração da prisão processual, de maneira que os acusados sejam verdadeiramente tratados como inocentes durante o processo penal.

A Comissão aponta ainda que a interpretação da prisão processual deverá estar condicionada ao *princípio pro homine*, *standard* de direito internacional que impõe que toda limitação de direitos humanos deverá ser interpretada e aplicada restritivamente.

Após definir os princípios que orientam a excepcionalidade da prisão provisória, a Comissão passa a fixar e desenvolver o pressuposto e os fundamentos que autorizam a privação da liberdade a título cautelar.

O pressuposto para a decretação da prisão provisória consiste na existência de elementos de prova sérios, ou seja, idôneos, que vinculem o acusado

²⁰¹ CIDH. *Informe de Fondo nº 86/09*. Caso 12.553, Jorge, José y Dante Peirano Basso. Parágrafo 58.

²⁰² *Ibid.*, Parágrafo 70.

ao fato a ele imputado. A Comissão observa que esta vinculação é o único fator que distingue o acusado, presumidamente inocente, dos demais cidadãos, igualmente inocentes, contra os quais não foi imposta qualquer medida cautelar. A CIDH salienta que a Convenção Europeia de Direitos Humanos reconhece expressamente este pressuposto, ao exigir, para a decretação da prisão provisória, "*indícios racionais do cometimento do delito*", interpretados pela Corte Européia como *elementos de prova da prática de infração penal por determinada pessoa, capazes de satisfazer um observador objetivo*.²⁰³

Em seguida, a Comissão esclarece, embasada na jurisprudência da Corte IDH, que os fundamentos ou justificativas legítimas da prisão preventiva, consoante artigo 7.5 da CADH, circunscrevem-se às necessidades restritas de assegurar a ação da justiça (identificada como risco processual de fuga do acusado) e garantir as atividades de investigação e instrução criminal. Assim, a CIDH enfatiza que *a finalidade que se pretende alcançar, através da prisão cautelar, consiste na efetiva realização da justiça, através da neutralização de perigos processuais que atentem contra este fim*.²⁰⁴

A Comissão afasta, de maneira expressa, toda e qualquer fundamentação da prisão provisória apoiada em "*critérios de direito penal material, não processual, adequados à resposta punitiva*", embasadas em "*fins preventivos, como a periculosidade do imputado, a possibilidade de que cometa delitos no futuro ou a repercussão social do fato*". Deste modo, a CIDH reconsidera e modifica o seu entendimento anterior, consubstanciado em informes anteriores, considerando que a fundamentação da prisão provisória baseada em critérios substancialistas é ilegítima porque contrária aos limites determinados na Convenção Americana, notadamente à presunção de inocência.

Não obstante reconheça como legítimas as justificativas de risco de fuga do imputado e de frustração das atividades investigativas ou instrutórias, a Comissão restringe a sua interpretação e aplicação: tais circunstâncias não poderão ser meramente alegadas pelas partes ou tomadas como presumidas sem o devido embasamento nos fatos do caso concreto, objetivamente considerados e provados. Além disso, a Comissão frisa que os tribunais deverão avaliar

²⁰³ CIDH. *Informe de Fondo nº 86/09*. Caso 12.553, Jorge, José y Dante Peirano Basso. Parágrafo 78.

²⁰⁴ *Ibid.*, Parágrafo 81.

oportunamente todos os argumentos sustentados pelas partes a fim de verificar se as condições de justificação da prisão preventiva subsistem.

A CIDH esclarece que a gravidade da infração penal e a severidade da pena, ainda que possam ser tomadas como critério para avaliar o risco de fuga do imputado no caso concreto, não poderão constituir argumentos para justificar a privação prolongada da liberdade a título cautelar, uma vez que ofendem a presunção de inocência. Mais adiante, embasada na decisão da Corte no caso *López Álvarez vs. Honduras* (2006), a Comissão enfatiza que a necessidade da prisão preventiva deverá ser verificada através de uma ponderação dos elementos do caso concreto, e que, *em nenhuma hipótese poderá ser determinada em razão da espécie de delito que se imputa ao indivíduo*.

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.

Após delimitar o pressuposto e os fundamentos da prisão preventiva, a Comissão se debruça sobre aqueles princípios que deverão ser aplicados no caso concreto com o objetivo de limitá-la: excepcionalidade, provisoriedade, proporcionalidade, legalidade, judicialidade e recorribilidade.

A CIDH afirma que o princípio da excepcionalidade deverá reger a legalidade da prisão preventiva no caso concreto, evitando que esta se converta em regra e, desta forma, seja desvirtuado o seu fim cautelar. A Comissão enfatiza que, como decorrência do princípio da excepcionalidade, a prisão preventiva somente será cabível quando for o único meio de se assegurar os fins do processo no caso concreto. Para tanto, é necessário demonstrar que as medidas cautelares menos lesivas são insuficientes para garantir os fins processuais que se busca acautelar.

Da mesma forma, é fundamental que o julgador reavalie periodicamente os motivos ou fundamentos que originalmente autorizaram a prisão preventiva, de maneira a verificar se ainda subsistem. A Comissão assevera que o reexame periódico é dever do juiz, devendo ser realizado independentemente de provocação das partes. Para manter a prisão preventiva, o juiz deverá fazer

expressa menção aos fatos concretos e atuais da causa que façam presumir que o perigo de fuga do acusado persiste, ou enumerar os atos instrutórios que ainda restam cumprir no caso concreto, justificando a impossibilidade de serem realizados com o acusado em liberdade.

O princípio da provisoriedade exige que a prisão preventiva se mantenha *somente por lapso temporal estritamente necessário para garantir determinado fim processual*, e que ela seja substituída por métodos cautelares alternativos na medida em que as circunstâncias do caso concreto assim o permitam.²⁰⁵

O princípio da proporcionalidade também impõe limites à prisão processual. De acordo com tal postulado, consagrado no artigo 5.4 da CADH, o acusado, considerado inocente, não poderá receber tratamento mais gravoso ou igual àquele imposto ao condenado. Assim, *a prisão cautelar não deverá igualar-se ou equipar-se à pena, seja em quantidade, seja em qualidade*.²⁰⁶ Como corolário, a prisão processual não será cabível quando a pena prevista para a infração penal não for privativa de liberdade, e também quando as circunstâncias do caso permitam a suspensão do processo. Além disso, qualquer prognóstico de pena que seja feito durante a persecução penal deverá ter sempre como parâmetro o limite mínimo fixado no tipo penal, pois, do contrário, restariam violados o direito de defesa e a garantia do juiz imparcial.

A Comissão também faz expressa referência aos princípios de legalidade, judicialidade e recorribilidade, importantes para o controle da prisão processual. Com apoio na jurisprudência da Corte, sustenta que toda e qualquer medida privativa de liberdade deverá obedecer à legalidade material e formal. Ressalta a importância do controle da prisão processual por autoridade judicial competente, o que engloba o exame e reexame periódico das razões da medida cautelar. Neste âmbito, deverão ser assegurados ao acusado o direito a ser ouvido, bem como a imparcialidade do julgador.

Por fim, a Comissão tece importantes considerações a respeito da duração da prisão cautelar. Primeiramente, a CIDH reitera que o prolongamento temporal da prisão processual conduz a um esvaziamento progressivo do significado da presunção de inocência, até o ponto de invertê-lo, além de

²⁰⁵ CIDH. *Informe de Fondo nº 86/09*. Caso 12.553, Jorge, José y Dante Peirano Basso. Parágrafo 105.

²⁰⁶ *Ibid.*, Parágrafo 109.

aumentar a dificuldade do acusado em preparar sua defesa. Em seguida, faz distinção entre a garantia de razoável duração da prisão provisória (artigo 7.5 da CADH) e a razoável duração do processo criminal (artigo 8.1 da CADH).

A Comissão explica que a complexidade do caso e a diligência das autoridades competentes são critérios válidos tanto para a verificação do prazo razoável do processo quanto da prisão processual, mas que, neste último caso, pela razão óbvia de envolver cerceamento de liberdade, a análise deverá ser mais rígida. Na análise da duração da prisão provisória, o critério da complexidade do caso deverá ser aferido com base nas características do fato e na sua dificuldade probatória. Já a diligência das autoridades na condução do processo deverá ser examinada à luz da complexidade do caso e da atividade investigativa. Por outro lado, as atividades processuais inerentes à defesa do acusado, inclusive a utilização dos recursos legalmente previstos, não poderão ser consideradas para o efeito de se determinar a irrazoabilidade do prazo de privação de liberdade. Uma vez transcorrido o prazo considerado razoável, a prisão deverá cessar, ainda que o perigo processual subsista, sendo facultada, no entanto, a imposição de medida cautelar diversa da prisão.

A Comissão reitera que não é possível se estabelecer de forma abstrata o prazo razoável de prisão preventiva, uma vez que deverá cingir-se a critérios aferidos em cada caso concreto. Não obstante, aponta um parâmetro ou critério indiciário que deverá nortear a interpretação da garantia pelos Estados americanos: o cumprimento do lapso temporal de prisão correspondente a dois terços da pena mínima cominada à infração penal. Superado este limite, presume-se *prima facie* que o prazo de prisão processual é irrazoável²⁰⁷, e o preso deverá recuperar a sua liberdade ou a prisão deverá ser substituída por uma medida cautelar diversa. A CIDH adverte que o contrário não pode ser considerado verdadeiro: a privação de liberdade por tempo inferior a este limite não autoriza a presunção de razoabilidade do prazo, exigindo-se sempre a sua justificação com base nas circunstâncias específicas do caso concreto.

Por outro lado, se houver previsão expressa de limite temporal objetivo à prisão cautelar na legislação interna do Estado que permita um gozo ainda maior do direito de liberdade pelo imputado, o princípio *pro homine* (artigo 29, b,

²⁰⁷ CIDH. *Informe de Fondo nº 86/09*. Caso 12.553, Jorge, José y Dante Peirano Basso. Parágrafo 136.

CADH) impõe seu cumprimento. Mais uma vez, vale a advertência: o lapso de tempo inferior ao previsto em lei não exime o Estado do dever de justificar a necessidade da prisão no caso concreto, nem faz presumir a razoabilidade do prazo. A CIDH destaca que o prazo razoável de prisão preventiva deverá ser sempre considerado um limite máximo, que, se ultrapassado, denuncia a prisão como ilegítima.

A Comissão ainda assevera que, em nenhuma hipótese, poderá a lei interna dos Estados-partes excluir os acusados de determinadas espécies de infração penal do direito à liberdade durante o processo ou investigação preliminar, com base em critérios subjetivos, tais como “*alarme social*”, “*repercussão social*” e “*periculosidade*”. Estes critérios subvertem a natureza cautelar da prisão, transformando-a em verdadeira pena antecipada. Ademais, violam o princípio da igualdade, despojando pessoas de seu direito à liberdade em razão de percepções sociais que não são passíveis de demonstração.

Na análise do caso, a Comissão concluiu que as autoridades judiciais uruguaias fracassaram na aplicação dos standards internacionais desenvolvidos no informe 35/07, ao verificar a ausência ou escassez de legítima fundamentação da prisão preventiva dos irmãos Peirano Basso.²⁰⁸ A CIDH observou que as decisões judiciais denegatórias da liberdade dos acusados durante o processo, nas poucas vezes em que apresentaram justificativas para a manutenção da prisão, o fizeram apenas de forma aparente, desconsiderando os argumentos levantados pela defesa e baseando-se em critérios de gravidade do delito e de sua repercussão social e econômica danosa. A CIDH concluiu que estas decisões violaram a garantia do juiz imparcial e o direito ao devido processo, que impõe que toda e qualquer restrição a direito fundamental deverá ser devidamente justificada de maneira a permitir a sua contestação por parte da defesa, e consequentemente, ofenderam o princípio de presunção de inocência.

A Comissão ainda observou que as autoridades judiciais não demonstraram que a liberdade dos irmãos Peirano Basso importaria em risco para o processo, limitando-se a sustentar a gravidade dos fatos. Nesta oportunidade, a Comissão reiterou que a gravidade da infração penal, por dizer respeito ao fato imputado e não ao processo, não consiste em critério de perigo processual

²⁰⁸ CIDH. *Informe de Fondo nº 86/09*. Caso 12.553, Jorge, José y Dante Peirano Basso. Parágrafo 182.

necessário para fundamentar a prisão cautelar, e sim um critério material, de caráter retributivo, que, consequentemente, viola a presunção de inocência.

Por outro lado, a CIDH também declarou que a justificação da prisão cautelar foi desvirtuada quando as autoridades judiciais uruguaianas se basearam em prognóstico de pena fixado no limite legal máximo cominado ao crime. Os tribunais entenderam que, em razão da gravidade do delito imputado aos irmãos Peirano, a pena ao final do processo deveria ser fixada em seu patamar máximo (cinco anos), o que justificaria um prazo de prisão preventiva extenso. Além de entender que tal justificação é ilegítima, a Comissão declarou que a relação estabelecida entre a medida cautelar e o prognóstico de pena fixado no limite máximo ofende o princípio da proporcionalidade, uma vez que o prazo de prisão preventiva não poderá igualar-se ao da pena. Tal relação deverá ser suficientemente desequilibrada para que a prisão processual não se converta em pena antecipada.

No caso em análise, a Comissão considerou que o tempo de prisão preventiva imposto aos irmãos uruguaianos ultrapassou o prazo razoável, uma vez que permaneceram presos por período de tempo amplamente superior aos dois terços da pena mínima cominada ao crime. Além disso, sustentou que a estimativa de pena feita pelos magistrados antecipou um juízo de culpabilidade que viola a garantia do acusado de ser julgado por um juiz imparcial.

A Comissão entendeu que a autorização judicial concedida aos irmãos Peirano para saídas temporárias confirma a inexistência de perigo apto a motivar legitimamente o encarceramento preventivo. A autorização para saída, mediante simples declarações juramentadas dos acusados, denota que o perigo de fuga não era de magnitude suficiente a justificar a imposição de medida cautelar econômica. Além disso, o risco de obstrução de provas foi afastado pelas autoridades uruguaianas em razão do avançado estágio do processo, e, da mesma forma, o "perigo para a sociedade" de cometimento de novos delitos pelos acusados em liberdade.

Sobre o perigo social e de reincidência delitiva, a Comissão se pronunciou categoricamente: são justificativas que conferem à prisão preventiva

um tratamento de pena antecipada, relacionada tanto ao fato investigado quanto ao suposto fato futuro, violando o princípio de inocência e o direito de defesa.²⁰⁹

Por fim, a Comissão declarou expressamente a inconveniência da lei uruguaia nº 17.897, que regulamenta a concessão de liberdade provisória para presos provisórios que já cumpriram determinadas frações das respectivas penas, porém estabelecendo exceção para acusados de determinadas infrações penais consideradas graves. Seguindo a linha de entendimento da Corte IDH, traçada em *Suárez Rosero vs. Equador* (1997), a Comissão proclamou que tal distinção legal, fundada no caráter reprovável de determinadas espécies de delito, viola o princípio da isonomia, que impõe tratamento igualitário àquelas pessoas que se encontram em situações equivalentes, além de não se adequar aos fundamentos processuais da prisão cautelar.²¹⁰

Nas conclusões do informe, a Comissão declarou a responsabilidade do Estado uruguaio pelo prolongamento irrazoável da prisão preventiva dos acusados, e, conseqüentemente, pela violação dos artigos 2, 7.2, 7.3, 7.5, 7.6, 8.1, 8.2, 25.1 e 25.2 da CADH. Além disso, a Comissão fez duas recomendações ao Uruguai: (i) que tomasse as providências necessárias para que os acusados fossem colocados em liberdade, sem prejuízo da continuidade do processo penal; (ii) para proceder às modificações legislativas, de maneira a conformar a legislação interna do Uruguai às normas da Convenção Americana que garantem o direito à liberdade pessoal.

Em 12-06-2007, o Uruguai informou à CIDH a concessão de liberdade provisória aos irmãos Peirano Passo, mediante pagamento de fiança. Além disso, deu a conhecer as providências tomadas pelo Estado no sentido de adequar sua legislação às normas da CADH, através da criação de Comissão para Reforma do Código Penal e do Código de Processo Penal uruguaios.

A Comissão entendeu que o Uruguai acatara de modo substancial as recomendações do Informe 35/07, e decidiu pelo não encaminhamento da causa à Corte. Nos subsequentes Informes 38/08 e 86/09, a CIDH reconheceu o cumprimento da primeira recomendação e reiterou a necessidade de o Estado dar

²⁰⁹ CIDH. *Informe de Fondo nº 86/09*. Caso 12.553, Jorge, José y Dante Peirano Basso. Parágrafo 180.

²¹⁰ *Ibid.*

continuidade às providências necessárias para o cumprimento efetivo da segunda recomendação.

2.4

Síntese do entendimento do Sistema Interamericano e considerações finais

Após a exposição e a análise pormenorizadas das decisões e relatórios relativos aos casos contenciosos selecionados, torna-se necessário sintetizar alguns pontos fundamentais e tecer algumas considerações finais sobre o que foi discutido.

Foi possível observar que a Corte Interamericana construiu paulatinamente, a partir da década de noventa, sua jurisprudência a respeito dos princípios que orientam e limitam a prisão cautelar, que foram por fim condensados no caso *Chaparro e Lapo* (2007), onde a Corte traz extensa análise do sistema cautelar fundado no direito de liberdade. Pode-se dizer que os casos *Chaparro e Lapo* (2007), *Bayarri* (2008) e *Barreto Leiva* (2009), consolidam o entendimento mais atual da Corte sobre a prisão provisória à luz de um sistema multifacetado de medidas cautelares pessoais.

Por sua vez, a Comissão Interamericana, nos relatórios analisados, traz fundamental contribuição para o entendimento acerca dos limites da prisão cautelar, esclarecendo e elucidando questões importantes discutidas pela Corte IDH, sobretudo com o relatório referente ao caso *Peirano Basso vs. Uruguai* (*Informe 35/07*). Este relatório, baseado na jurisprudência da Corte IDH, expressa a vontade dos órgãos do Sistema Interamericano de estabelecer controles concretos à prisão provisória, que sejam de fato eficazes à contenção do encarceramento abusivo na América Latina.²¹¹ Assim, tendo-se em vista o caráter subsidiário dos mecanismos de proteção internacional, a CIDH fornece, com o referido relatório, ferramentas aos operadores do direito, e também define os parâmetros exigíveis das autoridades judiciais na aplicação das obrigações internacionais assumidas pelos Estados-partes.²¹²

²¹¹ BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto. *Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Editores Del Puerto: Defensoría Geral de la Nación, 2008, p. 7.

²¹² *Ibid.*, p. 13.

Nos relatórios anteriores ao de nº 35/07, a CIDH debruça-se, em especial, sobre o prazo razoável da prisão preventiva e sobre os critérios idôneos para justificar a sua manutenção ao longo do tempo. É possível perceber que a CIDH, antes de 2007, sustentava posições que foram radicalmente revistas. A CIDH entendia que a manutenção da prisão cautelar poderia ser justificada pelas circunstâncias do caso concreto e pelas condições pessoais do imputado, ainda que o prazo razoável da medida cautelar, fixado em lei, fosse ultrapassado (*Informes nº 17/89 e nº 12/96*). Entendia ainda que o clamor público e o risco de o imputado cometer novos delitos em liberdade consistiam em fundamentação válida da prisão preventiva (*Informe nº 2/97*). Ambos os posicionamentos foram modificados através do *Informe nº 35/07*, que mostra nitidamente que a CIDH procurou seguir a interpretação da Corte e suprir as eventuais lacunas existentes sobre a matéria, acrescentando novas nuances de interpretação fundamentais para a condução dos Estados-partes em conformidade com a Convenção Americana. Em síntese, o *Informe 35/07* acolhe, sintetiza e aprofunda o posicionamento dos órgãos do Sistema Interamericano sobre os limites da prisão como medida cautelar. Não obstante, a CIDH desenvolveu nos relatórios mais antigos alguns aspectos importantes que foram mantidos em seu posicionamento atual.

Conclui-se que a Corte e a CIDH debruçam-se sobre algumas questões consideradas centrais na análise das denúncias e casos contenciosos cujo foco é a prisão provisória. Primeiramente, são fundamentais as definições prévias de prisão ilegal (artigo 7.2, CADH) e prisão arbitrária (artigo 7.3, CADH), que estabelecem as bases para a discussão dos limites da prisão cautelar à luz dos direitos humanos. Em seguida, tomando o direito de liberdade como ponto de partida, tais órgãos passam à discussão sobre a excepcionalidade da prisão cautelar e seus limites. Com efeito, a CADH estabelece os limites de interferência do Estado na esfera de liberdade pessoal (física), fundando, especialmente nos artigos 7 e 8, um sistema de direitos e garantias das pessoas presas, onde a liberdade é a regra, e a prisão, a exceção.²¹³

²¹³ Como corolário, pode-se afirmar que existe, como regra, um direito à liberdade durante o processo, como resultado da combinação do direito à liberdade ambulatoria com o princípio de presunção de inocência, reconhecidos nos artigos 7.1 e 8.2 da CADH: OTTAVIANO, Santiago. La prisión preventiva: presupuestos para su dictado y limitación temporal. In: GARCÍA, Luis M. (coord). *Los derechos humanos en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 210.

Em *Suárez Rosero* (1997), a Corte sistematiza, pela primeira vez, os princípios da Convenção Americana relativos à prisão preventiva. É possível perceber que, a partir deste caso, a Corte passou a desenvolver, de forma mais abrangente e minuciosa, sua jurisprudência a respeito dos limites da prisão como medida cautelar. Na decisão referente a este caso emblemático, a Corte afirma que o princípio de presunção de inocência é a base de sustentação de todas as garantias judiciais e está intrinsecamente vinculado à excepcionalidade da prisão provisória. A Corte traça a relação entre os princípios de presunção de inocência e de excepcionalidade da prisão preventiva, para delimitar o âmbito de restrição legítima da liberdade a título cautelar, o que será reiterado em todas as decisões da Corte sobre a matéria.

O princípio de presunção de inocência impõe ao Estado o dever de aplicar a prisão provisória de forma excepcional, dentro dos limites necessários para assegurar que o imputado não impeça o desenvolvimento das atividades persecutórias e a ação da justiça. Em outras palavras, a prisão preventiva está autorizada em caso de risco para a instrução criminal e de fuga do imputado, que representam, segundo o entendimento da Corte, as únicas justificativas válidas da prisão provisória como medida cautelar, que são, fundamentalmente, finalidades de natureza processual.

Ressalte-se que, não obstante a Corte admita o perigo de entorpecimento da atividade instrutória como razão da prisão preventiva, não há referência expressa na Convenção Americana a esta justificativa.²¹⁴ Com efeito, a Convenção Americana refere-se apenas à possibilidade de a liberdade durante o processo ser condicionada a garantias que assegurem o comparecimento do imputado a juízo (artigo 7.5, CADH), condizente com a hipótese de risco de fuga.

É possível também notar que em *Suárez Rosero* (1997), ao estabelecer quais são as finalidades legítimas da prisão preventiva, a Corte ainda não aponta, de forma explícita, os critérios extra-processuais considerados ilegítimos para fundamentar a prisão processual. Será a partir do caso *López Álvarez* (2006) que a Corte passará a declarar expressamente que a prisão preventiva não poderá ser determinada em razão da espécie de crime imputado, e que as características

²¹⁴ Conforme observa CAFFERATA NORES, José I. *Proceso penal y derechos humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso argentino*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 185.

pessoais do acusado e a gravidade do delito não são, por si só, justificativas suficientes para a privação cautelar de liberdade, uma vez que são critérios de natureza material, próprios à pena. No caso *García Asto e Ramírez Rojas* (2005), a Corte acrescenta que o critério da gravidade do delito não poderá implicar automaticamente numa presunção de que o acusado fugirá, e, da mesma forma, não consistirá em motivação suficiente para se manter a prisão preventiva ao longo do tempo.

Verifica-se claramente, que ao afastar as características pessoais do imputado e a gravidade do delito como critérios exclusivos de justificação da prisão preventiva, a Corte rechaça o "direito processual penal de autor"²¹⁵, conferindo concretude ao princípio de presunção de inocência e impondo obstáculos firmes à discriminação contra suspeitos e acusados.²¹⁶

Em *Chaparro e Lapo* (2007), a Corte vai além, ao excluir expressamente do âmbito de legitimidade da prisão processual toda e qualquer finalidade preventiva (geral ou especial) atribuível à pena. Importante destacar que neste caso, em posição vanguardista, a Corte IDH afasta expressamente o perigo de reiteração delitiva como fundamento válido da prisão preventiva, ao contrário do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que, baseado no artigo 5.1 da Convenção Europeia, o admite.²¹⁷

²¹⁵ BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto. *Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Editores Del Puerto: Defensoría Geral de la Nación, 2008, p. 27.

²¹⁶ PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 108.

²¹⁷ A Corte Européia de Direitos Humanos entende que o risco de reiteração de delitiva, a gravidade do delito e o clamor público podem justificar a prisão preventiva. Não obstante, a Oficina do Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas já questionou a legitimidade da prisão baseada na necessidade de se garantir a ordem pública, em razão de um pretenso clamor provocado pelo crime, enfatizando a frequência com que a prisão provisória é decretada com tal fundamentação. O 8º Congresso da ONU sobre Prevenção do Delito e Tratamento de Delinquentes estabeleceu regras sobre a fundamentação e as condições para a aplicação da detenção preventiva: (i) que exista uma suspeita razoável de que a pessoa envolvida no fato delituoso o tenha cometido; (ii) e que esteja configurado um risco de fuga do suspeito, ou de sua não-apresentação a juízo, ou de sua interferência na produção de provas ou, ainda, de cometer novos delitos em liberdade. Além disso, o mesmo Congresso definiu outros fatores que poderão ser levados em consideração na decisão sobre o encarceramento provisório, tais como as circunstâncias individuais do caso, a natureza e a gravidade do delito, a contundência das provas, a pena que virá a ser imposta, a conduta e as circunstâncias pessoais e sociais, inclusive o vínculo do imputado com a comunidade. Da mesma forma, a jurisprudência do Comitê de Direitos Humanos reafirmou que a prisão preventiva não deve ser apenas uma medida legal, mas razoável de acordo com as circunstâncias exigidas para evitar a fuga, a interferência nas provas ou a reiteração no crime.

A CIDH, por sua vez, reitera o posicionamento da Corte, no sentido de que a prisão preventiva, de acordo com o que dispõe a Convenção Americana e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, somente será legítima para neutralizar perigos processuais (*informe nº 35/07*). Neste sentido, a CIDH afasta todo e qualquer critério de natureza material para se justificar a prisão preventiva, citando expressamente que o alarme social, a repercussão do fato, a periculosidade do imputado, e o risco de que o acusado pratique novos delitos são critérios inidôneos, porque consubstanciam fins preventivos da pena. Salienta ainda a CIDH que o risco processual deverá estar fundado em circunstâncias objetivas do caso concreto, não podendo ser meramente alegado ou baseado em presunções. Além disso, a CIDH analisa a excepcionalidade da prisão à luz de um sistema multifacetado de medidas cautelares, afirmando que a prisão só poderá ser decretada quando for a única medida capaz de acautelar o processo no caso concreto.

Dos casos analisados, verifica-se a frequência da decretação e manutenção arbitrária da prisão preventiva, baseada em critérios discriminatórios fundados na gravidade do delito, sobretudo em casos de acusados de tráfico ilícito de drogas, aos quais foram negados ou restringidos os direitos ao prazo razoável de prisão preventiva, à liberdade provisória e ao *habeas corpus*. Tais casos são uma amostra das violações aos direitos humanos dos presos acusados de tais delitos nos países latino-americanos, tanto no plano da inconveniência da legislação interna dos Estados-partes, quanto no âmbito do descumprimento dos parâmetros da CADH no caso concreto.

A Corte e a CIDH também enfatizam a necessidade do pressuposto substantivo da prisão preventiva (elementos probatórios idôneos e razoáveis da participação do imputado no crime), que deverá basear-se em fatos do caso concreto e não em presunções.

Além do princípio de presunção de inocência, a jurisprudência do Sistema Interamericano debruça-se, notadamente nos casos mais recentes, sobre o princípio da proporcionalidade e suas implicações no prazo razoável de duração da prisão preventiva. A prisão provisória só será legítima se, além de obedecer os parâmetros legais, existir uma relação de proporcionalidade entre a privação de liberdade, os elementos de prova invocados para decretá-la e os fatos investigados, do contrário a prisão será arbitrária. É por isso que a Corte salienta

que, para a decretação da medida, não bastará a mera referência ao dispositivo legal que a contemple, sendo imprescindível a vinculação dos pressupostos e justificativas legais aos fatos do caso concreto, através de fundamentação completa (jurídica e objetiva), que ateste a real necessidade da privação de liberdade.

A Corte acrescenta que, em consonância com o princípio da proporcionalidade, uma medida processual como a prisão preventiva não poderá ser igual ou mais gravosa do que a pena que se espera fixar na sentença condenatória. Esta importante conformação do princípio da proporcionalidade foi desenvolvida pela CIDH, em 2007, e repercutiu no caso *Barreto Leiva* (2009), julgado posteriormente pela Corte.

Com efeito, a CIDH assevera, no *Informe 35/07*, que a prisão preventiva não deverá ser equivalente à pena, o que significa dizer que não poderá superar nem igualar-se à sanção penal, em quantidade ou qualidade. Observe-se que a Comissão entende o referido postulado não apenas como proibição de excesso (vedação de que a medida cautelar seja superior à pena em gravidade), e sim no sentido maior de inequivalência ou desigualdade entre a coerção cautelar e a coerção substantiva²¹⁸, o que deverá abranger não apenas a duração temporal da prisão preventiva (aspecto quantitativo), mas também as condições nas quais o encarceramento se cumpre (aspecto qualitativo)²¹⁹.

Ademais, de maneira a instrumentalizar o princípio da proporcionalidade como inequivalência entre medida cautelar e sanção penal, a CIDH assevera que os Estados poderão utilizar o critério da gravidade da pena como parâmetro para se avaliar o perigo de fuga, mas deverão considerar sempre, como prognóstico de pena, o patamar ou *quantum* mínimo cominado ao delito. Verifica-se que se estabeleceu um critério objetivo para aqueles casos concretos em que se poderia ter em conta a gravidade da pena com o objetivo de se verificar o perigo processual, e que foi fixado no montante mínimo da escala penal, uma vez que

²¹⁸ SERGI, Natalia. Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo. In: BAIGÚN, David et al. *Estudios sobre justicia penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

²¹⁹ BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto. *Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Editores Del Puerto: Defensoría Geral de la Nación, 2008, p. 54.

qualquer outra expectativa que ultrapasse este patamar sancionatório mínimo afetaria a imparcialidade do julgador e a presunção de inocência.²²⁰

Por fim, tendo em vista um espectro ampliado de medidas cautelares pessoais previstas no ordenamento dos Estados-partes, a Corte IDH, desenvolveu ainda mais o princípio da proporcionalidade através do caso *Chaparro e Lapo* (2007), relacionando-o com os princípios de excepcionalidade e necessidade. Neste caso, a Corte salienta que toda medida privativa ou restritiva de liberdade deverá ser *adequada ou idônea* a cumprir o fim a que persegue. Por outro lado, mais que adequadas, as medidas cautelares deverão ser *necessárias e excepcionais*, ou seja, absolutamente indispensáveis para se alcançar os fins desejados. Neste sentido, dentre todas as medidas idôneas ao cumprimento do objetivo almejado no caso concreto, deverá ser escolhida aquela que menos restrinja o direito de liberdade do acusado: assim, a prisão preventiva assume um *caráter subsidiário* em relação às demais medidas cautelares. Por fim, a Corte ainda esclarece que o sacrifício inerente à privação ou restrição de liberdade não deverá resultar exagerado em relação às vantagens obtidas com tal limitação e o cumprimento do fim da medida, reforçando aqui o sentido de inequivalência entre a prisão cautelar e a pena. Verifica-se claramente que a Corte IDH desenvolveu neste âmbito os desdobramentos do princípio da proporcionalidade (em sentido lato ou amplo) como *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

A Corte e a CIDH reconhecem expressamente que o excesso de tempo de privação de liberdade converte a prisão preventiva em pena. Neste sentido, a CIDH assevera que a duração excessiva ou lapso temporal prolongado da prisão cautelar conduz à suspeita indefinida do processado e a um esvaziamento progressivo do sentido da presunção de inocência, até o ponto de invertê-lo totalmente, transformando a prisão processual em pena antecipada, além de dificultar o exercício do direito de defesa (*informes 12/96, 2/97 e 35/07*).

Partindo-se deste pressuposto, a Corte define mais um limite à prisão provisória, que diz respeito ao prazo razoável de sua duração, explicitado no caso *Bayarri* (2008). Assim, o direito consagrado no artigo 7.5 da Convenção Americana impõe limites temporais à prisão preventiva e à atividade persecutória

²²⁰ BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto. *Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Editores Del Puerto: Defensoría Geral de la Nación, 2008, p. 59.

estatal. Consequentemente, aqueles processos em que os acusados estejam presos a título cautelar deverão ser diligenciados com maior eficiência.

Ademais, a Corte determina que, uma vez ultrapassado o prazo razoável da prisão preventiva, a liberdade do imputado se impõe, mesmo que ainda esteja presente motivo legítimo fixado em lei para a manutenção da mesma (risco processual). Assim, o Estado não poderá mais manter ou decretar novamente a prisão preventiva, mas estará autorizado a restringir a liberdade através de medidas cautelares menos lesivas do que a prisão, capazes de assegurar, da mesma forma, a presença do imputado em juízo.

No entanto, a Corte IDH não estabelece um parâmetro cronológico de dias, semanas, meses e anos para a definição do prazo razoável da prisão cautelar, assim como também não fixa a duração temporal razoável do processo penal. Seguindo o exemplo da consolidada jurisprudência do TEDH, a Corte IDH adotou a "doutrina do não-prazo"²²¹, que apenas discrimina determinados critérios para a avaliação, no caso concreto, da razoabilidade do prazo do processo penal e da prisão preventiva. Os critérios adotados pelo TEDH e abraçados pela Corte para se identificar a razoabilidade ou não do prazo de prisão preventiva (artigo 7.5, CADH) são os mesmos indicados para se determinar o prazo razoável do processo penal (artigo 8.1, CADH), a saber: a complexidade da matéria, a atividade processual do interessado, e a conduta das autoridades judiciais (casos *Suárez Rosero*; *Tibi*; *García Asto e Ramírez Rojas*; *López Álvarez*).

Por sua vez, a Comissão esclarece e complementa a interpretação da Corte a respeito do prazo razoável de prisão preventiva. A CIDH afirma que o princípio da proporcionalidade, estabelecido em termos de inequivalência entre pena e medida cautelar, impõe aos Estados-partes a obrigação de fixar, no caso concreto, um limite temporal à prisão preventiva. Assim, da mesma forma que a Corte IDH, a CIDH entende que o prazo razoável da prisão preventiva não pode ser estabelecido de forma abstrata, mas dependerá de critérios específicos do caso concreto que deverão ser aferidos pelo juiz.²²²

²²¹ PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

²²² Trata-se de posicionamento da CIDH desde o informe 17/89, onde se entendeu que o critério meramente cronológico é insuficiente para avaliar a razoabilidade do prazo: CASAL, Eduardo Ezequiel. *Acerca de la prisión preventiva, la excarcelación y los derechos humanos*. In: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, v. 5, 9C, dez. 1999, p. 62. Invocada em

Ainda que se refira aos mesmos critérios adotados pela Corte IDH para a aferição *in concreto* do prazo razoável do processo penal, a CIDH assevera que a análise deverá ser mais rígida quando há o cerceamento de liberdade e que, em consequência, as autoridades judiciais deverão dar a devida diligência e prioridade às causas em que o imputado esteja preso cautelarmente. A CIDH salienta, ainda, que as atividades processuais do acusado, atinentes ao exercício do direito de defesa, não poderão jamais ser consideradas para justificar a extensão irrazoável do prazo de prisão preventiva.

Ademais, a CIDH entende que a impossibilidade de fixação *in abstracto* do prazo razoável de prisão cautelar não impede, no entanto, que os Estados-partes estabeleçam em lei *um prazo-limite da prisão preventiva*, regulando assim expressamente o conceito de prazo razoável.²²³ Este prazo legal deverá representar o máximo de tempo que o Estado pode encarcerar o imputado, de maneira fundamentada, a título cautelar.

Uma vez ultrapassado o prazo razoável da prisão cautelar, a consequência inevitável será a liberdade do imputado ou a substituição da prisão por medida cautelar menos lesiva, ainda que o risco processual que fundamentou a privação de liberdade esteja presente. Significa dizer que os Estados podem restringir a liberdade pessoal do imputado para tutelar os fins do processo penal, mas que contam com um período limitado para tanto: uma vez esgotado este limite temporal, o acusado deverá obrigatoriamente ser posto em liberdade ou ser submetido à medida cautelar menos gravosa. Assim, não será possível ordenar novamente a prisão preventiva do imputado, ainda que esteja presente o risco processual, pois o Estado terá exaurido sua faculdade de encarcerar a pessoa juridicamente inocente.²²⁴ Trata-se, portanto, de uma exigência de outorga da liberdade em razão do decurso do tempo razoável, onde os interesses estatais de

diversos outros informes, esta posição tradicional da CIDH é idêntica à sustentada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e seguida pela Corte IDH: CASTEX, Francisco. El plazo razonable de la duración de la prisión preventiva desde la óptica de la CIDH. El caso "Peirano". In: PASTOR, Daniel (Director); GUZMÁN, Nicolás (Coordinator). *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 145.

²²³ Conforme explica OTTAVIANO, Santiago. La prisión preventiva: presupuestos para su dictado y limitación temporal. In: GARCÍA, Luis M. (coord). *Los derechos humanos en el proceso penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 217.

²²⁴ BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto. *Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Editores Del Puerto: Defensoría Geral de la Nación, 2008, p. 65.

neutralização de perigos processuais são relativizados, e que implica na impossibilidade de se decretar nova prisão cautelar no futuro.²²⁵

Ademais, a Comissão inova, ao indicar aos Estados-partes um critério ou parâmetro temporal objetivo para se verificar no caso concreto se a duração da prisão preventiva é ou não razoável: o cumprimento de dois terços da pena mínima cominada ao delito. Trata-se do limite máximo fixado pela CIDH para a duração da prisão preventiva. Cumpre esclarecer que este prazo deverá ser aplicado em duas hipóteses: (i) quando os Estados-partes não tenham fixado legalmente um limite temporal para a prisão cautelar (como é o caso do Brasil); e (ii) quando, ainda que haja a previsão legal do prazo pelo Estado, o limite fixado pela CIDH seja mais benéfico ao imputado, em consonância com o princípio internacional *pro homine*.²²⁶

A CIDH destaca, no *informe 35/07*, a importância do princípio *pro homine* para a aplicação restritiva e excepcional da prisão preventiva. Este postulado - consagrado no artigo 29 da Convenção Americana e em outros instrumentos internacionais²²⁷ - consiste em critério de interpretação específico do direito internacional, que impõe a aplicação da solução normativa mais favorável ou mais ampla à tutela dos direitos humanos no caso concreto, seja ela uma norma internacional ou interna, devendo ser utilizado pelos tribunais dos Estados-partes e não apenas pelos tribunais internacionais.²²⁸ Assim, como ferramenta hermêutica, o princípio *pro homine* orienta a aplicação da norma mais ampla ou a adoção da interpretação mais extensiva, quando se trata de reconhecer direitos

²²⁵ BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto. *Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Editores Del Puerto: Defensoría Geral de la Nación, 2008, p. 68. CASTEX, Francisco. El plazo razonable de la duración de la prisión preventiva desde la óptica de la CIDH. El caso "Peirano". In: PASTOR, Daniel (Director); GUZMÁN, Nicolás (Coordinator). *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 139.

²²⁶ Neste sentido: RAMOS, María Ángeles. Viejos presupuestos legales para dictar prisión preventiva frente a los nuevos standards de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In: ROCHA, Joaquín P. da; LUCA, Javier A. de (Coords.). *La prisión preventiva como anticipo de pena en América Latina*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2011, p. 145; BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto. *Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Editores Del Puerto: Defensoría Geral de la Nación, 2008, pp. 74-75.

²²⁷ Além da CADH, o princípio *pro homine* está também previsto no artigo 5º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no artigo 5º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no artigo 1.1 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e no artigo 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

²²⁸ BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto. *Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Editores Del Puerto: Defensoría Geral de la Nación, 2008, pp. 41-44.

humanos e, inversamente, a norma ou a interpretação mais restritiva quando se tratar de estabelecer limitações ao exercício dos direitos.²²⁹ Trata-se de um guia para a proteção dos direitos humanos em cada caso particular, não ensejando juízo de valor entre duas ou mais normas *in abstracto*.²³⁰

A importância do princípio internacional surge, nos dias atuais, da necessidade de compatibilização de um arcabouço diversificado de normas internas e internacionais de proteção dos direitos humanos, assim como de pautas de interpretação clara e harmônica a respeito.²³¹ Consoante Bigliani e Bovino, o princípio *pro homine* prevalecerá sobre a tradicional regra da aplicação da norma hierarquicamente superior: assim, quando for necessário definir qual norma internacional deverá ser aplicada ou se se aplica a norma nacional ou internacional, o critério deverá ser o do maior grau de proteção ao ser humano que a norma ofereça no caso concreto, ainda que ela seja hierarquicamente inferior. Explicam os autores que não haverá, nesta hipótese, um problema de ilegalidade, uma vez que é a norma de hierarquia superior (tratado de direitos humanos ratificado) que permite expressamente a aplicação da norma inferior. Por outro lado, se a norma inferior consagra menor proteção, deverá ser aplicada a regra tradicional de hierarquia normativa. Assim, quando se aplica o princípio *pro homine*, haverá apenas uma interpretação da norma mais favorável no caso concreto, sem impugnação de outras normas de possível aplicação, ou seja, não há que se falar de ab-rogação ou derrogação.²³² No que tange à prisão cautelar, este princípio impõe que se aplique a norma internacional ou nacional que, de acordo com as particularidades do caso concreto, ofereça a solução que tutele em maior medida o direito de liberdade do imputado.

Assim, uma vez ultrapassado o prazo-limite da prisão preventiva (previsto em lei ou estabelecido pela CIDH), o imputado deve ser posto em liberdade ou submetido à medida cautelar menos gravosa, não podendo o Estado dispor da prisão cautelar novamente. A prisão só poderá ser de novo decretada se

²²⁹ PINTO, Mónica. El principio pro homine: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In: COMISION EPISCOPAL DE ACCION SOCIAL - CEAS. *Justicia y derechos humanos: materiales de lectura*. Lima: CEAS, 1998, p. 138.

²³⁰ ABREGÚ, Martín. La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción. In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (comps.). *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Del Puerto, 1997, p. 19.

²³¹ PINTO, Mónica. Op.cit., p. 139.

²³² BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto. *Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Editores Del Puerto: Defensoría Geral de la Nación, 2008, p. 44.

o prazo razoável de sua duração não se esgotou.²³³ A manutenção da prisão preventiva após o esgotamento do prazo-limite consiste em prisão arbitrária, contrária ao artigo 7.5 da CADH. Percebe-se que a CIDH, neste aspecto, modificou, através do *informe 35/07*, a sua posição anterior, que permitia que a prisão cautelar fosse mantida, ainda que ultrapassado o prazo fixado em lei, se estivesse presente no caso concreto o risco processual.

É possível notar que a CIDH utiliza, no *informe 35/07*, o parâmetro da pena mínima cominada ao delito para duas finalidades: (i) estabelecer um critério de proporcionalidade para a fixação do risco de fuga; e (ii) para a aferição da razoabilidade do prazo de prisão preventiva. É fundamental perceber que em ambas, o critério é substantivista: na primeira, porque a CIDH vincula a aplicação da medida cautelar, em caso de risco de fuga, à gravidade da pena cominada ao delito²³⁴; no segundo caso, porque aproxima a duração da prisão cautelar ao tempo de pena, ainda que estabelecida em seu patamar mínimo. Esta percepção é fundamental, pois mostra a impossibilidade de se dissociar a prisão preventiva da pena, malgrado o esforço da Comissão em estabelecer um parâmetro de desigualdade entre a sanção penal e a prisão cautelar, com o objetivo de limitar a decretação e a manutenção da prisão preventiva.

A CIDH também faz uma fundamental revisão da legitimidade das justificativas do risco de fuga e de ameaça às atividades persecutórias, a partir dos princípios de provisoriedade e duração razoável da prisão preventiva.

A CIDH adverte que o risco de fuga poderá ser aferido com base na gravidade do delito e na severidade da pena, mas que, com o decorrer do tempo, estes critérios não serão mais adequados para se avaliar a probabilidade de evasão, e, assim, não justificarão o prolongamento da prisão a título cautelar. Além de consistirem em critérios materiais, próprios à resposta punitiva (*informes 12/96 e 35/07*), a expectativa de uma pena longa, depois de transcorrido período razoável de prisão preventiva, é parâmetro insuficiente para se avaliar a probabilidade de fuga, uma vez que esta diminuirá na medida em que a prisão avança no tempo, em virtude da detração (*informes 12/96 e 2/97*). Além do mais, ainda que o perigo de fuga possa subsistir no caso concreto, a prisão não será a medida mais adequada

²³³ BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto. *Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Editores Del Puerto: Defensoría Geral de la Nación, 2008, p. 74.

²³⁴ Ibid., p. 62.

para conjurá-lo, e sim outras medidas cautelares pessoais, como a fiança e a vedação de saída do país (*informes 12/96, 2/97 e 35/07*).

Da mesma forma, a necessidade da prisão preventiva para se assegurar a atividade persecutória deverá ser reavaliada quando a privação de liberdade avança no tempo, uma vez que o risco real de o imputado constranger testemunhas não mais estará presente à medida em que a instrução se desenvolve e os depoimentos são colhidos (*informe 2/97*).

Além dos princípios-limites da prisão provisória, a jurisprudência da Corte IDH também é profícua na interpretação das garantias processuais elencadas nos artigos 7.4 e 7.5 da CADH, consistentes em medidas e procedimentos fundamentais para se prevenir ilegalidades e arbitrariedades na decretação da prisão e em sua manutenção.

Nos casos *Tibi* (2004), *Palamara Iribarne* (2005), *García Asto e Ramírez Rojas* (2005) e *Bayarri* (2008), a Corte destaca o papel do juiz de garante dos direitos fundamentais do preso no Estado de direito, função que abrange um imediato e efetivo controle da privação de liberdade, previsto no artigo 7.5 da CADH. A Corte confere interpretação severa a este dispositivo, exigindo que o preso seja apresentado pessoal e imediatamente à autoridade com poderes judiciais, não bastando o simples conhecimento judicial da prisão ou da causa, ou a simples remessa ao juiz competente do inquérito policial correspondente. Em outras palavras, a Convenção Americana exige que o preso compareça de forma imediata perante o juiz e renda-lhe pessoalmente as suas declarações, de maneira a permitir que a autoridade judicial, fidedignamente, decida sobre a manutenção ou não da prisão a título cautelar. Além disso, o preso deverá ser imediatamente informado das razões de sua prisão e comunicado, sem demora, da acusação contra si formulada (artigo 7.4, CADH).

O dever do juiz de garantir os direitos fundamentais do preso implicará não apenas no controle judicial imediato à prisão, mas também no reexame contínuo da privação de liberdade ao longo do tempo. Assim, a verificação da necessidade da prisão preventiva, embasada nos fatos objetivos e comprovados do caso concreto, deverá se dar não apenas no momento em que ela é autorizada, mas enquanto a privação de liberdade permanecer. Portanto, o controle judicial da prisão processual, previsto no artigo 7.5 da CADH, compreende o exame e o reexame periódico da necessidade da cautela.

A Corte IDH estabelece a obrigação dos juízes de revisar as decisões que autorizem medidas cautelares de restrição ou privação de liberdade, e não apenas quando são provocados pela defesa (casos *Chaparro e Lapo* e *Bayarri*). Assim, o juiz deverá, *ex officio*, valorar periodicamente se as causas e finalidades que justificaram a medida cautelar decretada persistem ao longo do tempo e se ela permanece sendo absolutamente necessária e proporcional. Cumpre ao Estado regulamentar em lei a periodicidade deste controle, de maneira a conferir efetividade à garantia consagrada no artigo 7.5 da CADH, mas a Corte IDH e a CIDH não especificam ou indicam um critério temporal a ser adotado em caso de omissão estatal.²³⁵

O reexame periódico da motivação da prisão preventiva deverá compreender a expressa menção dos fatos atuais relacionados à causa que comprovem a persistência do perigo de fuga, e dos atos instrutórios que restam a cumprir, fundamentando a impossibilidade de que sejam realizados com o imputado em liberdade (*informe 35/07*). De qualquer forma, será necessário demonstrar que as medidas cautelares menos lesivas não são suficientes para acautelar os fins processuais no caso concreto, uma vez que, em decorrência do princípio da excepcionalidade, a prisão preventiva somente será cabível quando consistir no único meio para se garantir os fins do processo no caso concreto.

Assim, o *informe 35/07* da CIDH estabeleceu pautas operacionais para o cumprimento do princípio da provisoriedade da prisão preventiva pelos Estados-partes, que passam a ser obrigados a prever em sua legislação um leque de medidas cautelares alternativas ao encarceramento, e a efetuar um controle judicial ativo da necessidade da prisão preventiva, através de um contínuo e cronológico processo de substituição de medidas cautelares.²³⁶

Conforme já observado, a razoabilidade dos motivos da prisão preventiva é uma questão independente da razoabilidade de seu prazo de duração.²³⁷ Assim,

²³⁵ MARTÍNEZ, Sebastián. Las paradojas de la utilización por parte de los tribunales argentinos de la jurisprudencia de la CIDH para la justificación y limitación del encarcelamiento preventivo. In: PASTOR, Daniel R. (Director); GUZMÁN, Nicolás (Coordinator). *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009, p. 299.

²³⁶ BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto. *Encarcelamiento Preventivo y Estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Editores Del Puerto: Defensoría Geral de la Nación, 2008, pp. 47 e 50.

²³⁷ PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 128.

desaparecidos os motivos que autorizavam *a priori* o encarceramento a título cautelar, a prisão será ilegítima, independentemente de seu prazo de duração, assim como uma vez ultrapassado o prazo razoável da prisão preventiva, a manutenção do encarceramento será arbitrária, ainda que subsista a necessidade da medida cautelar. De qualquer forma, é fundamental que o juiz, ao realizar o reexame periódico, verifique, primeiramente, se o prazo razoável da prisão preventiva já escoou, pois, em caso positivo, já estará *a priori* configurada a arbitrariedade do encarceramento. O juiz deverá, nesta hipótese, analisar apenas se é necessário decretar medida cautelar diversa da prisão ou se a liberdade do imputado se impõe.

Foi possível constatar em quase todos os casos contenciosos analisados, que o ato de prisão ilegal e a ausência de efetivo controle judicial desta prisão *ab initio* consistiram no começo de uma escalada de violações de direitos humanos dos presos provisórios. A Corte IDH sublinha a *situação agravada de vulnerabilidade da pessoa presa ilegalmente*, exposta ao risco de que lhe sejam violados muitos outros direitos, como a integridade pessoal e a dignidade (caso *Tibi*). Esta vulnerabilidade é intensificada na medida em que a privação de liberdade é mantida por tempo irrazoável e sob fundamentação ilegítima. Assim, a prisão provisória tem a potência de desencadear diversas outras violações aos direitos do imputado, sobretudo quando prolonga-se no tempo.

Na maioria dos casos contenciosos examinados, foi reconhecida a violação à integridade pessoal do preso provisório, vítima de toda sorte de tratamento desumano, cruel ou degradante, mantidos em condições de superlotação, insalubridade, violência e ausência de assistência médica, em estabelecimentos policiais e de difícil acesso.

Também foram analisados outros direitos e garantias processuais amplamente afetados pela prisão provisória, sobretudo o direito de defesa e o direito ao recurso e outros meios de impugnação das decisões judiciais, assegurados nos artigos 7.6, 8.2 (*c, d, e*) e 25, da CADH.²³⁸ Em diversos casos, a

²³⁸ A Corte IDH conferiu maior desenvolvimento ao direito de defesa (artigo 8.2, CADH) em contenciosos contra os Estados do Peru (casos *Loaysa Tamayo*, *Castillo Petruzzi*, *Cantoral Benavides*, *Lori Berenson*) e do Equador (casos *Acosta Calderón*, *Suárez Rosero*, *Tibi*, *Chaparro e Lapo*), relacionados a processados por terrorismo ou tráfico de drogas, delitos a respeito dos quais muitos países latino-americanos adotam legislações especiais que limitam as garantias processuais: HERENCIA CARRASCO, Salvador Martín. El derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Ed.).

Corte entendeu que o direito de defesa dos acusados não foi assegurado de forma efetiva, de maneira a fazer cessar a prisão preventiva arbitrária, e que o Estado não garantiu o acesso a recursos judiciais simplificados, de forma efetiva e rápida, colocando os acusados em condição de desamparo (*Suárez Rosero; Tibi; Palamara Iribarne; Chaparro e Lapo*). No caso *Suárez Rosero*, a Corte destacou a importância do *habeas corpus* para assegurar o direito de liberdade, a integridade pessoal e o desaparecimento forçado do preso, bem como a indeterminação dos locais de custódia, ressaltando, neste âmbito, a necessidade de apresentação pessoal do preso ao juiz.

Indubitavelmente, na escala de violações de direitos humanos nos casos contenciosos analisados, a irrazoabilidade do prazo de prisão preventiva atinge o patamar máximo. Fica evidente que a prisão provisória prolongada e excessiva é uma realidade na América Latina: são casos relativos à prisão preventiva que se prolongam por anos, onde as violações de direitos humanos se estendem no tempo cronológico e também na dor causada ao preso e aos seus familiares.

É importante destacar também o reconhecimento pela Corte dos danos causados pela prisão provisória arbitrária, prolongada e excessiva não apenas aos acusados, mas também às suas famílias, sublinhando a ruptura familiar e os reflexos econômicos e emocionais decorrentes, determinando o pagamento de indenização pelos danos materiais e morais sofridos pelas vítimas.²³⁹ Também é fundamental ressaltar a determinação da Corte aos Estados-partes, cuja responsabilidade internacional foi reconhecida no caso concreto, para que façam as necessárias inclusões, adequações e modificações de sua legislação interna em consonância com as exigências da Convenção Americana e outros tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

As últimas decisões da Corte e da CIDH analisadas são enfáticas em recomendar a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, o que foi enfatizado em dois documentos publicados pela CIDH: os *Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas*,

Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional - Tomo I. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung; Calle (Colômbia): Temis, 2011, pp. 359-378.

²³⁹ Os impactos humanos, sociais e econômicos da prisão provisória que recaem sobre o imputado, suas famílias, comunidades e Estados serão objeto de análise pormenorizada no capítulo....

aprovado pela CIDH em março de 2008²⁴⁰, e o recente *Informe Temático sobre os Direitos Humanos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas* (2011). No primeiro instrumento a CIDH destaca que as medidas cautelares diversas da prisão preventiva deverão ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos dos países americanos e aplicadas de acordo com as normas internacionais sobre direitos humanos, asseverando que os Estados deverão proporcionar os recursos necessários e adequados para garantir a eficácia de tais medidas. No *Informe Temático*, a CIDH reafirma a obrigação dos Estados-Partes, decorrentes dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, de adotar políticas públicas que incluam tanto medidas imediatas, quanto programas e projetos a longo prazo, assim como a adequação da legislação e do sistema processual penal de maneira a torná-los compatíveis com as normas que garantem a liberdade pessoal e os demais direitos e garantias processuais estabelecidos nos tratados internacionais de direitos humanos. Reconhecendo a prisão provisória como um braço do encarceramento em massa nos países americanos, a CIDH assevera que este compromisso deve ser assumido pelo Estado como prioridade, com vinculação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e também da sociedade civil.²⁴¹

Pode-se concluir, em síntese, que após a consolidação da jurisprudência da Corte IDH e, sobretudo, após o mais recente relatório da CIDH relativo ao caso *Peirano Basso vs. Uruguai* (informe 35/07), a prisão provisória se consolida definitivamente na jurisprudência do sistema interamericano como uma medida excepcionalíssima, que deverá ser fundamentada em razões extremas, a ser controlada e mantida por um período exíguo de tempo, no qual seus limites sejam periódica e efetivamente reavaliados pelas autoridades judiciais, no contexto de um sistema que contemple obrigatoriamente um amplo leque de medidas cautelares alternativas ao encarceramento.

Esta base principiológica e garantista, desenvolvida pelos órgãos do sistema interamericano, consiste em limitação convencional à prisão cautelar e deverá ser incorporada pelos Estados-partes, através da atividade cotidiana dos aplicadores do direito e através da reelaboração ou revisão das normas processuais

²⁴⁰ CIDH. *Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas*. Disponível em <http://cidh.oas.org/Basicos/Portugues/TOC.Port.htm>, acesso em 28-09-2012.

²⁴¹ CIDH. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, parágrafo 462.

penais. Atentos ao fenômeno de encarceramento em massa presente na região e às sistemáticas violações de direitos dele decorrentes, os órgãos do Sistema Interamericano demonstram nitidamente um esforço em assentá-la sobre bases mais concretas, condizentes como um regime político fundado nos direitos humanos, com a finalidade clara de reduzir o número de prisões provisórias assim como a arbitrariedade que as acompanha, indicando aos Estados as diretrizes e os instrumentos necessários para tanto.

3

Controle de convencionalidade no contexto latino-americano: um novo paradigma jurídico centrado na força emancipatória dos direitos humanos

3.1

Considerações introdutórias

Conforme discutido no capítulo anterior, os instrumentos internacionais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sobretudo a Convenção Americana, representam, em matéria processual penal, um amplo sistema garantista, que tem como um de seus objetivos centrais restringir a privação de liberdade durante o processo, de maneira que a prisão configure-se, na prática, uma medida cautelar excepcionalíssima.

De acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, esta finalidade restritiva da prisão cautelar, à luz da Convenção Americana, deverá projetar-se no âmbito dos Estados-partes, condicionando a interpretação da legislação interna pelos operadores do direito e também a regulação da matéria pelos legisladores.²⁴² Assim, a CADH consiste em parâmetro delimitador do tratamento normativo e da aplicação da prisão processual pelos Estados americanos, de maneira que seu sistema cautelar seja harmônico e compatível com as premissas em matéria de direitos humanos assumidas mediante a ratificação deste tratado internacional. Neste sentido, os pronunciamentos e interpretações dos órgãos do Sistema Interamericano a respeito das disposições normativas da CADH contém diretivas fundamentais para a necessária atuação dos Estados-partes em conformidade com os direitos humanos.

Portanto, a partir da análise do entendimento dos órgãos do Sistema Interamericano sobre os limites da prisão provisória desenvolvida no capítulo anterior, torna-se fundamental verificar se o Brasil, com a nova lei 12.403/2011, conformou o seu sistema cautelar às exigências internacionais em matéria de

²⁴² MARTÍNEZ, Sebastián. Las paradojas de la utilización por parte de los tribunales argentinos de la jurisprudencia de la CIDH para la justificación y limitación del encarcelamiento preventivo. In: PASTOR, Daniel R. (Director); GUZMÁN, Nicolás (Coord.). *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 293.

direitos humanos, buscando adequar os dispositivos legais do Código de Processo Penal à Convenção Americana e aos parâmetros jurisprudenciais da Corte IDH e às orientações da CIDH. Busca-se, assim, verificar a validade da legislação infraconstitucional face à Convenção Americana, investigando se existe compatibilidade entre o novo sistema cautelar brasileiro e os *standards* do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Além disso, face à existência de Projeto de Lei que propõe a reforma total do Código de Processo Penal brasileiro, em trâmite no Congresso Nacional, com proposta de novas mudanças substanciais em matéria de prisão cautelar, torna-se fundamental verificar também a compatibilidade do projeto com a Convenção Americana e o entendimento consolidado pelos órgãos do Sistema Interamericano.

Para tanto, partindo-se do pressuposto fundamental de que a Convenção Americana faz parte do ordenamento jurídico pátrio, é importante tecer algumas considerações fundamentais a respeito da obrigatoriedade dos tratados protetivos e adentrar no tema do controle de convencionalidade das leis e atos estatais. Trata-se de questão que atualmente é objeto de intenso estudo e debate entre internacionalistas e constitucionalistas, sobretudo diante do processo de constitucionalização do Direito Internacional em curso na América Latina e da importância do diálogo entre jurisdições constitucionais e internacionais em matéria de direitos humanos.

Consoante Flávia Piovesan, o controle de convencionalidade insere-se num fenômeno maior que reflete a emergência de um novo paradigma que deverá orientar a cultura jurídica latino-americana na atualidade.²⁴³ Tradicionalmente, os países latino-americanos têm adotado, por mais de um século, um modelo jurídico baseado em três características principais: (i) a construção kelseniana da pirâmide normativa, onde, hierarquicamente, a Constituição localiza-se no ponto mais alto da ordem jurídica; (ii) "o hermetismo de um Direito purificado", que confere centralidade ao ângulo interno da ordem jurídica e em sua dimensão estritamente normativa; (iii) o enfoque estatal (*state approach* ou *state centered perspective*),

²⁴³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Estudos avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: emergência de um novo Direito Público*. São Paulo: Elsevier, 2013, pp. 389 e 390.

baseado em conceitos estruturais que fundam a soberania estatal e a segurança nacional.²⁴⁴

Este arquétipo ou sistema jurídico tradicional, traçado na modernidade, encontra-se em crise, emergindo em seu lugar um novo paradigma, centrado nos seguintes caracteres: **(i)** o trapézio normativo, com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no cume da ordem jurídica, conformando-a e repudiando a ideia de um sistema jurídico endógeno e autorreferencial; **(ii)** a permeabilidade do Direito ao diálogo do ângulo externo com o interno, através da conversação entre jurisdições, dos empréstimos constitucionais e da interdisciplinariedade, fomentando as trocas com outros saberes e diferentes atores sociais; **(iii)** o enfoque nos direitos humanos ou na dignidade humana (*human rights approach* ou *human centered approach*), fundado nos conceitos de soberania popular e segurança cidadã, e que condiciona a interpretação jurídica à prevalência e à força expansiva dos direitos humanos.²⁴⁵

Neste contexto, destaca-se a discussão sobre o valor dos pronunciamentos dos órgãos do Sistema Interamericano, e sobre a posição assumida pelo direito interno e pelas Cortes Constitucionais de diversos países latino-americanos. Assim, a partir deste debate e de estudo de direito comparado sobre o grau de reconhecimento deste novo paradigma e do controle de convencionalidade em alguns Estados latino-americanos, será possível analisar o caso brasileiro, e no próximo capítulo, aprofundar a questão da obrigatoriedade e do impacto, no Brasil, dos *standards* internacionais em matéria de prisão preventiva.

²⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Estudos avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: emergência de um novo Direito Público*. São Paulo: Elsevier, 2013, p. 390.

²⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Estudos avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: emergência de um novo Direito Público*. São Paulo: Elsevier, 2013, pp. 390-393.

3.2

Obrigatoriedade dos tratados internacionais de direitos humanos e controle de convencionalidade no marco do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Os tratados internacionais de direitos humanos consagram direitos inspirados em valores comuns centrados na proteção do homem, que os Estados signatários se obrigam a garantir a todas as pessoas sob a sua jurisdição.²⁴⁶ Ao ratificar tais tratados, os Estados assumem o compromisso de interpretá-los e aplicar as suas disposições, de maneira que as garantias ali estabelecidas sejam verdadeiramente práticas e eficazes, servindo ao fim para o qual foram criadas.

Assim, a partir do momento em que o tratado é ratificado pelo Estado, suas disposições normativas tornam-se obrigatórias, passando a vincular todos os poderes, órgãos e agentes estatais, criando obrigações não apenas executivas, mas também legislativas e judiciais.²⁴⁷ A obrigatoriedade dos tratados de direitos humanos e o conseqüente dever dos Estados de honrar os compromissos internacionais assumidos advém dos princípios gerais do direito internacional, em especial da cláusula *pacta sunt servanda*, do cumprimento de boa-fé, e da impossibilidade de se alegar disposições ou omissões de direito interno para justificar o descumprimento dos tratados internacionais. Este último princípio, previsto na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969 e 1986) e consolidado na jurisprudência internacional, consagra a obrigação geral dos Estados-partes de adequar o seu ordenamento jurídico interno às normas internacionais de proteção, independentemente das dificuldades de ordem interna,

²⁴⁶ Em razão de sua peculiaridade, os tratados de direitos humanos não consistem em acordos multilaterais tradicionais, que implicam em direitos e obrigações recíprocas entre Estados. Ao contrário, quando os Estados aprovam um tratado de direitos humanos, ficam submetidos a um regime legal que implicará em obrigações relacionadas a todas as pessoas sob a sua jurisdição, e não frente a outros Estados, de maneira a tutelar da forma mais ampla possível os seus direitos fundamentais. Por esta razão, se diz que os tratados de direitos humanos têm *caráter especial em relação aos demais tratados internacionais*: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional e nacional. In: *Direito e Democracia: Revista do Centro de Ciências Jurídicas*, Canoas, vol. 1, nº 1, 1º semestre de 2000, pp. 7-8. Neste sentido: Corte IDH. Opinião Consultiva OC-2/82, de 24-09-1982.

²⁴⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional e nacional. In: *Direito e Democracia: Revista do Centro de Ciências Jurídicas*, Canoas, vol. 1, nº 1, 1º semestre de 2000 p. 25.

que não eximem o Estado do cumprimento dos deveres internacionais assumidos.²⁴⁸

Em síntese, os tratados de direitos humanos ratificados e incorporados ao ordenamento jurídico do Estado obrigam a todos os órgãos e agentes do poder público, inclusive aos legisladores, implicando no dever de adequação do direito interno à normativa internacional de proteção. Esta necessária compatibilização, no plano legislativo, poderá ser feita através da regulamentação dos tratados pelos Estados-partes, de maneira a conferir-lhes eficácia, e também através da alteração das leis internas, de forma a harmonizá-las com as disposições convencionais.²⁴⁹ Destaque-se que a responsabilização do Estado em razão da incompatibilidade da legislação interna com os instrumentos internacionais protetivos poderá decorrer de uma conduta estatal ativa ou passiva. Assim, pode-se verificar uma violação ao tratado de direitos humanos quando o Estado incorpora normas ou mecanismos jurídicos incompatíveis com suas normas protetivas ou quando se omite em elaborar uma lei interna que torne efetivo direito ou garantia contemplado no tratado.²⁵⁰

Da mesma forma, a compatibilização do direito interno às normas internacionais de direitos humanos deverá ocorrer no plano jurisdicional dos Estados-partes. A garantia dos direitos fundamentais é um fim que legitima os Estados Constitucionais e o sistema protetivo internacional, e deverá ser uma preocupação e incumbência compartilhada entre as jurisdições internas e internacionais. Conseqüentemente, os órgãos jurisdicionais internos passam a ter o dever de interpretar as leis infraconstitucionais não apenas em conformidade

²⁴⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional e nacional. In: *Direito e Democracia: Revista do Centro de Ciências Jurídicas*, Canoas, vol. 1, nº 1, 1º semestre de 2000, p. 35.

²⁴⁹ Consoante Cançado Trindade, uma das formas mais concretas de se medir a eficácia de um tratado de direitos humanos é a empreendida através de reformas legislativas efetuadas em decorrência de decisões internacionais que as recomendem: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional e nacional. In: *Direito e Democracia: Revista do Centro de Ciências Jurídicas*, Canoas, vol. 1, nº 1, 1º semestre de 2000, p. 35.

²⁵⁰ FALCONÍ, Ramiro J. García. Adaptación del derecho interno al derecho internacional, especialmente en lo que se refiere a leyes penales. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011, p. 287; MORAIS, Rafael Santos. A responsabilidade internacional dos Estados no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos e a implementação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. São Bernardo do Campo, v. 15, n. 17, 2011, p. 227.

com a Constituição Política do Estado, mas também com o direito internacional dos direitos humanos.²⁵¹

Assim, o direito interno e o direito internacional estão relacionados, de maneira que a eficácia do direito internacional depende em grande parte da conformidade ou fidelidade do direito nacional às normas internacionais e da aplicação efetiva destas no caso concreto. Esta relação é particularmente importante para o direito internacional dos direitos humanos, tendo-se em vista a interação crescente entre as normas internas e internacionais sobre a matéria, que exige uma articulação de fontes que deverão se complementar e se retroalimentar para o aperfeiçoamento e fortalecimento do sistema de direitos.²⁵²

O Sistema Interamericano, no marco da Organização dos Estados Americanos (OEA), compreende uma série de instrumentos internacionais que compõem um sistema normativo regional de promoção e proteção dos direitos humanos. Além de reconhecer e definir os direitos do homem, o Sistema Interamericano estabelece as obrigações dos Estados-membros necessárias à implementação de suas disposições normativas e contempla órgãos destinados a velar pela observância de tais direitos, a saber, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

O subsistema da Convenção Americana (CADH) é o "coração do Sistema Interamericano"²⁵³; consiste no instrumento regional mais importante em matéria de direitos humanos²⁵⁴, ratificado pela grande maioria dos Estados da

²⁵¹ BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. In: *Direito Público: Revista Oficial do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP*. São Paulo, v. 8, n. 45, maio/junho de 2012, p. 205. No mesmo sentido: RAMÍREZ, Sergio García. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. In: *Reformas al Sistema de Justicia Penal en Japón y América Latina*. San José, Costa Rica: ILANUD, 2011, p. 191.

²⁵² BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. In: *Direito Público: Revista Oficial do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP*. São Paulo, v. 8, n. 45, maio/junho de 2012, p. 205. No mesmo sentido, Cançado Trindade sustenta que a inter-relação constante entre o direito internacional e o direito interno é fundamental para "a realização do propósito convergente e comum da salvaguarda dos direitos do ser humano": TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional e nacional. In: *Direito e Democracia: Revista do Centro de Ciências Jurídicas*, Canoas, vol. 1, nº 1, 1º semestre de 2000, p. 8.

²⁵³ LEDESMA, Héctor Faúndez. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 53.

²⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 323.

região. Os Estados-Partes na Convenção Americana comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos, a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, e a adotar medidas legislativas ou de outro caráter necessárias à efetivação de tais direitos e liberdades (artigos 1.1 e 2 da CADH).²⁵⁵ De acordo com a Corte IDH, o artigo 1.1 da Convenção Americana contém uma *cláusula geral de garantia*, que, combinada com seus demais dispositivos, impõe aos Estados-partes o dever de promoção dos direitos humanos, tarefa esta que não se esgota na mera abstenção estatal de violá-los, abrangendo também um *dever de diligência*, ou seja, de evitar que os agentes estatais, ou mesmo particulares, incorram em violações.²⁵⁶

Assim, ao ratificar a Convenção Americana, o Estado consente em limitar seu poder soberano em prol do respeito à dignidade humana, que se expressa no reconhecimento de direitos humanos estabelecidos como limites ao exercício do poder estatal.²⁵⁷ A CADH, além de contemplar um amplo catálogo de direitos e garantias, em geral coincidente com o conteúdo apresentado pelas Constituições dos modernos Estados de direito, também prevê, de forma inovadora, mecanismos para o controle externo ou internacional dos direitos humanos nela e em outros instrumentos reconhecidos, exercidos pela Comissão e pela Corte Interamericanas.²⁵⁸

²⁵⁵ Os artigos 1 e 2 da CADH dispõem sobre as obrigações gerais que os Estados assumem no âmbito dos direitos humanos. Tais obrigações são desenvolvidas na descrição dos direitos que os Estados se comprometem a respeitar e promover. Conseqüentemente, quando se viola qualquer dos direitos consagrados na CADH, também se está infringindo as obrigações gerais previstas nos artigos 1 e 2 da CADH. Com relação ao artigo 2 da Convenção, a Corte IDH entende que dela decorre a obrigação do Estado-parte de adequar seu direito interno às disposições da CADH, introduzindo as modificações necessárias para garantir os direitos nela consagrados, seja suprimindo as normas e práticas contrárias à CADH, seja expedindo novas normas e desenvolvendo práticas que conduzem a efetiva garantia dos direitos humanos: LEDESMA, Héctor Faúndez. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, pp. 75-80. Neste sentido: Corte IDH. *Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C nº 73, parágrafo 87.

²⁵⁶ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, parágrafos 162-174.

²⁵⁷ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Control de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 476;

²⁵⁸ Os direitos e garantias em matéria penal e processual-penal, reconhecidos nos tratados de direitos humanos firmados no século XX, não representam uma inovação política significativa em relação ao que se consolidou culturalmente no âmbito dos Estados democráticos de direito no decorrer do século XIX; a importância dos tratados internacionais reside na jurisdição internacional, a qual os Estados se submetem voluntariamente e que torna vinculante o sistema de

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 instrumentos internacionais do sistema interamericano. Nesta tarefa, tais órgãos devem verificar a compatibilidade de atos ou 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.²⁵⁹

Em síntese, o controle de convencionalidade das leis e atos estatais é uma tarefa complexa e perene, a ser exercida tanto pelos órgãos do Sistema Interamericano, no âmbito de seu *controle externo ou internacional de convencionalidade*, quanto pelas autoridades estatais, através de um *controle interno de convencionalidade*.²⁶⁰

Destaque-se que a expressão *controle de convencionalidade* foi utilizada, na América Latina, pioneiramente pelo ex-Presidente da Corte IDH, Sergio García Ramírez, em seus votos nos casos *Myrna Mack vs. Guatemala* (2003), *Tibi vs. Equador* (2004), *López Álvarez vs. Honduras* (2006), e *Vargas Areco vs. Paraguay* (2006).²⁶¹ Em todos estes casos, García Ramírez faz referência apenas

proteção internacional de direitos humanos: MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos* (Tomo I). Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 368. No mesmo sentido: PASTOR, Daniel R. El llamado "impacto" de los tratados de derechos humanos en el derecho interno con especial referencia al derecho procesal penal. In: PASTOR, Daniel R. *Tensiones: ¿derechos fundamentales o persecución penal sin límites?* Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, pp. 96 e 97.

²⁵⁹ Consoante Ledesma, como corolário do artigo 33 da CADH, a CIDH e a Corte IDH são os órgãos encarregados da interpretação da Convenção. No entanto, frisa que, de acordo com a estrutura da CADH, a Corte IDH detém *a última palavra para emitir uma interpretação autorizada da Convenção Americana, com caráter vinculante para todos os Estados-partes*: LEDESMA, Héctor Faúndez. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, pp. 88-89.

²⁶⁰ Também se utiliza a terminologia *controle concentrado de convencionalidade*, exercido pela Corte IDH no plano internacional, e *controle difuso de convencionalidade*, que deve ser exercitado pelas jurisdições domésticas ou nacionais. Trata-se de nomenclatura que especifica o exercício *jurisdiccional* do controle de convencionalidade: ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 480.

²⁶¹ A origem da expressão *controle de convencionalidade* não é, no entanto, latino-americana. O termo surgiu na França, em sentença do Conselho Constitucional (Decisão 74-54 DC, de 15-01-1975). Nesta decisão, entendeu-se que a lei francesa que autorizava a interrupção voluntária da gestação não era inconstitucional, mas também se rejeitou o argumento de que o Conselho Constitucional seria competente para a análise prévia da convencionalidade da lei. Não obstante, o

ao controle externo de convencionalidade, exercido pela Corte IDH. Conforme se detalhará no item a seguir, a Corte Interamericana passou a pronunciar-se em plenário sobre o controle interno ou estatal de convencionalidade a partir dos casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* e *La Cantuta vs. Perú*, todos julgados em 2006.

O controle de convencionalidade, no plano interno dos Estados-partes, é incumbência dos tribunais locais e demais autoridades públicas, e consiste na obrigação de se verificar a compatibilidade de seus atos e normas jurídicas internas à CADH e aos demais tratados internacionais de direitos humanos.

Assim, a Constituição dos Estados-partes e os instrumentos internacionais do Sistema Interamericano - especialmente a Convenção Americana - configuram um bloco jurídico de defesa e implementação dos direitos humanos no âmbito dos Estados-partes. Em outras palavras, as leis infraconstitucionais deverão estar sujeitas não apenas a um controle de constitucionalidade, mas também a um controle de convencionalidade, em prol de uma ampla tutela dos direitos fundamentais.

Destaque-se que as Constituições de muitos Estados latino-americanos reconhecem expressamente aos tratados internacionais de direitos humanos um lugar ou *status* prioritário na hierarquia das normas de direito interno, como é o caso das Constituições da Argentina, do Chile, da Colômbia, da Venezuela, da Bolívia, do Equador, do Paraguai, e do Brasil.²⁶² Recentemente, outros dois Estados da região - República Dominicana, em 2010 e México, em 2011 -, também reconheceram o bloco jurídico formado pela Constituição e pelos tratados internacionais de direitos humanos.

Consoante Luis Jimena Quesada²⁶³, é possível catalogar atualmente os diversos sistemas constitucionais em função da posição ou *status* jurídico que

referido Conselho referiu-se expressamente à necessidade de as leis internas do país passarem por um duplo crivo de compatibilidade - o da Constituição e o dos tratados internacionais de direitos humanos - para que sejam consideradas válidas e eficazes: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: RT, 2011, pp. 115 e 116.

²⁶² Mais adiante se cuidará especificamente da análise da posição assumida constitucionalmente por alguns Estados latino-americanos a respeito do *status* dos tratados de direitos humanos, das regras hermenêuticas para a sua aplicação e também sobre o reconhecimento e exercício do controle de convencionalidade.

²⁶³ QUESADA, Luis Jimena. La inconstitucionalidad del control de constitucionalidad sucesivo de los tratados internacionales (crítica a la postura mantenida por el Tribunal Constitucional Español). In: BAZÁN, Víctor. (Coord.). *Derecho procesal constitucional americano y europeo. Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, pp. 1519-1534.

conferem aos tratados internacionais, ou seja, se estes são equiparados às leis ou às normas constitucionais, ou ainda se são considerados normas supra-legais.²⁶⁴ Consoante o constitucionalista espanhol, trata-se de uma opção constitucional incluir ou não os tratados internacionais no chamado *bloco de constitucionalidade*, equiparando-os às normas constitucionais. Esta não foi uma escolha adotada pelo constituinte na Espanha e na França, onde os tratados não integram o bloco de constitucionalidade, ao contrário de muitos países latino-americanos, que seguem o fenômeno de *constitucionalização do direito internacional* ou de *internacionalização do direito constitucional*, considerado por vários internacionalistas como uma evolução irreversível e desejável.

A previsão expressa de um *status* supra-legal ou constitucional aos tratados protetivos impõe ao Estado a conformação da validade das normas infraconstitucionais aos direitos humanos. Assim, nestes Estados, o bloco jurídico, formado pela Constituição e pelos tratados de direitos humanos, consiste, indiscutivelmente, em parâmetro de validade das leis no plano do direito interno.²⁶⁵ Em outras palavras, significa dizer que as leis infraconstitucionais somente serão válidas se estiverem de acordo com o texto constitucional e com os tratados protetivos em matéria de direitos humanos ratificados e incorporados ao direito interno com *status* prioritário.

Ressalte-se, no entanto, que esta dupla base normativa - Constituição e tratados protetivos -, de acordo com o espectro humanista que informa o Direito Internacional dos Direitos Humanos, não deverá ser interpretada e aplicada pelos Estados-partes através de critérios hierárquicos, mas de acordo com o princípio *pro persona, favor libertatis ou pro homine*.²⁶⁶ Este princípio, contemplado no artigo 29, b, da CADH, exige que, no caso concreto, seja aplicada a norma mais

²⁶⁴ Ressalte-se que há quem sustente, inclusive, a *supra-constitucionalidade* dos tratados de direitos humanos, entendendo que estes estão juridicamente acima da Constituição, seguindo-se o entendimento da Corte IDH, que já determinou, no caso *La Ultima Tentación de Cristo vs. Chile*, que o Estado modificasse sua Constituição, porque contrária à CADH: SAGÜÉS, Nestor Pedro. El "control de convencionalidad" como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* México: UNAM, 2010, T. II, pp. 449 e ss.

²⁶⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 7.

²⁶⁶ Ver capítulo 2, item 2.5, onde se desenvolveu considerações fundamentais sobre o princípio *pro homine*.

benéfica e efetiva na proteção dos direitos e garantias do indivíduo ou a que mais amplie a sua esfera de liberdade, seja ela uma norma internacional ou uma norma interna, independentemente de sua hierarquia no ordenamento jurídico estatal.²⁶⁷ Trata-se de critério que inverte o paradigma baseado na soberania estatal e na pirâmide hierárquica das leis, para privilegiar outro critério, que consagra a força normativa dos direitos humanos. Não obstante, o reconhecimento estatal expresso da hierarquia constitucional dos tratados protetivos é importante mecanismo para a implementação dos direitos humanos no plano interno do Estado.

Além disso, é fundamental se ter ainda em vista que o sistema internacional de direitos humanos é regido pelo *princípio de progressividade*, segundo o qual as pautas estabelecidas nos tratados nesta matéria consolidam uma base mínima de direitos e garantias que outras normas internas ou internacionais podem elevar ou aperfeiçoar²⁶⁸, e também pelo *princípio de proibição de regressividade*, segundo o qual uma vez alcançado determinado patamar, os direitos e garantias não poderão retroceder ou involuir, numa linha desejável de melhoramento do sistema protetivo.²⁶⁹

Na última década do século passado e nos primeiros anos do século XXI, verifica-se, em diversos países da América Latina, a previsão constitucional de tais postulados interpretativos básicos em matéria de direitos humanos, conforme se destacará à frente.

²⁶⁷ Assim, conforme aponta Cançado Trindade, "no presente domínio de proteção, não mais há pretensão de primazia do Direito Internacional ou do Direito Interno, como ocorria na polêmica clássica entre monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia é a da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de Direito Internacional ou de Direito Interno": TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. 1. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 434. No mesmo sentido: ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Control de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 490.

²⁶⁸ Os direitos consagrados na CADH são apenas *direitos mínimos*, que não excluem a proteção de outros direitos reconhecidos pelas leis internas dos Estados-partes, por outros tratados ratificados, ou que derivem da forma democrática de governo, consoante artigo 29 da CADH: LEDESMA, Héctor Faúndez. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 71.

²⁶⁹ FAPPIANO, Oscar L. *El Derecho de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma, 1997, pp. 44 e 48.

3.3

O valor dos pronunciamentos interpretativos dos órgãos do Sistema Interamericano no âmbito do controle estatal de convencionalidade

3.3.1

O papel da Corte Interamericana no controle de convencionalidade internacional e interno e o caráter vinculante de sua jurisprudência para os Estados-partes na Convenção Americana

A Corte IDH é órgão jurisdicional autônomo²⁷⁰ e também órgão consultivo²⁷¹ do Sistema Interamericano, tendo como objetivos a aplicação e a interpretação da Convenção Americana. Além disso, a Corte tem competência para a adoção de *medidas provisórias de proteção*, em casos de extrema gravidade e urgência, para evitar danos irreparáveis a pessoas ou membros de uma coletividade, em conformidade com o artigo 63.2 da CADH.²⁷²

Como órgão jurisdicional internacional, a Corte IDH tem competência para decidir sobre casos concretos de violações de direitos humanos cometidas por Estados-membros da OEA que tenham ratificado a Convenção Americana e que tenham reconhecido a sua competência jurisdicional contenciosa (artigo 62.3,

²⁷⁰ A Corte IDH é órgão ou instituição judiciária internacional autônoma, criada pela Convenção Americana, não pertencendo à OEA: Artigo 1, *Estatuto da Corte IDH*, aprovado pela Resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembleia-Geral da OEA, em seu 9º Período Ordinário de Sessões, La Paz, Bolívia, outubro de 1979.

²⁷¹ Além da competência jurisdicional ou contenciosa, a Corte IDH detém competência consultiva para, uma vez provocada por Estado-parte, emitir um parecer ou interpretação *in abstracto* (desvinculada da análise de fatos concretos específicos) sobre as disposições da Convenção Americana e de outros tratados do Sistema Interamericano e também sobre a compatibilidade entre as leis internas do Estado e os mencionados instrumentos internacionais (artigo 64, CADH). Consoante Gomes e Mazzuoli, as *opiniões consultivas* da Corte tem natureza eminentemente jurídica e finalidade educativa em relação aos Estados-partes, uma vez que consubstanciam a autêntica ou real interpretação da Convenção Americana sobre determinado tema. De acordo com os autores, a Corte IDH, através destas opiniões, realiza atividades que caracterizam um *controle preventivo de convencionalidade*, que deverão orientar a atuação dos Estados-partes: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*, p. 220. No mesmo sentido: PELLEGRINI, Lisandro. El incumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 83.

²⁷² As *medidas provisórias* poderão ser ordenadas *ex officio* e também requeridas diretamente pelas vítimas, supostas vítimas ou por seus representantes, nos casos em trâmite perante a Corte IDH. Quando o assunto ainda não foi submetido ao contencioso da Corte, ainda assim as *medidas provisórias* poderão ser outorgadas por este tribunal, mediante requerimento da Comissão Interamericana, consoante artigo 25 do Regulamento da Corte IDH. A Corte considera que as medidas provisórias por ela outorgadas têm caráter obrigatório, invocando para tanto os artigos 1.1, 2, 63.2 e 68.1 da CADH e o princípio internacional de boa-fé. A Corte, inclusive, equipara suas decisões sobre medidas provisórias às sentenças de mérito, invocando o artigo 65 da CADH: MÉNDEZ, Juan E.; DULITZKY, Ariel. Medidas cautelares y provisionales. *Revista Argentina de Derechos Humanos*. Buenos Aires, v.2, n.1, 2004, pp. 121 e 122.

CADH).²⁷³ Ao ratificarem a CADH, os Estados-partes já adquirem de imediato o direito de provocar a Corte para emissão de opiniões consultivas, mas não se obrigam automaticamente a reconhecer a competência contenciosa deste tribunal, o que poderá ser feito pelo Estado no momento do depósito do instrumento de ratificação da Convenção ou de adesão à ela, ou ainda em qualquer momento posterior (artigo 62.1, CADH). A partir do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte IDH, os Estados-partes comprometem-se a respeitar todas as decisões deste tribunal proferidas contra eles em casos contenciosos.

Ao verificar o descumprimento estatal, no caso concreto, das disposições da Convenção Americana, a Corte determinará a responsabilidade internacional do Estado-parte, condenando-o pela violação de direitos humanos.²⁷⁴ A decisão da Corte que reconheça violação da CADH determinará que se assegure ao prejudicado o gozo de seu direito ou liberdade violado, e que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada, que poderá ser a vítima e/ou seus familiares (artigo 63, CADH). Ressalte-se que, conforme verificado na análise feita no capítulo 2, são freqüentes as determinações da Corte para que o Estado condenado promulgue ou modifique suas leis, de maneira a compatibilizá-las com a Convenção Americana e a conferir efetividade aos direitos e garantias judiciais, bem como a remediar as deficiências de seu sistema penal, mediante, inclusive, cursos de formação em direitos humanos para todos os órgãos e agentes públicos envolvidos com a justiça criminal.

²⁷³ Somente os Estados-partes na Convenção Americana e a CIDH poderão submeter um caso à jurisdição da Corte (artigo 61, CADH). Assim, ao contrário do que ocorre no Sistema Europeu de Direitos Humanos, os particulares e as instituições privadas não poderão deflagrar uma ação de responsabilidade internacional perante a Corte IDH. Em outras palavras, as vítimas, pretensas vítimas ou seus representantes não podem demandar diretamente à Corte, e sim por intermédio da CIDH. Por sua vez, os Estados-partes somente poderão peticionar diretamente à Corte contra outro Estado-parte na Convenção. O procedimento das demandas submetidas à Corte está detalhado nos artigos 34 a 69 de seu Regulamento, compreendendo: uma etapa escrita (submissão do caso; exame preliminar; notificação do caso; escrito de petições, argumentos e provas; contestação do Estado; exceções preliminares e outros atos, como apresentação de *amicus curiae*), uma etapa oral (audiência), um procedimento final escrito (alegações finais escritas apresentadas pelas partes) e sentença: Corte IDH. *Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Aprovado pela Corte no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões, celebrado em 28-11-2009.

²⁷⁴ As demandas apresentadas à Corte pela CIDH ou pelos Estados-partes não tem natureza de ação penal, uma vez que a Corte IDH não tem competência em matéria criminal. Assim, a condenação ou determinação pela Corte IDH da responsabilidade internacional do Estado por violação a direitos humanos não se confunde com a atribuição de culpa pessoal pela prática de um ilícito penal e conseqüente imposição de pena aos culpados. Atualmente, quem tem competência internacional em matéria criminal é o Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma (1988).

Os Estados-partes na Convenção Americana, que reconheceram a competência jurisdicional da Corte IDH têm a obrigação de cumprir as sentenças proferidas por este tribunal em todos os processos que figurarem como partes (artigo 68, CADH).²⁷⁵ Portanto, as decisões da Corte IDH, com suas interpretações e recomendações, são vinculantes para as partes no caso concreto, e em particular para o Estado condenado²⁷⁶, e nenhuma questão de soberania nacional poderá ser validamente considerada como justificativa para o seu descumprimento.²⁷⁷ A decisão da Corte deverá produzir seus efeitos de forma imediata, a partir de sua publicação, não sendo necessário procedimento judicial interno de execução de sentença contra o Estado.

A Corte realiza um controle externo de convencionalidade ao analisar, nos casos contenciosos submetidos à sua jurisdição, a compatibilidade, conformidade ou congruência entre a conduta do Estado (atos administrativos, leis, decisões judiciais) e as disposições da Convenção Americana e de outros tratados de direitos humanos, de maneira a verificar se está ou não presente a responsabilidade internacional do Estado pelo descumprimento das obrigações internacionais assumidas.

Verificando uma incompatibilidade da conduta do Estado com as normas protetivas, a Corte determinará a reforma ou ab-rogação da prática ou norma estatal ou a adoção de disposições de direito interno necessárias para garantir os direitos humanos reconhecido na CADH, impondo que sejam adotadas medidas legislativas ou de outro caráter. Desta forma, o controle de convencionalidade

²⁷⁵ As sentenças da Corte são, além de obrigatórias para o Estado condenado, definitivas (irretratáveis) e inapeláveis (irrecorríveis para a própria Corte ou outra instância internacional), cabendo apenas um pedido de interpretação, por qualquer das partes, de maneira a dirimir divergência sobre o sentido e o alcance da decisão (artigo 67, CADH).

²⁷⁶ Os autores consultados entendem majoritariamente que as decisões da Corte IDH, emitidas no exercício de sua função jurisdicional, obrigam ou vinculam os Estados que figuraram como partes no caso contencioso, *que deverão cumpri-las em sua integralidade*, em conformidade com o artigo 68.1 da CADH. Em sentido contrário, Ezequiel Malarino entende que o dever estatal estabelecido no artigo 68.1 da CADH não alcança a obrigação de seguir a jurisprudência da Corte IDH, mas apenas de cumprir a parte resolutiva da sentença: MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 438.

²⁷⁷ PELLEGRINI, Lisandro. El incumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 100.

parte de um *princípio de adequação normativa*²⁷⁸, que consiste, no âmbito do Sistema Interamericano, na obrigação geral dos Estados-partes de adaptarem seu direito interno às disposições da Convenção Americana e dos demais tratados ratificados.

Destaca-se, no plano do controle de convencionalidade externo, a atividade interpretativa que a Corte IDH realiza a respeito das disposições normativas da Convenção Americana, conferindo-lhes sentido e conteúdo, e que consistirá em ferramenta importante para os Estados-partes no exercício do controle de convencionalidade de suas leis e decisões internas. Assim, a interpretação que a Corte efetua a respeito da Convenção Americana, através do controle de convencionalidade externo ou internacional, importará para o exame de convencionalidade interno, realizado pelos Estados-partes. Neste sentido, o controle de convencionalidade intra-estatal consiste numa *dinâmica de irradiação da jurisprudência da Corte*²⁷⁹ ou, ainda, uma *espécie de diálogo interjurisdicional*²⁸⁰.

No entanto, a CADH não contém uma disposição expressa que estabeleça que as decisões da Corte, proferidas no exercício de sua função contenciosa, devam obrigatoriamente surtir efeitos para os Estados que não tenham configurado como partes na demanda internacional. A CADH prevê apenas que as sentenças da Corte deverão ser notificadas às partes no processo contencioso e também transmitidas a todos os demais Estados-partes na Convenção (artigo 69, CADH). Este procedimento da Corte em dar a conhecer o conteúdo de suas decisões aos Estados-partes tem uma importante finalidade educativa, de maneira a orientar os Estados no exercício do controle de convencionalidade. Ademais, tal comunicação também tem uma finalidade preventiva, uma vez que, a partir do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte, os Estados-partes deverão

²⁷⁸ BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. In: *Direito Público: Revista Oficial do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP*. São Paulo, v. 8, n. 45, maio/junho de 2012, p. 214.

²⁷⁹ Ibid., p. 206.

²⁸⁰ Trata-se de um diálogo jurisprudencial travado entre a Corte IDH e os órgãos ou cortes responsáveis pela jurisdição constitucional dos Estados que conformam o sistema interamericano, com o objetivo final de fazer mais efetiva e eficiente a proteção dos direitos humanos na região: BAZÁN, Víctor. El derecho procesal constitucional frente al siglo XXI: actualidad y desafíos. In: BAZÁN, Víctor (Coord.) *Derecho procesal constitucional americano y europeo. Tomo I*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, p. 84.

adequar suas condutas à CADH, caso contrário, estarão sob risco de serem chamados a responder internacionalmente pela violação de direitos humanos.²⁸¹

É preciso ter-se ainda em vista que a jurisdição da Corte Interamericana é subsidiária e complementar à competência primária ou originária dos Estados em matéria de direitos humanos. No Sistema Interamericano, os Estados-partes deverão *a priori* resolver internamente seus conflitos em matéria de direitos humanos, e a atuação dos órgãos responsáveis pela responsabilização internacional será coadjuvante, podendo ser acionada, em regra, após o esgotamento dos recursos jurisdicionais internos.²⁸² Assim, o âmbito interno dos Estados consiste no principal terreno de tutela dos direitos humanos, e competirá à Corte complementá-la e fomentar sua eficácia.²⁸³ Por conseguinte, a interpretação que a Corte faz da CADH e demais tratados protetivos é instrumento extremamente relevante para a almejada eficácia dos direitos fundamentais, sobretudo nos países latino-americanos. A Corte Interamericana não é, em relação aos tribunais nacionais, um órgão jurisdicional de última instância, e sim um tribunal cuja competência cinge-se a verificar a compatibilidade entre os atos estatais e os direitos e liberdades consagrados na Convenção Americana, realizando um trabalho como *Corte de Convencionalidade*, semelhante ao praticado pelas *Cortes de Constitucionalidade* no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos.²⁸⁴

²⁸¹ HITTERS, Juan Carlos. Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; DE LAURREA, Arturo Zaldivar Lelo (Coords.). Constitución, Derecho y Proceso: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Lima-Peru: IDEMSA, 2010, p. 640.

²⁸² Assim, para que os mecanismos convencionais atuem, é necessário que o direito interno haja sido incapaz de oferecer um remédio idôneo e oportuno às pretensas vítimas de violações de direitos humanos: LEDESMA, Héctor Faúndez. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2004, p. 54.

²⁸³ Neste sentido, o Sistema Interamericano é mais do que a Corte IDH e a CIDH; ele é composto primordialmente pelos Estados, onde a luta em favor dos direitos humanos tanto começa quanto termina. Assim, os Estados nacionais são, nas palavras de García Ramírez, os "constructores de la jurisdicción internacional". Também são protagonistas do Sistema Interamericano a OEA e a sociedade civil, com as instituições que a compõem, ressaltando a atividade fundamental exercida pelas defensorias públicas e privadas, pelos comunicadores sociais e pela academia: RAMÍREZ, Sergio García. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. In: *Reformas al Sistema de Justicia Penal en Japón y América Latina*. San José, Costa Rica: ILANUD, 2011, p. 187.

²⁸⁴ Discurso do Presidente Sergio García Ramírez, na Cerimônia de Abertura do Período Extraordinário de Sessões do Tribunal em Brasília, em 28 de março de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/>, acesso em 20-03-2012.

A Corte IDH firmou, em três decisões proferidas em 2006, uma verdadeira doutrina do controle de convencionalidade como obrigação estatal. No caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*²⁸⁵, a Corte explica que, a partir do momento em que um Estado ratifica um tratado internacional de direitos humanos como a CADH, os juízes e demais autoridades estarão submetidos a ela e se obrigam a velar pela sua correta aplicação, impedindo que leis contrárias ao seu objeto e fim comprometam a sua eficácia. Desta forma, *o poder judicial deve exercer um controle de convencionalidade das normas jurídicas internas, devendo ainda, nesta tarefa, levar em consideração não apenas o tratado, mas também a interpretação que dele faz a Corte IDH, como intérprete última da Convenção Americana*.²⁸⁶ No caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, a Corte acrescenta que o poder judicial deverá exercer não somente um controle de constitucionalidade, mas também um controle de convencionalidade de suas leis internas, que deverá ser realizado *ex officio* pelos órgãos do poder judicial, no âmbito de suas respectivas competências.²⁸⁷

Em dois casos mais recentes, julgados em 2010 e 2011, a Corte amplia o âmbito dos sujeitos obrigados a exercer o controle de convencionalidade: no primeiro caso, destaca que *os juízes e os órgãos da administração da justiça, em todos os níveis, estão obrigados a exercer o controle de convencionalidade de ofício*²⁸⁸, e no segundo, dispõe que tal controle é *função de toda e qualquer autoridade pública, não apenas do poder judicial*.²⁸⁹ Este entendimento tem sido reiterado e consolidado pela Corte desde então, inclusive em decisão contra o Brasil no caso *Gomes Lund y otros (Guerilha do Araguaia)*.²⁹⁰

²⁸⁵ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

²⁸⁶ *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, parágrafo 124.

²⁸⁷ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, parágrafo 128. No mesmo sentido, caso *Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, parágrafo 78.

²⁸⁸ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, parágrafo 225.

²⁸⁹ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, parágrafo 193.

²⁹⁰ 4. "(...) si a los tribunales supremos o a los constitucionales nacionales incumbe el control de constitucionalidad y la última palabra judicial en el marco interno de los Estados, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos cabe el control de convencionalidad y la última palabra cuando el tema encierre debate sobre derechos humanos. Es lo que resulta del reconocimiento formal de la competencia jurisdiccional de la Corte por un Estado, como lo hizo Brasil. 5. Para todos los Estados del continente americano que libremente la adoptaron, la Convención equivale

Em síntese, para a Corte IDH, o controle de convencionalidade é um dever dos Estados-partes, que deverá ser realizado, independentemente de provocação, por todos os órgãos e agentes estatais, em todas as suas esferas, que deverão, nesta tarefa, pautar-se na interpretação que este tribunal faça dos dispositivos da Convenção Americana, como seu intérprete final. Assim, para a Corte, sua jurisprudência é vinculante não apenas para os Estados que atuem como partes no contencioso internacional, mas para todos os Estados-partes na CADH que tenham reconhecido a sua competência jurisdicional. Não é por outro motivo que o artigo 69 da CADH dispõe que o conteúdo das decisões da Corte IDH será transmitido não apenas aos Estados que configuraram como partes na controvérsia, mas também a todos os demais Estados-partes da CADH, para que *conheçam o bloco convencional interpretado pela Corte IDH*.²⁹¹

Esta posição da Corte IDH tem sido cada vez mais absorvida e divulgada pela doutrina latino-americana favorável ao exercício do controle de convencionalidade²⁹², inclusive no Brasil.²⁹³

a una Constitución supranacional referente a Derechos Humanos. Todos los poderes públicos y esferas nacionales, así como las respectivas legislaciones federales, estatales y municipales de todos los Estados adherentes están obligados a respetarla y a ella adecuarse": Corte IDH. Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, parágrafos 4 e 5.

²⁹¹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 493.

²⁹² Autores que compartilham o entendimento da Corte IDH a respeito do controle de convencionalidade: BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. In: *Direito Público: Revista Oficial do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP*. São Paulo, v. 8, n. 45, maio/junho de 2012, p. 207. RAMÍREZ, Sergio García. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. In: *Reformas al Sistema de Justicia Penal en Japón y América Latina*. San José, Costa Rica: ILANUD, 2011; FALCONÍ, Ramiro J. García. Adaptación del derecho interno al derecho internacional, especialmente en lo que se refiere a leyes penales. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011, pp. 294 e 309. ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 492; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013; SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad en Argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de

Por outro lado, parte da doutrina diverge deste posicionamento adotado pela Corte IDH. Em razão da inexistência de uma disposição expressa da CADH no sentido do caráter vinculante da jurisprudência da Corte IDH, César Alfonso²⁹⁴ entende que o reconhecimento de uma obrigatoriedade mais ampla às decisões da Corte IDH consiste numa faculdade do Estado-parte. Assim, para o autor, as decisões da Corte são vinculantes apenas para os Estados que figuraram como partes no contencioso deste tribunal, em conformidade com o artigo 68.1 da CADH, e a ampliação desta competência poderá ser estabelecida no direito interno do Estado, através de norma legal ou constitucional, ou firmada através da atuação dos órgãos estatais.

Ezequiel Malarino²⁹⁵ também entende que não se pode encontrar na CADH a fundamentação necessária para a existência de um dever de direito internacional de se seguir a jurisprudência do sistema interamericano, acrescentando que o artigo 68.1 da Convenção estabelece um dever do Estado-parte condenado de cumprir apenas a parte resolutiva da sentença e não a sua jurisprudência. O autor também discorda da possibilidade de as autoridades judiciais internas criarem um dever estatal de seguir a jurisprudência da Corte IDH sem um fundamento legal ou constitucional, entendendo que isso consistiria

Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 356-357.

²⁹³ Parece ser a posição de RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, jan./dez. 2009, p. 245; de PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Estudos avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: emergência de um novo Direito Público*. São Paulo: Elsevier, 2013; e de MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 1276 e 1277, para quem "os fundamentos determinantes ou a *ratio decidendi* expressam uma tese jurídica ou o sentido atribuído a uma norma diante de determinada realidade fática. Esta tese ou sentido, por revelarem o entendimento da Corte acerca de como a Convenção deve ser compreendida em face de certa situação, certamente devem ser observados por todos aqueles que estão obrigados perante a Convenção".

²⁹⁴ ALFONSO, César. La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 65.

²⁹⁵ MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 438.

numa criação judicial de direito que viola o princípio da separação de poderes.²⁹⁶ Todavia, o autor defende que é possível criar-se, naqueles Estados onde a CADH integre o ordenamento jurídico interno (sobretudo como norma constitucional), *um dever dos tribunais nacionais em ter em consideração a jurisprudência da Corte IDH*, seja para, em caso de sua compatibilidade com a ordem jurídica constitucional, admiti-la e aplicá-la no caso concreto, seja para, em caso de incompatibilidade, rechaçá-la.²⁹⁷

3.3.2

O valor dos relatórios finais da Comissão Interamericana para os Estados-partes e sua importância para o controle de convencionalidade interno

Outro tema altamente debatido nos dias de hoje, no âmbito do controle de convencionalidade, é o relativo ao valor das recomendações e das interpretações contidas nos relatórios finais da Comissão Interamericana, adotados em conformidade com o artigo 51 da CADH.

Consoante artigo 41, *f*, da CADH, a CIDH tem a competência de atuar com respeito às petições e comunicações a ela apresentadas, que contenham denúncias de violação da Convenção Americana por um Estado-parte.²⁹⁸ A CIDH

²⁹⁶ MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 440. O autor possui uma posição extremamente crítica a respeito da atividade desempenhada pela Corte IDH no exercício de sua jurisdição contenciosa, entendendo que este tribunal usurpa funções das autoridades administrativas, judiciais e legislativas dos Estados: MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización: tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: In: PASTOR, Daniel (ed.). *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

²⁹⁷ MALARINO, Ezequiel. Op.cit., pp. 452-455.

²⁹⁸ As *petições* poderão ser requeridas à CIDH por qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da OEA (artigo 44, CADH). Não é necessário que o peticionário seja nacional do Estado que violou seus direitos, bastando que se encontre no território deste Estado, assim como não se exige que a organização não-governamental esteja sediada no Estado-parte denunciado. Por sua vez, as *comunicações* poderão ser apresentadas à CIDH por um Estado-parte na Convenção, com alegação de violação de direitos humanos por outro Estado-parte (artigos 41, *f*, e 45.1, CADH). As comunicações só poderão ser admitidas e examinadas pela Comissão se o Estado que a apresentar e aquele contra quem foi feita a alegação tenham feito uma declaração de reconhecimento da competência da CIDH para receber e examinar as *comunicações* de violação de direitos humanos por parte de Estado feita por outro Estado (artigo 45.2, CADH). Para que uma *petição* ou *comunicação* apresentada à Comissão seja por ela admitida, é necessário: (i) que todos os recursos da jurisdição interna hajam sido interpostos e esgotados; (ii) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses,

também tem a competência para valer-se do mecanismo de *medidas cautelares*, que tem como objetivo assegurar uma resposta rápida diante de situações graves e de risco iminente, que possam causar danos irreparáveis a pessoas ou grupos de pessoas nos Estados-Membros da OEA.²⁹⁹

A CIDH recebe, analisa e investiga as alegações de violação de direitos humanos deduzidas através das petições e comunicações, por meio de um procedimento próprio, previsto nos artigos 48 a 51 da Convenção Americana e detalhado nos artigos 22 a 52 de seu Regulamento³⁰⁰, que abrange quatro etapas: exame inicial, admissibilidade, mérito e acompanhamento do cumprimento de recomendações. Cumpre discorrer, de forma resumida, a respeito do procedimento de petições perante a CIDH, de maneira a compreender no que consiste os relatórios finais objeto de análise.

contado a partir da data em que o presumido prejudicado tenha sido notificado da decisão definitiva; (iii) que a matéria não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e (iv) que a *petição* contenha os dados pessoais e a assinatura da(s) pessoa(s) ou do representante legal da entidade que a submeter (artigo 46.1, CADH). Por outro lado, tais exigências não serão aplicadas quando: na legislação interna do Estado não existir o devido processo legal para a proteção dos direitos pretensamente violados; quando não houver sido concedido ao presumido prejudicado os recursos da jurisdição interna ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e quando houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos (artigo 46.2, CADH).

²⁹⁹ De acordo com o artigo 25 do Regulamento da CIDH, as medidas cautelares são solicitações feitas pela CIDH aos Estados-Partes, para que os mesmos adotem mecanismos de proteção adequados, em razão do risco concreto ou iminente de grave violação aos direitos humanos. Tais medidas poderão ser outorgadas a pedido da parte ou por iniciativa própria da CIDH, e estarem ou não relacionadas a uma petição ou caso pendente. Poderão ainda ter natureza coletiva, a fim de prevenir um dano irreparável às pessoas em virtude do seu vínculo com uma organização, grupo ou comunidade de pessoas determinadas ou determináveis. A outorga de medidas cautelares e sua adoção pelo Estado não constituirão pré-julgamento sobre a violação dos direitos protegidos pelo sistema normativo interamericano. As medidas cautelares, ao contrário das medidas provisórias, não contam com uma base convencional e isso lhes dá menor base legal para a CIDH requerê-las. Vários Estados americanos adotam o entendimento de que as medidas cautelares não são vinculantes por não ter base convencional, a exemplo dos Estados Unidos, no caso dos prisioneiros de Guantânamo. No entanto, a CIDH tem sustentado reiteradamente que tais medidas devem ser cumpridas obrigatoriamente pelos Estados. Consoante Méndez e Dulitzky, as medidas cautelares têm se mostrado eficazes na maioria dos casos, exceto com relação a casos de pena de morte: MÉNDEZ, Juan E.; DULITZKY, Ariel. Medidas cautelares y provisionales. *Revista Argentina de Derechos Humanos*. Buenos Aires, v.2, n.1, 2004, pp. 109-140. No mesmo sentido, Felipe González, que afirma que a adoção de medidas cautelares é uma prática consolidada e aceita pelos Estados americanos e que o grau de cumprimento destas é superior ao cumprimento das decisões finais de mérito da CIDH: GONZÁLEZ, Felipe. As medidas de urgência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, v. 7, n. 13, dez. 2010, p. 56.

³⁰⁰ CIDH. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, aprovado pela Comissão em seu 137º período ordinário de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009.

Após o exame inicial da petição³⁰¹ e havendo um juízo positivo de admissibilidade³⁰², a CIDH iniciará procedimento relativo ao mérito da causa. Antes de pronunciar-se sobre o mérito, a CIDH poderá deflagrar um procedimento de solução amistosa, com a anuência das partes.³⁰³ Obtida a solução amistosa, a CIDH aprovará um informe que será incluído e publicado no Relatório Anual da OEA (artigo 49, CADH); em caso contrário, se dará prosseguimento à tramitação do caso, de acordo com os artigos 50 e 51 da CADH, deliberando-se, com base nas provas apresentadas pelas partes e informações obtidas em audiências e investigações, sobre a existência ou não de violação aos direitos humanos no caso concreto.

Nesta segunda fase, a CIDH redigirá, consoante artigo 50 da CADH, relatório quanto ao mérito (*primeiro informe de fondo ou informe preliminar*), com exposição dos fatos e de suas conclusões, e, se entender que houve violação de direitos humanos, com as recomendações que considerar pertinentes. O relatório preliminar será transmitido ao Estado, fixando-se um prazo de três meses para que esclareça a respeito das medidas adotadas em cumprimento a tais recomendações.³⁰⁴ Este relatório não poderá ser publicado pela CIDH nem pelo Estado, até que a Comissão adote uma decisão definitiva a respeito do caso (artigo 50, CADH; artigo 44.2, Regulamento da CIDH).³⁰⁵

³⁰¹ A Secretaria Executiva da CIDH receberá e processará, em tramitação inicial, as petições que lhe são apresentadas. O conteúdo da petição será transmitido ao Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada, mediante um pedido de informação. O Estado apresentará sua resposta no prazo de dois meses ou dentro de um prazo razoável fixado pela Comissão.

³⁰² Após o exame inicial, a CIDH procederá a um juízo de admissibilidade da petição, que, se positivo, determinará a abertura do caso e do procedimento relativo ao mérito. Por outro lado, se verificar que os motivos que deflagraram a petição não subsistem, a CIDH declarará a inadmissibilidade ou improcedência da petição, determinando o seu arquivamento. Os relatórios de admissibilidade e inadmissibilidade são sempre públicos e a CIDH os incluirá no seu Relatório Anual à Assembléia Geral da OEA. A adoção do relatório de admissibilidade não constituirá pré-julgamento sobre o mérito da demanda.

³⁰³ A solução amistosa deverá partir de uma proposta conciliadora, fundamentada no respeito aos direitos humanos. Acrescente-se que a solução amistosa poderá se dar em qualquer etapa do exame de uma petição ou caso, por iniciativa da CIDH ou a pedido das partes: *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, artigo 40.

³⁰⁴ De acordo com o artigo 41.b da CADH, a Comissão tem a função de formular recomendações aos Estados-Membros, para que adotem "medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos".

³⁰⁵ O sigilo é necessário para evitar repercussões públicas indevidas, uma vez que o procedimento ainda se encontra em trâmite no âmbito da Comissão e não se deliberou a respeito da submissão do caso à Corte Interamericana.

Se a Comissão considerar que o Estado não deu cumprimento às recomendações contidas no relatório, e desde que o Estado denunciado seja parte na Convenção Americana e tenha reconhecido a jurisdição da Corte IDH, ela poderá submeter o caso ao contencioso da Corte Interamericana, através da propositura de ação de responsabilidade internacional.³⁰⁶ Poderá ainda, dependendo do grau de cumprimento das recomendações pelo Estado, preferir dar continuidade ao procedimento em seu próprio âmbito.

Assim, se no prazo de três meses, contado a partir da remessa do relatório preliminar ao Estado denunciado, o caso não tiver sido solucionado ou a Comissão ou o próprio Estado não tenha submetido o assunto à Corte, a Comissão poderá emitir, por voto da maioria absoluta de seus membros, um relatório de mérito definitivo (*segundo informe de fondo*) que contenha o seu parecer e conclusões finais, além de recomendações ao Estado-parte (artigo 51, CADH; artigo 47.1, Regulamento da CIDH). O relatório definitivo será transmitido às partes, que deverão apresentar, no prazo fixado pela CIDH, informações sobre o cumprimento das recomendações. Transcorrido o prazo fixado, a CIDH avaliará o cumprimento das providências recomendadas e decidirá, por maioria absoluta de votos, a respeito da publicação ou não do relatório definitivo e de sua inclusão no Relatório Anual à Assembléia Geral da OEA.

Em síntese, com relação aos Estados que reconhecem a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, após a aprovação do primeiro informe sobre o mérito, e em função do grau de cumprimento das recomendações, a Comissão decidirá se submete o caso à jurisdição da Corte ou se edita o segundo informe, que poderá ou não ser publicado no Relatório Anual. Em geral, a decisão de não submissão do caso à Corte decorre do não reconhecimento da jurisdição contenciosa deste tribunal pelo Estado denunciado. Publicado o relatório definitivo sobre o mérito ou ainda sobre a solução amistosa de caso, a Comissão adotará as medidas de acompanhamento que julgar oportunas, de maneira a verificar o cumprimento dos acordos e das recomendações feitas.

³⁰⁶ De acordo com seu Regulamento, artigo 45, a CIDH decidirá deflagrar a ação de responsabilidade internacional com base nos seguintes elementos: (i) posição do peticionário; (ii) natureza e gravidade da violação; (iii) necessidade de desenvolver ou esclarecer a jurisprudência do sistema; (iv) efeito eventual da decisão nos ordenamentos jurídicos dos Estados membros.

Portanto, o segundo relatório, ao contrário do relatório preliminar, consiste em pronunciamento definitivo³⁰⁷ da Comissão sobre o mérito da demanda. Através destes relatórios definitivos, a CIDH elabora doutrina fundamental para a condução dos Estados americanos em conformidade com os direitos humanos, a exemplo do *informe 86/09*, esmiuçado no capítulo anterior, onde a Comissão sistematiza os parâmetros da prisão cautelar construídos pela jurisprudência da Corte, e, ademais, aprofunda-os, instruindo e guiando os Estados no cumprimento de suas obrigações internacionais assumidas e na efetivação dos direitos humanos no plano interno. Portanto, indubitavelmente, os informes definitivos da CIDH tem valor interpretativo fundamental para guiar os Estados-partes no exercício concreto do controle de convencionalidade.

A Comissão Interamericana é órgão permanente e autônomo da OEA, tendo a função de promover a observância e a defesa dos direitos humanos no Continente Americano (artigos 11 e 52 da Carta da OEA). Consoante artigo 33 da CADH, a CIDH é competente, juntamente com a Corte IDH, para conhecer dos assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos contraídos pelos Estados-partes. Assim, ao ratificarem a Convenção Americana, os Estados-partes aceitam imediatamente a competência da Comissão Interamericana para conhecer as petições a ela apresentadas e para decidir sobre a existência de violações aos direitos humanos. 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.

Portanto, de acordo com o objeto e fim da Comissão Interamericana, com o que dispõe os artigos 33 e 51.2 da CADH, e ainda de acordo com o princípio da boa-fé, consagrado no artigo 31.1 da Convenção de Viena, os Estados-partes devem cumprir as recomendações da CIDH emitidas nos relatórios definitivos. Com base nestes argumentos, a Corte IDH pronunciou-se, no caso *Loayza Tamayo vs. Perú*, que os Estados-partes na CADH *tem a obrigação de realizar*

³⁰⁷ O segundo informe é chamado de definitivo porque seu conteúdo (opiniões, conclusões e recomendações transmitidas ao Estado) não poderá mais ser modificado, salvo nas seguintes circunstâncias excepcionais: (i) cumprimento total ou parcial das recomendações e conclusões contidas no informe; (ii) existência de erros materiais sobre os fatos do caso relatados no informe; (iii) descoberta de fatos não conhecidos no momento da emissão do informe e que tiveram influência decisiva no seu conteúdo. O pedido de modificação do informe só poderá ser requerido pelas partes (Estado e petionários) antes de sua publicação e dentro de prazo razoável contado a partir de sua notificação: CIDH. *Opinião Consultiva OC-15/97*, 14 de novembro de 1997, Série A, n. 15. Não obstante, na prática, a opinião emitida pela CIDH no segundo informe não diferirá em geral daquela emitida em seu informe preliminar.

*seus melhores esforços para aplicar as recomendações de um órgão de proteção como a Comissão Interamericana.*³⁰⁸

No entanto, a obrigatoriedade das decisões da Comissão Interamericana é uma questão altamente controvertida no âmbito dos Estados-partes. De acordo com Leonardo Filippini, a opinião majoritária sinaliza no sentido contrário³⁰⁹, entendendo que *apenas a Corte IDH tem função jurisdicional e que o procedimento perante a CIDH deve ser compreendido como um mecanismo de controle político, no qual imperam os princípios de soberania e igualdade estatal: os Estados soberanos e iguais criam a norma, a interpretam de forma direta ou por órgãos instituídos para tal fim, e a aplicam na medida de sua vontade política.*³¹⁰

No entanto, existe posição doutrinária e jurisprudencial crescente no sentido da obrigatoriedade dos relatórios definitivos da CIDH para os Estados-partes. Para Filippini, Gos e Cavanis, as recomendações da CIDH são *mais do que uma pauta qualificada de interpretação, uma vez que contêm um juízo histórico sobre a atuação estatal, fruto de um processo contencioso, e uma posição desfavorável a respeito da compatibilidade desta ação com os compromissos de direitos humanos assumidos.*³¹¹ Os autores citados defendem que conferir certo grau de exigibilidade às recomendações emitidas nos informes finais da CIDH, ainda que em menor intensidade do que às decisões da Corte IDH, não acarretaria qualquer desestabilização ao sistema de direitos humanos da CADH.³¹²

³⁰⁸ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, parágrafo 80.

³⁰⁹ Esta é a posição de MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 438.

³¹⁰ FILIPPINI, Leonardo. Los informes del artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina. In: *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?*, Buenos Aires, n. 4, set. 2004, p. 433.

³¹¹ FILIPPINI, Leonardo; GOS, Tatiana; CAVANA, Agustín. *El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del Procurador General en el caso Carranza Latrubesse*. Texto corresponde à exposição no painel "Desafíos de los mecanismos internacionales de protección", no "Seminario de Debates" del Centro de Estudios en Derecho Penal (CEPED), Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, 11 de noviembre de 2010, pp. 4-5. Disponível em: http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso_Carranza_Latrubesse.pdf, acesso em 14-06-2013.

³¹² FILIPPINI, Leonardo; GOS, Tatiana; CAVANA, Agustín. *El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del Procurador General en el caso Carranza Latrubesse*. Texto corresponde à exposição no painel "Desafíos de los mecanismos internacionales de

Conforme explicitado, o sistema protetivo criado pela CADH, diferentemente de outros sistemas internacionais, prevê, além de uma etapa jurisdicional contenciosa perante a Corte IDH, um fase preliminar perante a CIDH, que também pode ser contenciosa, envolvendo a discussão de questões de mérito, e através da qual pode ser declarada a responsabilidade internacional do Estado. A CIDH pode levar o caso à Corte para contar com uma nova instância de discussão, ou preferir recorrer a um mecanismo político de pressão internacional, tendo o poder de decidir sobre a alternativa que julgar mais favorável para a tutela dos direitos previstos na CADH.³¹³ Portanto, a CADH apresenta um sistema de dupla via de finalização dos procedimentos de denúncia: um caso pode terminar com um acordo de solução amistosa firmado entre as partes ou com um informe final em contencioso, ambos perante a CIDH; ou com uma sentença em jurisdição contenciosa perante a Corte IDH.

Assim, ainda que as recomendações da CIDH e as decisões da Corte IDH não possam ser equiparadas em sua exigibilidade, não significa que as primeiras não possuam qualquer força ou valor. Um raciocínio neste último sentido vai na contramão do sistema da Convenção Americana, concebido e aceito pelos Estados-partes³¹⁴, e também da posição da Corte IDH, que determina que os Estados deverão envidar esforços para o cumprimento das recomendações emitidas pela CIDH. Tais recomendações, ainda que não sejam executáveis como título a favor do peticionário no âmbito interno do Estado, podem ser utilizadas em ações administrativas e judiciais que visem o seu cumprimento.³¹⁵

protección", no "Seminario de Debates" del Centro de Estudios en Derecho Penal (CEPED), Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, 11 de noviembre de 2010, p. 19. Disponível em: http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso_Carranza_Latrubesse.pdf, acesso em 14-06-2013. No mesmo sentido: BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. In: *Direito Público: Revista Oficial do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP*. São Paulo, v. 8, n. 45, maio/junho de 2012, p. 227.

³¹³ A Corte IDH já decidiu reiteradamente sobre esta competência da CIDH: Caso Bayarri vs. Argentina, parágrafo 20; Caso de los 19 Comerciantes vs. Colômbia, parágrafo 30; Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, parágrafo 39; Opinión Consultiva OC-13/93, de 16 de julio de 1993. Serie A, nº 13, parágrafo 54.

³¹⁴ FILIPPINI, Leonardo; GOS, Tatiana; CAVANA, Agustín. Op.cit..

³¹⁵ FILIPPINI, Leonardo; GOS, Tatiana; CAVANA, Agustín. *El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del Procurador General en el caso Carranza Latrubesse*. Texto corresponde à exposição no painel "Desafíos de los mecanismos internacionales de protección", no "Seminario de Debates" del Centro de Estudios en Derecho Penal (CEPED), Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, 11 de noviembre de 2010, p. 12. Disponível em: http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso_Carranza_Latrubesse.pdf, acesso em 14-06-2013.

No Brasil, Gomes e Mazzuoli entendem que o Estado-parte denunciado, no âmbito do procedimento de competência da CIDH, estará vinculado ou obrigado a cumprir as recomendações emitidas no relatório de mérito, e que não é correta a interpretação de que as recomendações da CIDH emitidas no informe definitivo são apenas reprovações de caráter moral.³¹⁶

3.4

Controle de convencionalidade na América Latina: estudo comparado

O controle de convencionalidade enquanto diálogo interjurisdicional fundado nos direitos humanos, depende, em grande parte, do grau de absorção deste novo paradigma no plano normativo e no plano jurisdicional dos Estados-partes. Assim, entende-se ser de especial relevância a análise comparada da posição assumida por alguns Estados latino-americanos em relação ao controle de convencionalidade. O objetivo deste estudo é comparar o grau de reconhecimento do controle de convencionalidade, tanto no plano constitucional, através da análise do texto da Constituição dos Estados latino-americanos, quanto no plano jurisdicional das Cortes Constitucionais destes países, de maneira a compará-los entre si e analisar especificamente o caso brasileiro.

Foram eleitas as seguintes variáveis a serem examinadas: **(i)** controle de convencionalidade no plano normativo-constitucional: análise do *status* conferido aos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico interno dos Estados e verificação da existência de previsão normativa acerca do valor dos pronunciamentos dos órgãos do sistema interamericano; **(ii)** controle de convencionalidade no plano das Cortes Constitucionais: como entendem e exercitam o controle de constitucionalidade e qual o valor ou força atribuída à jurisprudência da Corte IDH e às recomendações da CIDH. Como pressuposto, foram selecionados Estados latino-americanos que, a partir da ratificação da Convenção Americana, reconheceram a competência jurisdicional obrigatória da Corte IDH.

³¹⁶ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*, pp. 280-281.

3.4.1 Análise das variáveis por Estado

3.4.1.1 Argentina

A Argentina ratificou a Convenção Americana em 14-08-1984. Menos de um mês depois, em 05-09-1984, depositou o instrumento de ratificação e reconheceu expressamente a competência jurisdicional da Corte Interamericana.

A Constituição da Nação Argentina (1853), com a reforma de 1994³¹⁷, outorgou hierarquia constitucional a onze tratados internacionais de direitos humanos, dentre eles, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, expressamente elencados em seu artigo 75, inciso 22.³¹⁸ Esta norma constitucional dispõe ainda que os tratados de direitos humanos expressamente elencados não derogam nenhum artigo da primeira parte da Constituição, e que devem ser considerados como complementares aos direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos. Seguindo a mesma orientação, o artigo 33 dispõe que os direitos e garantias enumerados pela Constituição não serão entendidos como negação de outros que não estejam expressamente previstos no texto constitucional, que se originam do princípio de soberania

³¹⁷ A Constituição da Nação Argentina, sancionada em 1853, foi objeto de diversas reformas, ocorridas em 1860, 1866, 1898, 1957 e 1994.

³¹⁸ "**Artículo 75-** Corresponde al Congreso: (...) **22.** Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. **La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.**" (grifei).

popular e da forma republicana de governo.³¹⁹ Ademais, o artigo 75, inciso 22, contempla a possibilidade de se conferir hierarquia constitucional a outros tratados de direitos humanos, mediante aprovação pelo Congresso por dois terços dos membros de cada Casa Legislativa.

Assim, os tratados de direitos humanos expressamente citados pela Constituição argentina, devido ao seu reconhecido *status* constitucional, compõem, juntamente com as normas constitucionais, o denominado "bloco de constitucionalidade", possuindo supremacia em relação às demais leis.³²⁰ Ressalte-se que estes tratados, em sentido estrito, não fazem parte da Constituição da Argentina: o artigo 75, inciso 22, apenas lhes conferiu categoria ou dignidade constitucional.³²¹

Consoante Nestor P. Sagüés³²², a articulação entre estes tratados de direitos humanos e a Constituição não é fácil de se estabelecer na prática, existindo três espécies de interpretação a respeito: (i) que, de acordo com interpretação literal do artigo 75, inciso 22, os tratados elencados encontram-se em patamar inferior ao das normas contempladas na primeira parte da Constituição e acima das normas da segunda parte; (ii) que, havendo conflito entre a Constituição Nacional e o tratado, prevalecerá no caso concreto a norma mais favorável à pessoa, por aplicação do princípio *pro homine*, e não a regra hierárquica³²³; (iii) que o constituinte de 1994 fez um juízo afirmativo de compatibilização dos citados tratados de direitos humanos com a Constituição, de

³¹⁹ "Artículo 33 - Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno."

³²⁰ MONCAYO, Guillermo R. Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino. In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (comps.). *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 1997, p. 91.

³²¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad en Argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguay*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 346. No mesmo sentido: MONCAYO, Guillermo R. Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino. In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (comps.). *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 1997, p. 91.

³²² SAGÜÉS, Néstor Pedro. Op.cit., pp. 346 e 347.

³²³ Consoante González-Salzberg, esta interpretação é aceita atualmente pela Corte Suprema de Justiça da Nação: GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A. A Implementação das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Argentina: uma análise do vaivém jurisprudencial da Corte Suprema de Justiça da Nação. *Sur: Revista de Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v.8, n. 15, dez./2011, p. 124.

maneira que, no caso concreto, tais normas deverão ser harmonizadas pelos operadores do direito, com superação das aparentes contradições.

Não há previsão constitucional ou legal no Estado argentino sobre o caráter vinculante da jurisprudência da Corte IDH para os tribunais locais, nem sobre o valor atribuído aos informes finais da CIDH. Não obstante, existe debate fecundo sobre o tema na Corte Suprema de Justiça da Nação.

A Corte Suprema de Justiça argentina, tribunal máximo do país responsável pelo controle de constitucionalidade, possui um histórico de obediência e cumprimento das sentenças condenatórias e das recomendações da Corte IDH, ainda quando diverge do conteúdo de suas decisões.³²⁴ Estes antecedentes, conjugados com o patamar constitucional assegurado à Convenção Americana pela Constituição em 1994, conformaram um terreno fértil para a recepção ou seguimento no país da doutrina do controle de convencionalidade delineada pela Corte IDH.³²⁵

Não obstante, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina não possui uma posição jurisprudencial uniforme a respeito do caráter vinculante das decisões e pronunciamentos dos órgãos do Sistema Interamericano, oscilando entre o reconhecimento e a negação desta obrigatoriedade.³²⁶

A Corte Suprema deu início à jurisprudência favorável ao caráter vinculante das decisões dos órgãos do Sistema Interamericano a partir dos casos *Ekmedjian* (1992) e *Giroldi* (1995). Este segundo caso caracterizou-se por um alto grau de ativismo judicial, através do qual a Corte Suprema declarou que o Estado

³²⁴ Como ocorreu no caso *Bulacio vs. Argentina* (2003), decisão com a qual a Corte Suprema da Argentina dissentiu, discutindo o desacerto da Corte IDH. Não obstante, a Corte Suprema, ao final, acatou e determinou o cumprimento da sentença, entendendo que a Corte IDH é o intérprete final da Convenção Americana: SAGÜES, Néstor Pedro. El control de convencionalidad en Argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 350.

³²⁵ SAGÜES, Néstor Pedro. El control de convencionalidad en Argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 351-352.

³²⁶ FILIPPINI, Leonardo. Los informes del artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina. In: *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?*, Buenos Aires, n. 4, set. 2004, p. 433; BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. In: *Direito Público: Revista Oficial do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP*. São Paulo, v. 8, n. 45, maio/junho de 2012, pp. 224-225; SAGÜES, Néstor P. Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos: experiencias en Latinoamérica. *Ius et Praxis*, v. 9, n. 1, Talca, 2003, p.5.

argentino deverá tomar todas as medidas necessárias para remover os obstáculos existentes para a eficácia dos direitos humanos reconhecidos na CADH.³²⁷

A Corte Suprema argentina desenvolveu, notadamente nos casos *Arancibia Clavel* (2004), *Simón* (2005), e *Mazzeo* (2007), doutrina segundo a qual os poderes constituídos, ao interpretar a Convenção Americana, devem necessariamente levar em consideração as decisões da Corte IDH e a interpretação que esta realiza no exercício de sua jurisdição, ainda que o Estado argentino não tenha sido parte no contencioso internacional.³²⁸

Destaque-se o caso *Mazzeo* (2007), em cuja decisão a Corte Suprema declarou que o poder público deverá guiar-se pela jurisprudência da Corte IDH, como pauta indeclinável a ser seguida para o efeito de se resguardar as obrigações assumidas pelo Estado argentino perante o Sistema Interamericano. Nesta mesma decisão, a Corte Suprema afirmou que *o poder judiciário deve exercer um controle de convencionalidade entre suas normas jurídicas internas e a Convenção Americana, e, nesta tarefa, deverá ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo realiza a Corte IDH, intérprete última da CADH*.³²⁹

Ressalte-se ainda o paradigmático caso "Simón" (2005), onde o Tribunal máximo da Argentina sustentou que *a jurisprudência da Corte IDH, assim como as diretivas da Comissão Interamericana constituem uma imprescindível pauta de interpretação dos deveres e obrigações derivados da Convenção Americana*.³³⁰

Não obstante, existem também precedentes na Corte Suprema argentina de não-aceitação da doutrina interamericana do controle de convencionalidade. Neste sentido, no caso *Acosta*, este Tribunal entendeu por maioria que os juízes

³²⁷ FILIPPINI, Leonardo. Los informes del artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina. In: *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?*, Buenos Aires, n. 4, set. 2004, p. 436.

³²⁸ ALFONSO, César. La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 66. Ainda sobre a jurisprudência da Corte Suprema, através de análise detalhada de suas decisões relativas ao controle de convencionalidade: BAZÁN, Víctor. El derecho internacional de los derechos humanos en la percepción de la Corte Suprema de Justicia Argentina. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. São Bernardo do Campo, v.14, n.16, 2010, pp. 234-257.

³²⁹ ALFONSO, César. La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, pp. 66-67.

³³⁰ ALFONSO, César. Op.cit., p. 67.

nacionais não tinham o dever inexorável de seguir a jurisprudência da Corte IDH (posição que foi reafirmada no caso *Alonso*); em *Felicetti*, reiterou este entendimento, acrescentando que os pronunciamentos da Comissão IDH também não obrigavam a Corte Suprema.³³¹

Em decisão mais atual, proferida no caso *Videla* (2010), o Tribunal Supremo ratificou a doutrina assentada no caso *Mazzeo*, e manifestou entendimento favorável ao controle de convencionalidade realizado de ofício pela autoridade judicial competente, ressaltando que, para tanto, os juízes deveriam ter em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação feita pela Corte IDH a respeito das normas convencionais.³³²

Recentemente, o tema voltou à pauta de discussão na Argentina com o caso *Carranza Latrubesse* (2013), onde o autor, ex-juiz da província de Chubut e destituído do cargo, buscava o cumprimento do *informe 30/97* da CIDH, que condenara o Estado argentino a indenizá-lo pelas violações às garantias processuais e ao direito à proteção judicial. Em 2009, a Procuradoria-Geral da Nação Argentina (PGN) sustentou que a solução deste caso importava em determinar o valor jurídico das recomendações da CIDH, tanto para o direito e a jurisprudência interamericanos, quanto para o direito e a jurisprudência argentinos, concluindo que tais recomendações não são obrigatórias, o que suscitou o debate a respeito do tema entre doutrinadores argentinos.³³³ A PGN entendeu que os tribunais nacionais não estão obrigados a cumprir uma recomendação da CIDH, mas deverão, tão-somente, ao determinar o sentido da

³³¹ SAGÜES, Néstor P. Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos: experiencias en Latinoamérica. *Ius et Praxis*, v. 9, n. 1, Talca, 2003, p.5.

³³² BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. In: *Direito Público: Revista Oficial do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP*. São Paulo, v. 8, n. 45, maio/junho de 2012, pp. 217- 218; SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad en Argentina. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 353-354.

³³³ FILIPPINI, Leonardo; GOS, Tatiana; CAVANA, Agustín. *El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del Procurador General en el caso Carranza Latrubesse*. Texto corresponde à exposição no painel "Desafíos de los mecanismos internacionales de protección", no "Seminario de Debates" del Centro de Estudios en Derecho Penal (CEPED), Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, 11 de noviembre de 2010. Disponível em: http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso_Carranza_Latrubesse.pdf, acesso em 14-06-2013. BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. In: *Direito Público: Revista Oficial do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP*. São Paulo, v. 8, n. 45, maio/junho de 2012.

Convenção Americana, levar em consideração a interpretação realizada por este órgão de proteção.

Em 06-08-2013, o caso *Carranza Latrubesse* foi finalmente decidido, por maioria apertada de quatro votos contra três, pelo reconhecimento da responsabilidade do Estado argentino em dar cumprimento ao citado relatório da CIDH.³³⁴ Os juízes Fayt e Zaffaroni entenderam pela obrigatoriedade estatal de cumprimento dos *informes* da CIDH emitidos de acordo com o artigo 51.2 da CADH, entendendo que esta conclusão: (i) resulta do sentido do artigo 51, por si só, e também de seu significado no contexto da Convenção Americana, considerando o objeto e o fim do regime de petições e da CADH em sua integralidade; (ii) advém dos princípios de boa-fé e efeito útil, que orientam o Sistema Interamericano. Sustentaram ainda que as recomendações da CIDH emitidas com base no artigo 51 deveriam ter efeito vinculante, uma vez que o procedimento perante referido órgão contém um desequilíbrio processual entre o peticionário e o Estado, pois este último, em caso de conflito entre o *informe* preliminar (artigo 50, CADH) e o *informe* definitivo (artigo 51, CADH), tem a possibilidade de submeter o caso à Corte IDH, enquanto, para o peticionário, a decisão da CIDH que decida pela não-violação das normas convencionais é definitiva e obrigatória, não sendo possível a submissão do caso à jurisdição da Corte.

Por sua vez, os juízes Petracchi e Macheda afirmaram que o Estado argentino tem o dever de empregar os melhores esforços para aplicar as recomendações da CIDH. O juiz Petrachi entendeu que as recomendações formuladas pela CIDH não têm um valor obrigatório equivalente ao das sentenças da Corte IDH, mas que o Estado-parte, em razão do princípio de boa-fé, possui o dever de considerar o conteúdo dos relatórios emitidos pela CIDH e de esforçar-se em aplicar suas recomendações, o que não foi feito no caso sob exame. O juiz Maqueda concluiu, também com base no princípio de boa-fé, que, não obstante apenas as sentenças da Corte IDH sejam executáveis, o Estado argentino não pode desconhecer as recomendações emitidas pela CIDH, devendo envidar esforços para o seu cumprimento. Por outro lado, manifestaram-se pela improcedência do

³³⁴ Corte Suprema de Justicia da Nación Argentina. Recursos de Fato na Causa C.594.XLIV - *Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional*. Disponível em: <http://www.cij.gov.ar/nota-11959-.html>, acesso em 30-08-2013.

pedido os juízes Highton de Nolasco, Lorenzetti e Argibay, que entenderam que as recomendações da CIDH não têm caráter de decisão jurisdicional obrigatória, de acordo com o sistema da Convenção Americana.

Por fim, importante destacar uma sentença emblemática da Corte Suprema de Justiça da Nação, proferida em 2005 no caso *Horacio Verbitsky*. Neste decisão, a Corte Suprema julgou procedente, em sede recursal, um *Habeas Corpus Coletivo* impetrado pelo *Centro de Estudios Legales y Sociales* (CELS) em favor de todos os presos alojados em estabelecimentos policiais da Província de Buenos Aires, a maioria deles presos provisórios, submetidos a superlotação e condições extremamente graves de encarceramento.

Neste caso, a Corte Suprema de Justiça do país determinou: (i) que a Suprema Corte de Justiça da Província de Buenos Aires, através dos juízes competentes, fizesse cessar, no prazo de 60 dias, a prisão de menores e enfermos em delegacias de polícia da província; (ii) que a Suprema Corte de Justiça da Província de Buenos Aires e os tribunais inferiores bonaerenses fizessem cessar, com urgência, toda e qualquer situação carcerária configurada como tratamento cruel, desumano ou degradante, susceptível de acarretar a responsabilidade internacional do Estado; (iii) que o Poder Executivo da Província de Buenos Aires remetesse aos juízes, no prazo de trinta dias, um relatório pormenorizado sobre as condições concretas de prisão, a fim de que estes pudessem revisar as medidas privativas de liberdade, decidindo sobre a necessidade de sua manutenção ou substituição por medidas cautelares ou de execução menos lesivas; (iv) que a cada 60 dias, o Poder Executivo informasse a esta Corte Suprema as medidas adotadas para melhorar as condições dos presos em todo o território da Província de Buenos Aires. Ademais, a Corte Suprema *exortou os Poderes Executivo e Legislativo da Província de Buenos Aires a adequar sua legislação processual penal em matéria de prisão preventiva e liberdade provisória (excarcelación), assim como a relativa à execução penal, aos standards constitucionais e internacionais*.³³⁵

Assim, ao julgar procedente o recurso extraordinário interposto por CELS, os juízes da Corte Suprema envolveram-se diretamente na problemática

³³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso de Hecho. Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus. Buenos Aires, 03-05-2005, pp. 48-55. Disponível em: <http://www.cels.org.ar/>, acesso em 03-06-2013.

das pessoas privadas de liberdade, um tema tradicionalmente invisibilizado, que não faz parte da agenda pública e política, rompendo com a tendência à naturalização das violações de direitos humanos perpetradas no sistema carcerário.³³⁶ Para o Centro de Estudos Legais e Sociais, a decisão da Corte Suprema, ainda que esteja longe de ser cumprida em sua integralidade, permitiu a abertura de um debate sobre a situação carcerária em Buenos Aires e ajudou a promover determinadas reformas institucionais envolvendo a atuação dos três poderes estatais.³³⁷

3.4.1.2 Bolívia

A Bolívia é parte na CADH desde 19-07-1979 e reconheceu a competência da Corte IDH em 27-07-1993, de acordo com o artigo 410, II, da Constituição Política da Bolívia (2009).

A Constituição boliviana estabelece, no artigo 13, IV, que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado prevalecem no ordenamento jurídico interno, e que os direitos e garantias constitucionais deverão ser interpretados em conformidade com tais tratados.³³⁸ No artigo 256, o constituinte esclarece que os tratados de direitos humanos serão aplicados preferentemente à Constituição quando contemplem normas mais favoráveis do que as previstas no texto constitucional, e que, da mesma forma, a interpretação dos direitos constitucionais deverá ser conforme com os tratados internacionais quando estes prevejam normas mais favoráveis.³³⁹

³³⁶ CELS. *Cárceles y Justicia Penal. Minisitio Habeas Corpus Coletivo*. Disponível em: <http://www.cels.org.ar/>, acesso em 03-06-2013.

³³⁷ Ibid.

³³⁸ "**Artículo 13. I.** Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos. **II.** Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados. **III.** La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros. **IV.** Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia."

³³⁹ "**Artículo 256. I.** Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente

Portanto, a Constituição boliviana reconhece à CADH e aos demais tratados de direitos humanos ratificados pelo país o *status* de norma suprema do ordenamento jurídico interno, que goza de primazia frente a qualquer outra disposição normativa, inclusive constitucional, quando contenha direitos mais favoráveis ao ser humano. Ademais, acrescenta que os tratados de direitos humanos deverão condicionar a interpretação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Não há previsão a respeito da vinculação da jurisprudência da Corte IDH e do valor dos informes da CIDH no direito boliviano, no entanto a Corte Suprema da Bolívia tem proferido decisões favoráveis à consideração das decisões da Corte IDH como base para a interpretação da Convenção Americana.

A Corte Suprema de Justiça da Bolívia, antes da entrada em vigor da Constituição de 2009, sustentava que os tratados internacionais de direitos humanos formam, juntamente com a Constituição, o bloco de constitucionalidade.³⁴⁰ Também reconhece que os princípios sustentados pela CIDH e pela Corte IDH servem de guia para a interpretação dos preceitos convencionais.³⁴¹ Em decisão prolatada em 2009, o Tribunal Constitucional boliviano afirmou que a jurisprudência interamericana é vinculante para a jurisdição interna.³⁴²

3.4.1.3 Chile

sobre ésta. **II.** Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables."

³⁴⁰ Consoante Sentença 1494/2004-R, de 16-10-2004, transcrita por ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguay*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 521.

³⁴¹ Sentença Constitucional 0664/2004-R, de 06-05-2004, citada por ALFONSO, César. La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 68.

³⁴² ALFONSO, César. La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 68.

O Chile é parte na CADH desde 21-08-1990, quando também reconheceu a competência jurisdicional obrigatória da Corte IDH.

A Constituição Política da República do Chile (1980) reconhece, a partir da reforma constitucional de 1989, que os direitos humanos previstos constitucionalmente e assegurados pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile devem ser respeitados e promovidos pelos órgãos do Estado, e que consistem em limitação à soberania estatal.³⁴³

Assim, o Chile integrou em seu ordenamento jurídico o parâmetro do controle de convencionalidade³⁴⁴, estabelecendo que os direitos humanos reconhecidos tanto pela Constituição quanto pelos tratados internacionais de direitos humanos deverão ser tutelados pelos órgãos do Estado. Não obstante, o Estado chileno não estabelece em lei a força vinculante das interpretações feitas pela Corte IDH e pela CIDH.

O Chile, em virtude de condenação pela Corte IDH do caso *La última tentación de Cristo* (2001), modificou sua Constituição para adaptar o seu direito interno à Convenção, em razão de recomendação feita pela Corte IDH. Por iniciativa do Executivo, o Congresso Nacional do Chile aprovou lei de reforma constitucional, promulgada e incorporada à Constituição em 2001.³⁴⁵ Trata-se de *leading case* de controle de convencionalidade de normas constitucionais, realizado pela Corte IDH, com impacto decisivo no âmbito interno, e que mostra o respeito do Estado às recomendações da Corte IDH.

Não obstante, e ainda que o Estado chileno reconheça o bloco de constitucionalidade, a doutrina observa que o Tribunal Constitucional não dá a devida atenção à jurisprudência internacional: são escassas as decisões da Corte

³⁴³ "Artículo 5º- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes" (artigo com redação dada pela reforma de 1989).

³⁴⁴ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Control de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguay*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 535.

³⁴⁵ ALFONSO, César. La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 71.

Constitucional chilena onde há referência à jurisprudência da Corte IDH.³⁴⁶ Humberto Alcalá aponta que, no período de 2006 a 2010, a Corte Constitucional fez expressa menção à jurisprudência da Corte IDH em duas sentenças proferidas em 2008 (nºs 986 e 1130), em uma sentença em 2009 (nº 1361) e em apenas uma vez em 2010 (sentença nº 1567).³⁴⁷ Além disso, somente nas duas últimas decisões citadas, o Tribunal Constitucional assume os parâmetros interpretativos da Corte. Nos julgados de 2008, este tribunal decidiu contrariamente à jurisprudência da Corte IDH, assumindo o risco de o Estado ser responsabilizado internacionalmente pela violação à CADH.³⁴⁸

Por outro lado, o Tribunal Constitucional do Chile reconheceu expressamente o princípio *pro homine* em duas decisões, em 2008 (nº 740-07), e 2009 (nº 1361-09), o que representa um avanço na jurisprudência em matéria de direitos humanos.³⁴⁹

3.4.1.4 Colômbia

A Colômbia é parte na CADH desde 31-07-1973 e aceitou a competência jurisdicional contenciosa da Corte IDH em 21-06-1985.

De acordo com o artigo 93 da Constituição Política colombiana de 1991, reformada em 1997, os tratados e convenções de direitos humanos ratificados pelo Congresso prevalecem no ordenamento jurídico interno do país, e os direitos e deveres constitucionalmente previstos serão interpretados em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Colômbia.³⁵⁰ Além da previsão constitucional, a prioridade dos tratados de direitos humanos incorporados ao direito interno do Estado está também contemplada no novo

³⁴⁶ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 535.

³⁴⁷ Ibid., p. 511.

³⁴⁸ Ibid., p. 536.

³⁴⁹ Ibid., pp. 505-506 e 517.

³⁵⁰ "**Artículo 93** - Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (...) "

Código de Processo Penal colombiano, que, ademais, faz referência expressa ao bloco de constitucionalidade³⁵¹, o que propiciou um desenvolvimento particular do tema na Colômbia.³⁵²

O artigo 94 da Constituição também estipula que o rol de direitos e garantias contidos na Constituição e nos tratados internacionais vigentes não exclui ou nega outros direitos humanos que não figurem expressamente nos textos constitucional e dos tratados.³⁵³

Portanto, o Estado colombiano reconhece a supremacia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, estabelecendo ainda a obrigatoriedade de se realizar uma interpretação dos direitos e garantias constitucionais conforme aos tratados de direitos humanos. Assim, a Constituição Colombiana abriu espaço, da forma mais ampla possível, para o exercício do controle de convencionalidade.

O texto constitucional não confere, de forma expressa, um efeito vinculante às decisões da Corte IDH mais amplo do que o estabelecido no artigo 68 da CADH, nem atribui valor, de forma expressa, às recomendações da CIDH. No entanto, a Corte Constitucional da Colômbia firmou entendimento, com base no artigo 93 da Constituição, no sentido de que a jurisprudência da Corte IDH consiste em critério hermenêutico relevante, e, em decisão mais recente, conferiu às decisões deste tribunal força vinculante no ordenamento jurídico interno, reconhecendo-as como instrumento fundamental para o exercício do controle de convencionalidade.

A jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, antes da reforma constitucional, reconhecia o bloco de constitucionalidade.³⁵⁴ Esta Corte, em diversas decisões (C-010/00, C-406/96, T-568/99 e T-1319/01) reconheceu que a

³⁵¹ **Ley 906, de 31/08/2004 - Código de Procedimiento Penal de Colombia - "Artículo 3º- Prelación de los tratados internacionales. En la actuación prevalecerá lo establecido en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia que traten sobre derechos humanos y que prohíban su limitación durante los estados de excepción, por formar bloque de constitucionalidad."**

³⁵² CARDONA, Alejandro Aponte. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el derecho internacional humanitario: una relación problemática. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (ed.) *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional - Tomo I*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung; Calle: Temis, 2011, p. 163.

³⁵³ **"Artículo 94 - La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos"**.

³⁵⁴ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. México: UNAM, 2011.

*jurisprudência das instâncias internacionais constitui pauta relevante para a interpretação dos enunciados normativos contidos nos instrumentos internacionais que fazem parte do bloco de constitucionalidade.*³⁵⁵ Nestes julgados, a Corte Constitucional sustentou que, de acordo com o artigo 93 da Constituição colombiana, os direitos e deveres constitucionais deverão ser interpretados em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos e que, ao existir um órgão internacional encarregado de interpretá-los, sua jurisprudência consiste em importante critério hermenêutico.³⁵⁶

Na decisão C-442/2011, esta Corte fez referência expressa ao controle de convencionalidade *ex officio* das normas que compõem o ordenamento jurídico interno colombiano, destacando que a jurisprudência da Corte IDH além de consistir em pauta hermenêutica para se estabelecer os parâmetros deste controle, possui caráter vinculante, na medida em que contém a interpretação autêntica da Convenção Americana, instrumento que integra, juntamente com a Constituição do país, o denominado bloco de constitucionalidade.³⁵⁷

O tribunal supremo da Colômbia também já se pronunciou, em diversas oportunidades, aplicando o *princípio pro homine*.³⁵⁸ Ademais, a Corte Suprema colombiana, face ao *informe 5/06* da CIDH, proferido no caso *Leidy Dayán vs. Colômbia*, entendeu que, ainda que as recomendações da CIDH careçam de efeito vinculante e não possam, como as decisões da Corte, serem executadas de forma imediata, elas consistem em base jurídica para ações administrativas e judiciais que visem o seu cumprimento.³⁵⁹

³⁵⁵ ALFONSO, César. La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 70.

³⁵⁶ Ibid..

³⁵⁷ BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. In: *Direito Público: Revista Oficial do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP*. São Paulo, v. 8, n. 45, maio/junho de 2012, pp. 219-221.

³⁵⁸ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 503: cita diversas decisões da Corte Suprema da Colômbia neste sentido, de 2003 a 2011.

³⁵⁹ FILIPPINI, Leonardo; GOS, Tatiana; CAVANA, Agustín. *El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del Procurador General en el caso Carranza Latrubesse*. Texto corresponde à exposição no painel "Desafíos de los mecanismos internacionales de protección", no "Seminario de Debates" del Centro de Estudios en Derecho Penal (CEPED), Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, 11 de noviembre de 2010, pp. 9-12.

3.4.1.5 Costa Rica

O artigo 7º da Constituição Política da Costa Rica (1949), reformado em 1968, confere aos tratados e convenções internacionais autoridade superior a das leis.³⁶⁰ Não há referência na Constituição ao valor atribuído à jurisprudência do Sistema Interamericano, nem aos princípios internacionais interpretativos em matéria de direitos humanos.

Apesar de a Constituição não conferir expressamente *status* constitucional aos tratados de direitos humanos, a jurisprudência da Sala Constitucional da Corte Suprema da Costa Rica reconhece, desde o início dos anos 90, o bloco de constitucionalidade, fazendo expressa referência à supremacia dos tratados protetivos no ordenamento interno quando confirmam maior proteção aos direitos e liberdades do que a assegurada pela Constituição do país.

Com efeito, desde 1992, a Sala Constitucional da Corte Suprema da Costa Rica reconhece *que os tratados internacionais de direitos humanos são mais do que meros critérios de interpretação dos direitos fundamentais, constituindo verdadeiras regras jurídicas, plenamente exigíveis das autoridades públicas e dos particulares, e que prevalecem sobre as normas constitucionais se conferirem maior proteção ou expansão das liberdades.*³⁶¹

Acrescente-se que a Sala Constitucional, em sentença proferida em 1995, declarou que a Corte IDH é o órgão natural para interpretar a CADH, e que a força de suas decisões, seja em casos contenciosos, seja em opiniões consultivas,

Disponível em: http://www.palermo.edu/derecho/centros/pdf-ictj/caso_Carranza_Latrubesse.pdf, acesso em 14-06-2013. FAPPIANO, Oscar Luján. La ejecución de las decisiones de tribunales internacionales por parte de los órganos locales. In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, C. (comps.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 1997, p. 152.

³⁶⁰ "Artículo 7º- Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto. (reformado por ley No. 4123 de 31 de mayor de 1968)."

³⁶¹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 504 e 505.

terá o mesmo valor da norma interpretada.³⁶² Assim, para a Sala Constitucional, tanto a norma expressa da Convenção Americana quanto a jurisprudência da Corte IDH são obrigatórias para o Estado costarriquense.

Consoante Jaime Martínez Ventura³⁶³, a partir do caso *Mauricio Herrera vs. Costa Rica* (2004), verifica-se no país uma dinâmica interação entre as decisões da Corte IDH e o direito interno. Esta decisão da Corte impactou o sistema de justiça penal da Costa Rica: o Estado promulgou a lei 8.503 (*Ley de Apertura de la Casación Penal*), publicada em 2006, adequando o ordenamento jurídico penal constarriquense às determinações da Corte IDH, materializando-se o efeito vinculante das decisões deste tribunal e estendendo-as para além do caso concreto.³⁶⁴

3.4.1.6 El Salvador

A Constituição de 1983 estabelece que os tratados celebrados pelo Estado incorporam-se ao ordenamento jurídico salvadorenho, e que, havendo conflito entre uma lei e o tratado, prevalecerá o tratado.³⁶⁵ Também estabelece que os tratados não serão ratificados pelo país se entrarem em conflito com a Constituição.³⁶⁶ Não existem normas constitucionais ou legais que outorguem um alcance maior às disposições da CADH à luz da jurisprudência da Corte IDH.

Ainda se debate em El Salvador a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno. O posicionamento doutrinário e jurisprudencial majoritário rechaça o bloco de constitucionalidade,

³⁶² FALCONÍ, Ramiro J. García. Adaptación del derecho interno al derecho internacional, especialmente en lo que se refiere a leyes penales. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011, p. 293.

³⁶³ VENTURA, Jaime Martínez. Jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos y derecho penal internacional: casos de Guatemala, Costa Rica e El Salvador. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 109.

³⁶⁴ Ibid., pp. 115 e 116.

³⁶⁵ "Art. 144- Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado."

³⁶⁶ "Art. 145- No se podrán ratificar los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se haga con las reservas correspondientes. Las disposiciones del tratado sobre las cuales se hagan las reservas no son ley de la República."

considerando que a Constituição prevalece sobre toda e qualquer norma, mas vem cedendo desde a sentença proferida pela Sala Constitucional que reconheceu a inconstitucionalidade da *Lei Anti-maras* (2003).³⁶⁷

Com efeito, na decisão referida, a Sala Constitucional entendeu que a confluência entre a Constituição e o direito internacional dos direitos humanos não é de hierarquia, e sim de compatibilidade, e, que, por esta razão, o direito interno, inclusive o direito constitucional, e a jurisdição constitucional, devem abrir espaços normativos à regulação internacional dos direitos humanos.³⁶⁸

Assim, a Corte Suprema de El Salvador, através de sua Sala Constitucional, abandonou o princípio de hierarquia entre normas constitucionais e tratados protetivos.³⁶⁹ No entanto, alerta Jaime Ventura que a Sala Constitucional não adentrou na temática do possível conflito entre a Constituição e os referidos tratados.³⁷⁰

3.4.1.7 México

O México é parte na CADH desde 24-03-1981 e aceitou a competência jurisdicional da Corte em 16-12-1998.

Após várias condenações internacionais perante a Corte Interamericana em 2009 e 2010³⁷¹, o México empreendeu reforma constitucional em 2011, inserindo dois parágrafos ao seu artigo 1º, através dos quais traça parâmetros

³⁶⁷ VENTURA, Jaime Martínez. Jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos y derecho penal internacional: casos de Guatemala, Costa Rica e El Salvador. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, pp. 115 e 116.

³⁶⁸ Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Sala Constitucional. Caso Inconstitucionalidad de la ley anti maras. Sentencia 52-2003/56-2003/57/2003, de 01-03-2004, considerando 3º: *Revista Diálogo jurisprudencial*, nº 1, UNAM, México, jul-dez/2006, pp. 153-163.

³⁶⁹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 506.

³⁷⁰ VENTURA, Jaime Martínez. Jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos y derecho penal internacional: casos de Guatemala, Costa Rica e El Salvador. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, pp. 117-120.

³⁷¹ Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Caso *Fernandes Ortega y otros vs. México*, Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*: nestes quatro casos, a Corte trata do controle de convencionalidade.

claros para a interpretação e aplicação das normas internacionais de direitos humanos no país. Através do citado dispositivo, a Constituição Política dos Estados Mexicanos (1917) reconhece o bloco de constitucionalidade, formado pela Constituição e pelos tratados protetivos, e consagra o princípio *pro homine* como regra fundamental à interpretação das normas sobre direitos humanos, além dos princípios de universalidade, interdependência, indivisibilidade e progressividade dos direitos humanos.³⁷² Além disso, dispõe expressamente sobre o dever do Estado de prevenir, investigar, punir e reparar as violações aos direitos humanos, nos termos estabelecidos em lei.

A Constituição não estabelece a obrigatoriedade dos parâmetros estabelecidos pelos órgãos do Sistema Interamericano, e a Corte Suprema de Justiça do México também não trata diretamente desta questão. Este Tribunal, a partir da reforma constitucional, passou a interpretar o citado artigo 1º da Constituição, firmando entendimento a respeito do controle de convencionalidade.

Com efeito, como consequência da reforma constitucional, a Suprema Corte de Justiça, em sessão pública de 12-06-2011, posicionou-se a respeito do controle de convencionalidade, fixando as seguintes pautas ou orientações às autoridades públicas: **(i)** as sentenças condenatórias da Corte IDH, nos casos contenciosos nos quais o México figure como parte, são obrigatórias, em seus próprios termos, para o Poder Judiciário da Federação; **(ii)** as normas da CADH devem ser aplicadas de maneira direta e imediata, e os juízes deverão realizar um controle de convencionalidade *ex officio* em matéria de direitos humanos, seguindo um modelo de controle difuso de constitucionalidade; **(iii)** todas as autoridades do país, no âmbito de suas competências, deverão, ao aplicar suas

³⁷² **"Artículo 1º - En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece." *Párrafo reformado DOF 10-06-2011.***

*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia." **Párrafo adicionado DOF 10-06-2011.***

*"Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley." **Párrafo adicionado DOF 10-06-2011.***

normas, fazer a interpretação mais favorável à pessoa, buscando a proteção mais ampla.³⁷³

Além disso, a Suprema Corte mexicana passou a orientar os juízes para a *interpretação conforme os direitos humanos*³⁷⁴, a ser feita no âmbito do controle de convencionalidade, estabelecendo três passos: **(i)** os juízes devem interpretar a ordem jurídica em conformidade com os direitos humanos fixados na Constituição e nos tratados internacionais, de maneira a proporcionar às pessoas a tutela mais ampla (interpretação conforme em sentido lato); **(ii)** para os casos em que haja variadas interpretações juridicamente válidas de uma mesma norma, os juízes, partindo de uma presunção de constitucionalidade das leis, devem preferir aquela em que a lei esteja de acordo com os direitos humanos (interpretação conforme em sentido estrito); **(iii)** quando as alternativas anteriores não forem possíveis, o juiz não deverá aplicar a lei.³⁷⁵

Na prática, salienta Miguel Carbonell que a aplicação dos tratados de direitos humanos enfrenta dificuldades no México, dentre elas, o profundo desconhecimento de seu conteúdo por advogados e juízes.³⁷⁶ No entanto, com a previsão expressa no texto constitucional e o posicionamento da Corte Suprema

³⁷³ BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. In: *Dereito Público: Revista Oficial do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP*. São Paulo, v. 8, n. 45, maio/junho de 2012, pp. 222-223; ALFONSO, César. La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, pp. 529-530.

³⁷⁴ Eduardo Mac-Gregor, juiz ad-hoc da Corte IDH no *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010), onde pronunciou-se a respeito do controle de convencionalidade, explica que a *cláusula de interpretação conforme*, contemplada no artigo 1º da Constituição mexicana de 2011 e em outras Cartas Políticas latino-americanas, é uma das fórmulas mais efetivas para a harmonização entre o direito nacional e o direito internacional, sintetizando-a da seguinte forma: "*técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertados constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales) para lograr su mayor eficacia y protección*"; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 570.

³⁷⁵ BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. In: *Dereito Público: Revista Oficial do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP*. São Paulo, v. 8, n. 45, maio/junho de 2012, pp. 222-223.

³⁷⁶ CARBONELL, Miguel. *Los tratados internacionales y el sistema interamericano de derechos humanos*. Disponível em: <http://www.miguelcarbonell.com/>, acesso em 21-03-2012.

de Justiça a respeito da interpretação dos tratados de direitos humanos, fixando dever, para as autoridades públicas mexicanas, de realizar o controle de convencionalidade, estão abertos os caminhos para uma mudança no panorama estatal de cumprimento e efetivação dos direitos humanos.

3.4.1.8

Peru

O Peru é parte na CADH desde 28-07-1978 e aceitou a competência contenciosa da Corte IDH em 21-01-1981.

A 4ª disposição final e transitória da Constituição peruana de 1993 estabelece que os direitos e liberdades nela reconhecidos interpretam-se em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e com os tratados e acordos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Peru.³⁷⁷ Ademais, o artigo 33 da Carta Política peruana dispõe que o rol de direitos e garantias nela contemplados não exclui outros de natureza análoga ou que se baseiam na dignidade humana ou nos princípios de soberania do povo, do Estado democrático de direito e da forma republicana de governo.³⁷⁸

Além disso, o artigo 5º da Lei nº 28.237/2004 (*Código Procesal Constitucional de Perú*) acrescenta que os direitos constitucionalmente protegidos também devem ser interpretados em conformidade com as decisões adotadas por tribunais internacionais de direitos humanos, constituídos de acordo com tratados nos quais o Peru seja parte.³⁷⁹

Portanto, além de reconhecer os tratados de direitos humanos como fonte de interpretação das normas em matéria de direitos fundamentais, o Estado

³⁷⁷ *"Disposiciones Finales y Transitorias*

(...) Cuarta - Interpretación de los derechos fundamentales: Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú."

³⁷⁸ *"Artículo 3 - Derechos Constitucionales. Numerus Apertus: La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno."*

³⁷⁹ *"Código Procesal Constitucional - Ley nº 28237, de 28-05-2004, artículo V - Interpretación de los Derechos Constitucionales: El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte."*

peruano, mediante lei, também reconhece que a jurisprudência da Corte IDH deverá ser obrigatoriamente considerada pelas autoridades peruanas no momento de interpretar os direitos constitucionais.

Os tribunais superiores do Peru possuem um histórico conflitivo de resistência e rechaço à jurisdição internacional da Corte IDH, ocorrido durante o governo de Alberto Fujimori.³⁸⁰ Com efeito, o Conselho Supremo de Justiça Militar do Peru, em 1999, declarou inexecutável a decisão condenatória do Estado pela Corte IDH, no caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, e, no mesmo ano, a Corte Suprema de Justiça peruana também declarou inexecutável outra sentença da Corte IDH, proferida no caso *Loayza Tamayo vs. Perú*.³⁸¹ Ressalte-se que nesta última negatória, a Corte Suprema de Justiça peruana declarou que a Constituição do Peru, com a reforma de 1993, outorgava aos tratados internacionais a hierarquia de lei ordinária; que o SIDH deveria sujeitar-se ao ordenamento constitucional dos Estados signatários; e que os juízes peruanos deveriam fazer prevalecer a Constituição acima de todas as normas legais, inclusive da Convenção Americana.³⁸²

³⁸⁰ SAGÜÉS, Nestor P. Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos: experiencias en latinoamérica. *Revista Ius et Praxis*, Talca, v. 9, n.1, 2003, pp. 3 e 4; ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 481.

³⁸¹ O Estado peruano, sob o governo de Fujimori, negou cumprimento à decisão da Corte IDH no caso *Castillo Petruzzi vs. Perú*, alegando que a Corte IDH incorrera em excesso de competência ao analisar a compatibilidade das leis peruanas com a CADH, carecendo de imparcialidade e vulnerando a Constituição Política do Estado. Neste caso contencioso, a Corte IDH declarou a invalidade do processo penal instaurado contra quatro cidadãos chilenos, julgados por um tribunal "sem rosto" perante a justiça militar peruana e condenados à prisão perpétua por delitos de traição à pátria. Posteriormente, o Peru também negou cumprimento à indenização determinada pela Corte IDH no caso *Loayza Tamayo vs. Perú*. Neste caso, a Corte entendeu que a prisão da vítima, professora universitária, acusada de participação em organização terrorista, foi ilegal e arbitrária, e que seu processo, realizado perante um tribunal militar presidido por juízes "sem rosto", afrontou as garantias judiciais previstas na CADH. A Corte determinou que o Peru, além de colocar a vítima em liberdade, a indenizasse pelos danos sofridos, inclusive com sua re-incorporação às atividades docentes em instituições públicas: PELLEGRINI, Lisandro. El incumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, pp. 87-88.

³⁸² SAGÜÉS, Nestor P. Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos: experiencias en latinoamérica. *Revista Ius et Praxis*, Talca, v. 9, n.1, 2003, p. 4.

Como consequência destes pronunciamentos, o Peru aprovou em 1999, mediante lei, a retirada da competência contenciosa da Corte IDH.³⁸³ Pouco mais de um ano depois, Fujimori abandonou o governo, e o Parlamento, mediante resolução legislativa de 2001, restabeleceu para o Estado peruano a competência contenciosa da Corte IDH. Doravante, o governo aceitou os veredictos internacionais, o que marcou um novo entendimento a respeito, emitido pela Corte Constitucional do país.

Com efeito, o Tribunal Constitucional do Peru tem posição consolidada a respeito do controle de convencionalidade, entendendo: **(i)** que as sentenças da Corte IDH, em virtude da 4ª disposição final e transitória da Constituição e do artigo 5º do título preliminar do *Código Procesal Constitucional*, vinculam todo o poder público no Peru, inclusive aquelas ditadas em casos contenciosos em que o Estado peruano não configure como parte; **(ii)** que o efeito vinculante das decisões da Corte IDH não se limita à sua parte resolutiva (obrigatória apenas para o Estado condenado), alcançando também a sua fundamentação³⁸⁴; **(iii)** que a interpretação feita pela Corte IDH das disposições da CADH vinculam todos os poderes públicos internos, inclusive o Tribunal Constitucional; **(iv)** que esta vinculação deriva diretamente da Constituição e é, ao mesmo tempo, reparadora, pois otimiza a possibilidade de dar ao direito fundamental violado uma adequada e eficaz proteção, e preventiva, pois, com sua observância, são evitadas as consequências institucionais que acarretam as decisões da Corte IDH.³⁸⁵

Assim, a partir de 2006, a jurisprudência do Tribunal Constitucional do Peru a respeito do controle de convencionalidade vem se concretizando. Não

³⁸³ BELAUNDE, Domingo García; MANCHEGO, José Felix Palomino. E control de convencionalidad en el Perú. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 667-668.

³⁸⁴ FALCONÍ, Ramiro J. García. Adaptación del derecho interno al derecho internacional, especialmente en lo que se refiere a leyes penales. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011, p. 293.

³⁸⁵ Entendimento do Tribunal Constitucional do Peru, proferido nos casos *Arturo Castillo Chirinos* (2006), *John McCarter* (2006), *César Alfonso Ausín de Irruárizaga* (2006) e *Santiago Martín Rivas* (2005), sintetizado por ALFONSO, César. La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 74.

obstante, a acolhida mais ampla deste controle pelos demais juízes e tribunais é ainda incipiente, mas com potencial de expansão progressiva.³⁸⁶

3.4.1.9 Venezuela

A Venezuela é parte na CADH desde 09-08-1977 e aceitou a competência jurisdicional da Corte IDH em 24-04-1981.

A Constituição da República Bolivariana da Venezuela (1999) garante a toda pessoa o gozo e o exercício dos direitos humanos, de acordo com os princípios de progressividade e não-discriminação. Além disso, estabelece que *o respeito e a garantia dos direitos humanos são obrigatórios para todos os órgãos do poder público, em conformidade com a Constituição, com os tratados de direitos humanos subscritos e ratificados pela Venezuela e as leis que os desenvolvam.*³⁸⁷

Além disso, a Venezuela reconhece, no artigo 23 de sua Constituição, que *os tratados de direitos humanos, subscritos e ratificados pelo Estado venezuelano, têm hierarquia constitucional e prevalecerão na ordem interna quando contenham normas mais favoráveis ao gozo e exercício dos direitos humanos do que os contemplados na Constituição e nas leis, além de terem aplicação direta e imediata pelos tribunais e demais órgãos do poder público.*³⁸⁸

A Constituição também firma a obrigação do Estado venezuelano de adotar, conforme os procedimentos estabelecidos na Constituição e nas leis, as medidas necessárias para cumprir as decisões dos órgãos internacionais.³⁸⁹

³⁸⁶ BELAUNDE, Domingo García; MANCHEGO, José Felix Palomino. E control de convencionalidad en el Perú. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 682 e 683.

³⁸⁷ "Artículo 19° - El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen."

³⁸⁸ "Artículo 23° - Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público."

³⁸⁹ Artículo 31° - Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus

Portanto, a Constituição da Venezuela confere *status* constitucional aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado, reconhecendo, assim, o bloco de constitucionalidade. Reconhece, ainda, de forma expressa, os princípios que orientam o direito internacional dos direitos humanos, inclusive o princípio *pro homine*, ao afirmar a supremacia dos tratados protetivos no ordenamento jurídico venezuelano, quando contenham normas mais favoráveis em matéria de direitos humanos. Além do mais, o constituinte fixou verdadeiro compromisso com a tutela dos direitos humanos pelos poderes constituídos, prevendo expressamente a aplicação obrigatória, direta e imediata das normas convencionais protetivas por todo o poder público, inclusive pelo Poder Judiciário.

Não obstante, a República Bolivariana da Venezuela possui um histórico de desrespeito às decisões e recomendações dos órgãos do Sistema Interamericano, inclusive de negação da competência jurisdicional da Corte IDH, o que culminou, em setembro de 2013, na efetivação de renúncia formal do governo à competência internacional da Corte IDH, em conformidade com o artigo 78 da Convenção Americana.³⁹⁰

Com efeito, a abertura da Constituição venezuelana à gramática humanista não representou qualquer empecilho para o descumprimento pela Venezuela de várias sentenças da Corte IDH que condenaram o Estado por violação de direitos humanos, dentre elas, as proferidas nos casos *Apitz Barbera* (2008), *López Mendoza* (2011) e *Chocrón Chocrón* (2011), declaradas inexecutáveis pela Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela.

Ressalte-se o conteúdo da negatória referente à decisão da Corte IDH no caso *Apitz Barbera* (2008), na qual a Sala Constitucional declarou expressamente que *são as normas de direitos humanos que gozam de hierarquia constitucional no ordenamento jurídico venezuelano, e não as opiniões dos organismos*

derechos humanos. El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo."

³⁹⁰ Gobierno Bolivariano de Venezuela. Ministerio del Poder Popular para la Comunicación e la Información. *Denuncia y Salida de Venezuela de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*. Nicolás Maduro Moros; Hugo Chávez Frías. Discurso disponível em: <http://www.minci.gob.ve/2013/09/denuncia-y-salida-de-venezuela-de-la-corte-interamericana-de-los-derechos-humanos/>, acesso em 10-11-2013.

*internacionais que as interpretam, e que a Sala Constitucional é a autêntica e única intérprete de tais normas.*³⁹¹

Esta negatória reafirmou o entendimento da Sala Constitucional, no seguinte sentido: **(i)** a Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela é o órgão competente para, face as antinomias e ambigüidades entre os direitos contidos nos instrumentos internacionais e os previstos na Constituição, interpretar qual é a norma mais favorável; **(ii)** que acima do Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela não existe órgão jurisdicional algum, exceto se a Constituição estabelecer o contrário; **(iii)** que as medidas destinadas a fazer cumprir no país os deveres e obrigações em matéria de direitos humanos devem tomar como base os procedimentos constitucionais.³⁹²

Tais pronunciamentos ignoraram não somente a competência jurisdicional da Corte IDH, assumida pelo Estado desde 1981, mas também a função deste tribunal internacional de atuar como intérprete autêntica e final da CADH. Assim, verifica-se que o Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela, através de sua Sala Constitucional, assumiu claramente uma posição política que afronta a autoridade internacional da Corte IDH reconhecida na Convenção Americana. Este posicionamento evidencia também a fragilidade das instituições na Venezuela, revelando que a Corte responsável pelo controle interno de constitucionalidade e de convencionalidade das leis desrespeita, inescrupulosamente, não apenas as obrigações internacionais assumidas pelo Estado, mas também o texto expresso da Constituição do país.³⁹³

Em 2012, a Corte IDH mais uma vez proferiu decisão condenatória contra a Venezuela no caso *Díaz Peña*, que teve como desfecho a decisão do governo de denunciar e rechaçar formalmente a competência da Corte IDH.³⁹⁴

³⁹¹ PELLEGRINI, Lisandro. El incumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, pp. 88-91.

³⁹² ALFONSO, César. La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p. 77.

³⁹³ CORAO, Carlos M. Ayala. La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, Venezuela, Universidad de Talca, año 5, nº1, 2007, p. 194.

³⁹⁴ Governo Bolivariano de Venezuela. Ministerio del Poder Popular para la Comunicación e la Información. *Denuncia y Salida de Venezuela de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*. Nicolás Maduro Moros; Hugo Chávez Frías. Discurso disponível em:

3.4.1.10 Brasil

O Estado brasileiro aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 25-09-1992. Em seguida, promulgou este tratado internacional através do Decreto Presidencial nº 678, de 06-11-1992, incorporando-o, assim, ao ordenamento jurídico pátrio.³⁹⁵ Posteriormente, por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 03-12-1998, o Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da CADH.³⁹⁶

Assim, pode-se dizer que as decisões da Corte IDH, nos casos contenciosos internacionais em que o Brasil configure como parte, deverão ser obrigatoriamente cumpridas em sua integralidade. Tais sentenças têm validade de título executivo, e são de aplicação imediata. Consequentemente, em conformidade com o artigo 68.2 da CADH, caso o Brasil não cumpra de forma espontânea uma decisão da Corte IDH contra ele proferida, caberá à vítima ou ao Ministério Público Federal, com fundamento no artigo 109, inciso III, da Constituição de 1988, deflagrar ação judicial a fim de garantir o efetivo cumprimento da sentença internacional no âmbito interno.³⁹⁷

<http://www.minci.gob.ve/2013/09/denuncia-y-salida-de-venezuela-de-la-corte-interamericana-de-los-derechos-humanos/>, acesso em 10-11-2013.

³⁹⁵ No Brasil, para que os tratados internacionais sejam incorporados ao ordenamento jurídico interno, exige-se a sua aprovação pelo Congresso Nacional, através de decreto legislativo, e a sua posterior promulgação pelo Poder Executivo, também através de decreto, consoante posição consolidada pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de um sistema que, "de acordo com as teorias doutrinárias dominantes, só pode ser considerado dualista": ARAÚJO, Nádia; ANDREIULLO, Inês da Matta. A internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos. In: ARAÚJO, Nádia; BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. *Os direitos humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 110.

³⁹⁶ O Brasil declarou, no Decreto 89/1998, que o aceite da jurisdição da Corte só poderia valer a partir da data de sua promulgação. Por fim, em 08-11-2002, por meio do Decreto 4463, foi promulgada a declaração que reconheceu a competência obrigatória da Corte IDH, *de pleno direito e por prazo indeterminado, mas sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10-12-1998*. Isso significa que o procedimento internacional de responsabilização do Brasil perante a Corte pode ser deflagrado para casos ocorridos a partir de 1998 e não de 2002.

³⁹⁷ RAMOS, André de Carvalho. Tratados internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, v. 2, n. 7, ab./jun./2003, p. 95; GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*, p. 345. Ressalte-se que quando o Estado condenado não cumpre a decisão da Corte Interamericana, estará incorrendo novamente em violação da CADH, com a possibilidade de novo processo contencioso internacional, com base nos artigos 1 e 2 da CADH.

A Constituição Brasileira, em seu artigo 5º, §2º, consagra que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem os direitos decorrentes dos princípios e do regime por ela adotados e os direitos enunciados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Trata-se de uma cláusula aberta à integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional no campo dos direitos humanos, permitindo a expansão do bloco de constitucionalidade.³⁹⁸

Por outro lado, há também previsão expressa no texto constitucional de que os tratados e convenções sobre direitos humanos, aprovados pelo Estado brasileiro através de quórum qualificado de três quintos, em dois turnos, nas duas Casas do Congresso Nacional, serão equivalentes às emendas constitucionais (artigo 5º, §3º). Este dispositivo, inserido na Constituição de 1988 através da Emenda Constitucional n. 45, de 08-12-2004, parecia encerrar a discussão existente no país a respeito da hierarquia, no plano do direito interno, dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro. Discutia-se se os tratados desta natureza teriam *status* de lei ordinária federal, de norma supra-legal, de norma constitucional, ou de norma supra-constitucional no sistema jurídico brasileiro, com posições diferenciadas na doutrina e na jurisprudência.³⁹⁹ Na verdade, a referida emenda renovou o debate e impulsionou uma revisão do entendimento do STF a respeito.⁴⁰⁰

Com efeito, o STF modificou radicalmente o seu entendimento acerca do *status* dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, a partir da EC 45/2004. Este tribunal tradicionalmente entendia que os tratados de direitos humanos situavam-se nos mesmos planos de validade, eficácia e autoridade das

³⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Estudos avançados de Direitos Humanos. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 391. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1263.

³⁹⁹ Trata-se de debate inerente à proliferação de fontes normativas internacionais, nem sempre de fácil harmonização com a legislação interna dos Estados-partes, inclusive com a Constituição, e que gera impasses com relação à sua posição hierárquica no sistema jurídico interno: MARTÍNEZ, Sebastián. Las paradojas de la utilización por parte de los tribunales argentinos de la jurisprudencia de la CIDH para la justificación y limitación del encarcelamiento preventivo. In: PASTOR, Daniel R. (Director); GUZMÁN, Nicolás (Coordinator). *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, pp. 287-289.

⁴⁰⁰ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, jan./dez. 2009, p. 241.

leis ordinárias federais, estando sujeitos à suspensão de eficácia em caso de surgimento de uma lei posterior em sentido contrário.⁴⁰¹ Esta posição, com nítido viés soberanista, foi adotada nas decisões dos *Habeas Corpus* 73.044⁴⁰² e 72.131⁴⁰³, que analisavam a validade da prisão civil do depositário infiel, admitida pela Constituição brasileira de 1988 e regulamentada em lei, mas expressamente proibida pela Convenção Americana. Nos dois julgados, o STF entendeu que o artigo 7.7 da Convenção Americana, que veda a prisão do depositário infiel, deveria subordinar-se ao artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição, que prevê esta modalidade de privação de liberdade.

Esta posição foi revista no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343⁴⁰⁴, também sobre a prisão do depositário infiel. Nesta decisão, o STF, por maioria, conferiu novo patamar hierárquico aos tratados de direitos humanos, através de interpretação do artigo 5º, §3º da Constituição.⁴⁰⁵ O Supremo entendeu, por maioria de cinco votos a quatro, que os tratados internacionais de direitos humanos, não aprovados pelo Congresso Nacional pela maioria qualificada exigida pelo artigo 5º, §3º, dentre eles, a Convenção Americana e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, têm *status* de norma supra-legal no ordenamento jurídico pátrio, estando, assim, abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei infra-constitucional.⁴⁰⁶ Por sua vez, os tratados de direitos

⁴⁰¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 1.480. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, 04-09-1997. Publicado em 18-05-2001.

⁴⁰² Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC 73.044/SP. Relator Min. Mauricio Correa. Brasília, 19-03-1996. Publicado em 20-09-1996.

⁴⁰³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC 72.131/RJ. Relator Min. Moreira Alves. Brasília, 23-11-1995. Publicado em 01-08-2003. Ressalte-se que, nesta decisão, os Ministros Marco Aurélio, Francisco Resek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence votaram pela concessão do *habeas corpus*, entendendo que a Convenção Americana prevalecia sobre a Constituição. No entanto, os demais Ministros formaram maioria em sentido contrário.

⁴⁰⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343/SP. Relator Min. Cezar Peluso. Brasília, 03-12-2008. Publicado em 05-06-2009.

⁴⁰⁵ RAMOS, André de Carvalho. Op.cit., p. 244.

⁴⁰⁶ "Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do CC de 1916 e com o DL 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo CC (Lei 10.406/2002)": Brasil. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Gilmar Mendes. RE 466.343/SP. Relator Min. Cezar Peluso. Brasília, 3-12-2008. Publicado em 5-6-2009 (grifei). Esta era também a posição do ex-Ministro Sepúlveda Pertence: Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso

humanos aprovados de acordo com o quórum qualificado exigido pelo §3º do artigo 5º, inserido pela EC 45/2004, têm *status* de norma constitucional no ordenamento jurídico interno.⁴⁰⁷ Este pronunciamento repercutiu em outros julgados do STF sobre o mesmo tema, através dos quais se declarou revogada a súmula nº 619 do STF que autorizava a decretação da prisão do depositário judicial no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.

Em síntese, o STF reconheceu que todos os tratados protetivos incorporados ao sistema jurídico brasileiro ocupam uma posição prioritária na hierarquia das normas de direito interno. Consequentemente, toda lei infraconstitucional, para ser válida, deverá ser compatível não apenas com a Constituição, mas também com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro. Em outras palavras, as leis no Brasil deverão ser objeto de um controle de constitucionalidade e de convencionalidade, de maneira que seja verificada a sua conformação com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos. Assim, pode-se falar que existe no país um bloco de constitucionalidade ou de supra-legalidade, situado no patamar da pirâmide normativa, composto pelas normas constitucionais e convencionais em matéria de direitos humanos.⁴⁰⁸

Valério Mazzuoli, tendo em vista a posição do STF, identifica duas hipóteses de controle de convencionalidade, delineadas nos moldes do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade difuso e concentrado.⁴⁰⁹ A primeira

Ordinário em Habeas Corpus 79.785. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 29-03-2000. Publicado em 23-05-2003.

⁴⁰⁷ Apenas dois tratados foram aprovados no Brasil com este quórum qualificado até o momento: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo, ambos aprovados através do Decreto Legislativo nº 186, de 09-07-2008.

⁴⁰⁸ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, jan./dez. 2009, p. 249-260. No mesmo sentido: PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Estudos avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: emergência de um novo Direito Público*. São Paulo: Elsevier, 2013; GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 21-22; MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 66.

⁴⁰⁹ Trata-se de posição defendida pelo autor em sua Tese de Doutorado: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito

hipótese diz respeito aos tratados de direitos humanos aprovados mediante o quórum qualificado especificado no artigo 5º, §3º, da Constituição. Estes tratados passam a servir como instrumento para o *controle concentrado de convencionalidade perante o STF*, que, de forma análoga ao sistema de controle de constitucionalidade, exige como fonte uma norma com *status* constitucional. Assim, neste caso, podem ser utilizadas a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADECON) e a ação por descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Nesta mesma hipótese, também é possível o *controle difuso de convencionalidade*, exercido, independentemente de provocação, por qualquer juiz ou tribunal, inclusive o STF. A segunda hipótese diz respeito aos tratados de direitos humanos que não foram internalizados por maioria qualificada, que passam a servir como meio de *controle de convencionalidade difuso* perante qualquer juiz ou tribunal, inclusive *ex officio*.

Importante destacar que, na decisão do RE 466.343/SP, a posição vencida, capitaneada pelo Ministro Celso de Mello, sustentou a hierarquia constitucional de todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, ainda que não aprovados de acordo com o quórum exigido pelo §3º do artigo 5º da Constituição. Em seu voto, Celso de Mello declarou que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil compõem o bloco de constitucionalidade; que compete ao STF o desafio de extrair destes tratados e das proclamações constitucionais de direitos a sua máxima eficácia; e que compete aos órgãos do Poder Público, notadamente ao Judiciário, o dever de respeitar e promover os direitos previstos na Constituição e nas declarações internacionais, de maneira a "permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana".⁴¹⁰ Neste voto emblemático, o Ministro Celso de Mello seguiu a tendência do direito constitucional comparado e endossou a posição defendida por grande parte dos internacionalistas brasileiros.

interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes. Tese de Doutorado. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008, pp. 201-241. No mesmo sentido, entende MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1265.

Com efeito, há tempos consolidou-se na doutrina brasileira posição que entende que todos os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm hierarquia constitucional, independentemente de sua aprovação mediante o quórum especificado no artigo 5º, §3º. Antes mesmo da EC 45/2004, grande parte dos doutrinadores já entendia que a Constituição, por força do artigo 5º, §§1º e 2º, incorporou automaticamente os direitos e garantias contemplados nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, e criticava a posição soberanista conservadora do STF, que assinalava a tais tratados a hierarquia de lei ordinária. Assim, para a doutrina majoritária⁴¹¹, todos os tratados de direitos humanos no Brasil têm hierarquia de norma materialmente constitucional na ordem jurídica interna, em virtude do disposto no artigo 5º, §2º, da Constituição.⁴¹² Assim, o entendimento doutrinário dominante é de que a Convenção Americana tem *status* constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, e que o elenco de direitos e garantias nela previstos foram incorporados ao rol de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.⁴¹³

Cumpram também destacar outro voto do Ministro Celso de Mello, em decisão no *Habeas Corpus* 91.361⁴¹⁴ que mais uma vez afastou a prisão do depositário infiel por força do artigo 7.7 da CADH, onde o magistrado assumiu posição de vanguarda no STF, direcionando a atividade do juiz para a mais ampla tutela dos direitos humanos. Nesta decisão, Celso de Mello entendeu que deveria ser aplicado o artigo 7.7 combinado com artigo 29, ambos da Convenção Americana, em razão de tratar-se de "um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano". Nesta decisão, o Ministro asseverou que o Poder Judiciário, em sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito

⁴¹¹ Neste sentido: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, pp.72-73 e 89; LAFER, Celso. *A internalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005, pp. 16-18; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional e nacional. In: *Direito e Democracia: Revista do Centro de Ciências Jurídicas*, Canoas, vol. 1, nº 1, 1º semestre de 2000, p. 43; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 764; BASTOS, Celso; MARTINS, Yves Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988-1999.

⁴¹² Artigo 5º, §2º: "os direitos e garantias previstos na 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".

⁴¹³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional e nacional. In: *Direito e Democracia: Revista do Centro de Ciências Jurídicas*, Canoas, vol. 1, nº 1, 1º semestre de 2000, p. 43.

⁴¹⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC 91.361- Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, publicado em 06-02-2009.

dos tratados internacionais de direitos humanos, deve observar o princípio hermenêutico *pro homine*, proclamado no artigo 29 da Convenção Americana, destacando que, neste processo hermenêutico, o juiz deverá

"extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs."⁴¹⁵

Consoante Mazzuoli, o princípio internacional *pro homine*, no direito brasileiro, compõe-se de dois outros princípios, consagrados na Constituição de 1988: o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) e o da prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, II).⁴¹⁶ O primeiro deles foi alçado pela Constituição a fundamento da República Federativa do Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito. Trata-se de um valor fundamental inerente às democracias constitucionais, que funciona, ao mesmo tempo, como justificação moral e como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais.⁴¹⁷ Além de ser fonte de direitos, a dignidade da pessoa humana é também um princípio interpretativo, que direciona a definição do sentido dos direitos constitucionais e que funciona como orientação na busca da melhor solução para casos difíceis e ambíguos.⁴¹⁸ Por sua vez, o princípio da prevalência dos direitos humanos é um critério hermenêutico para a solução de aparentes antinomias entre a ordem internacional e a ordem interna, que confere primazia à norma mais protetiva. Assim, consoante o autor, pode-se concluir, da junção de ambos os princípios constitucionais, que o princípio internacional *pro homine* possui respaldo constitucional para ser

⁴¹⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC 91.361- Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-9-2008, Segunda Turma, publicado em 06-02-2009.

⁴¹⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 28.

⁴¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. "Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito comparado e no discurso transnacional. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Estudos avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: emergência de um novo Direito Público*. São Paulo: Elsevier, 2013, pp. 432 e 433.

⁴¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. "Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito comparado e no discurso transnacional. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Estudos avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: emergência de um novo Direito Público*. São Paulo: Elsevier, 2013, p. 434.

aplicado no Brasil em caso de conflito entre normas convencionais e constitucionais.⁴¹⁹

Assim, a doutrina brasileira avançou intensamente no debate sobre a força normativa dos direitos humanos no Brasil e sobre o dever estatal de realização do controle de convencionalidade das leis, influenciando, inclusive, o entendimento do STF a respeito. Não obstante, ainda que o Supremo tenha reconhecido um *status* privilegiado aos tratados de direitos humanos na ordem normativa, o controle de convencionalidade neste Corte Constitucional ainda ocorre de maneira bastante incipiente, e muitas vezes de maneira apenas retórica, através de precária referência às normas convencionais, sem discussão sobre seu conteúdo. São poucos os casos em que há efetivo exercício do controle de convencionalidade das leis no STF: além das decisões citadas referentes à prisão do depositário infiel, onde se declarou inaplicável a legislação infra-constitucional em conflito com o artigo 7.7 da CADH, destaca-se a decisão proferida no Recurso Extraordinário 511.961-SP⁴²⁰, onde se decidiu, por maioria, a não-recepção do artigo 4º, inciso V, do Decreto-lei nº 972/1969, que estabelecia a exigência do diploma de jornalismo e de registro profissional no Ministério do Trabalho como condições para o exercício da profissão de jornalista. O STF entendeu que esta limitação consistia em ofensa ao direito à livre manifestação do pensamento, prevista no artigo 13 da CADH.

Ressalte-se que o STF, como Corte Constitucional, deverá desempenhar importante papel no controle de convencionalidade das leis e atos estatais no Brasil, inclusive para orientar a atuação dos demais juízes e tribunais. Conforme destaca André de Carvalho Ramos⁴²¹, o Supremo Tribunal Federal deve exercitar um "controle de convencionalidade aplicado", que não se resuma às meras citações do texto da CADH ou de outro tratado de direitos humanos, mas que utilize a interpretação que deles realiza o Sistema Interamericano, com destaque para a jurisprudência da Corte IDH.

⁴¹⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 29-31.

⁴²⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 511.961-SP. Relator Min. Gilmar Mendes. Pleno. Julgamento em 17-06-2009. Publicado em 13-11-2009.

⁴²¹ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, jan./dez. 2009, pp. 245-246.

Não obstante, o STF não possui a cultura de pautar sua jurisprudência nos *standards* do Sistema Interamericano. São raras as decisões embasadas na interpretação que a Corte faz dos dispositivos da CADH, e ainda mais escassas as referências aos parâmetros estabelecidos pela CIDH. Em geral, os Ministros do STF fundamentam suas decisões no direito e na jurisprudência de países norte-americanos e europeus e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, sendo excepcionais as referências ao direito e à jurisprudência interamericana e de países latino-americanos.⁴²²

O precário exercício do controle de convencionalidade pela Suprema Corte brasileira repercute intensamente no funcionamento do Judiciário, onde esta modalidade de controle é praticamente inexistente, e, conseqüentemente, na atuação de todos os atores jurídicos. Os juízes e tribunais brasileiros pouco fundamentam suas decisões na Convenção Americana e na jurisprudência do Sistema Interamericano, e, quando o fazem, não exercitam verdadeiramente o controle de convencionalidade das leis infra-constitucionais.⁴²³ Esta é uma realidade que também atinge outros países latino-americanos.⁴²⁴ No Brasil, isso se deve, em grande parte, pelo desconhecimento ou pouca familiaridade dos magistrados e demais operadores do direito com os mecanismos, instrumentos e decisões do Sistema Interamericano e pela resistência em incorporar o direito

⁴²² Conforme verificado em pesquisa, feita em 2009, sobre a referência pelo STF ao direito comparado e à jurisprudência de tribunais estrangeiros e internacionais, identificou-se 80 referências à jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, 58 alusões à jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha e apenas 2 que citavam a jurisprudência da Corte IDH: SILVA, Virgílio Afonso da. *Integração e diálogo constitucional na América do Sul*. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 530.

⁴²³ APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 186.

⁴²⁴ Conforme observa Sebastián Martínez, a Argentina, que mostra uma permeabilidade maior à jurisprudência da Corte IDH e à fundamentação judicial nos instrumentos internacionais de direitos humanos, inclusive um aprofundamento doutrinário do tema, não apresenta grandes avanços na incorporação pela jurisprudência nacional dos parâmetros da Corte IDH em matéria de prisão preventiva: "al apreciar en retrospectiva la experiencia de más de dos décadas, puede decirse que la llamada 'jurisprudencia internacional' no ha determinado por sí sola en nuestra jurisprudencia grandes avances en lo atinente de encarcelamiento preventivo, sino que se ha comportado como un recurso argumentativo más al cual los tribunales locales echaron mano para fundar las decisiones más dispares. Debo ser claro a respecto: cuando digo que 'no han importado grandes avances' me refiero a que los criterios del tribunal interamericano no han logrado universalizarse en nuestro medio": MARTÍNEZ, Sebastián. Las paradojas de la utilización por parte de los tribunales argentinos de la jurisprudencia de la CIDH para la justificación y limitación del encarcelamiento preventivo. In: PASTOR, Daniel R. (Director) ; GUZMÁN, Nicolás (Coordinator). *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009, p. 316.

internacional dos direitos humanos às suas práticas.⁴²⁵ Assim, aliada à política encarceradora, viceja no Brasil uma cultura do desconhecimento dos standards do sistema interamericano, o que agrava o problema apontado.

Esta realidade de desconhecimento e descumprimento do direito internacional dos direitos humanos tem fundamentalmente raízes políticas. A Convenção Americana foi ratificada pelo Estado brasileiro no auge da ditadura militar, como uma retórica fachada de respeito aos direitos humanos, ou seja, com o objetivo ilusório de legitimar o regime de exceção.⁴²⁶ Após a promulgação da Constituição de 1988 e antes de 1992, a CADH ainda não era formalmente considerada no país, tanto pelos tribunais quanto pela academia. Em 1992, a CADH é incorporada ao ordenamento jurídico interno, quando passa a fazer parte da discussão dos acadêmicos brasileiros e começa a ser invocada nos tribunais; e somente em 1998, é reconhecida a competência jurisdicional da Corte IDH. No entanto, o histórico de mais de vinte anos de violência institucional retardaram e comprometeram o regime democrático e a proteção dos direitos humanos no Brasil, bem como a educação e formação em direitos humanos dos profissionais do direito. As sistemáticas violações de direitos e garantias presentes no sistema penal e penitenciário são exemplos atuais da redução dos direitos humanos a mero discurso político e do quanto as práticas autoritárias ainda remanescem no Estado brasileiro.

O desconhecimento sobre o direito internacional dos direitos humanos, assim como o reduzido grau de exercício do controle de convencionalidade no Brasil também se reflete na participação ou ativismo jurídico do Brasil no Sistema Interamericano, que não atinge o patamar de atuação de outros Estados latino-americanos, mas vem se expandindo. As organizações da sociedade civil no Brasil, provavelmente em razão da demora do Estado em aderir ao Sistema

⁴²⁵ Sobre o tema, José Ricardo Cunha, em pesquisa desenvolvida no Rio de Janeiro, mostra o déficit de conhecimento, educação e interesse em direitos humanos dos magistrados do Tribunal de Justiça da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. O pesquisador verificou que 84% dos juízes entrevistados não teve qualquer formação em direitos humanos; 40% nunca estudou nada relativo a direitos humanos; 93% jamais se envolveu com qualquer tipo de serviço público ou social. Com relação aos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, 59% declararam ter conhecimento apenas superficial dos sistemas internacionais da ONU e da OEA; 20% declararam que não tinham qualquer conhecimento a respeito destes mecanismos; e 13% admitiu conhecer as decisões das cortes internacionais: CUNHA, José Ricardo. *Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade*. Rio de Janeiro: FGV, 2011, pp. 27-40.

⁴²⁶ CHOUKR, Fausi Hassan. A influência da Convenção Americana de Direitos Humanos no processo penal brasileiro. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, v. 1, n. 4, jul./set. 2002, p. 112.

Interamericano de forma plena, foram inicialmente refratárias em acessar o sistema de peticionamento perante a CIDH, mas, aos poucos, mediante o esforço de algumas ONGs nacionais e internacionais, a representatividade do Brasil cresceu.⁴²⁷

O Estado brasileiro, em comparação com outros Estados latino-americanos, tem também um baixo grau de representatividade na Corte Interamericana. Até o presente momento, foram decididos cinco casos contenciosos contra o Brasil perante este Tribunal Internacional⁴²⁸, que tiveram impacto relevante no âmbito interno, sobretudo os casos *Ximenes Lopes* (2006)⁴²⁹ e *Gomes Lund e outros - "Guerrilha do Araguaia"* (2010)⁴³⁰. Outro

⁴²⁷ BERNARDES, Márcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação das decisões internacionais. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, v. 8, n.15, dez. 2011, pp. 141-142. No mesmo sentido: SANTOS, Cecília Macdowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, n. 7, ano 4, 2007, p. 37.

⁴²⁸ São eles: *Nogueira de Carvalho e outro vs. Brasil* (2006), *Ximenes Lopes vs. Brasil* (2006), *Escher e outros vs. Brasil* (2009), *Garibaldi vs. Brasil* (2009), e *Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil* (2010).

⁴²⁹ O caso *Damião Ximenes Lopes* - primeiro caso admitido e julgado pela Corte IDH, e do qual resultou a primeira condenação contra o Brasil - é emblemático para o Estado brasileiro. Neste caso, a Corte Interamericana reconheceu a responsabilidade do Brasil pela violação dos direitos à integridade pessoal, à vida, à proteção judicial e às garantias judiciais, em prejuízo do sr. Damião Ximenes Lopes, que fora mantido hospitalizado em clínica psiquiátrica municipal do Ceará em condições desumanas e degradantes e faleceu em decorrência destes maltratos. Aspecto importante da decisão, reconhecido pela Corte, foi a morosidade da Justiça brasileira, tanto no processo cível quanto no processo criminal, entendida como violação do direito de acesso à justiça (não havia sentença de primeiro grau depois de seis anos do início da ação penal, o que foi considerado como violação do direito à duração razoável do processo). Ressalte-se ainda que o Brasil cumpriu quase que integralmente as recomendações determinadas pela Corte IDH. A repercussão do caso no Brasil foi positiva, não somente para os familiares do sr. Damião Ximenes, que receberam a indenização pelos danos materiais e morais sofridos, mas também no plano do direito interno e da política de saúde mental brasileira, ensejando a aprovação da Lei n. 10.216, de 06-04-2001, que se encontrava em tramitação no Congresso Nacional há doze anos: ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, n. 15, dez. 2011, pp. 103-110.

⁴³⁰ O caso *Gomes Lund* discutiu a responsabilidade do Estado brasileiro pela prisão arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, dentre membros do Partido Comunista e camponeses, como resultado de operações do Exército brasileiro, realizadas entre 1972 e 1975, com o objetivo de erradicar a "Guerrilha do Araguaia", movimento de oposição ao governo militar ditatorial do Brasil (1964-1985). A Corte IDH entendeu, neste caso: (i) *que as disposições da Lei de Anistia brasileira que vedam a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem representar obstáculo para a investigação dos fatos relativos ao caso*, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e não podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na CADH ocorridos no Brasil; (ii) *que o Estado brasileiro é responsável pelo desaparecimento forçado e pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da CADH, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento, em prejuízo das pessoas indicadas na sentença*; (iii) *que o Brasil descumpriu a obrigação de adequar*

pronunciamento importante, com destacado impacto no direito brasileiro e nos tribunais, foi o emitido pela CIDH no caso *Maria da Penha*⁴³¹, que reconheceu a tolerância estatal para com atos de violência doméstica contra a mulher no Brasil, com expressa citação à falta de efetividade da ação policial e judicial a respeito. A CIDH recomendou ao Estado providências neste sentido, que culminaram, em 2006, com a promulgação da lei contra a violência doméstica e familiar contra a mulher, também conhecida como Lei Maria da Penha (lei 11.340/2006).

Não existem casos contenciosos contra o Brasil decididos pela Corte IDH que digam respeito especificamente a violações de direitos humanos de pessoas submetidas à investigação ou a processo criminal. É relevante considerar que o impacto dos tratados de direitos humanos nos Estados americanos e a mudança no entendimento jurisprudencial interno ocorrem, em geral, depois de algum pronunciamento concreto dos órgãos do Sistema Interamericano que coloque claramente em pauta a responsabilidade internacional do Estado que insista em sua violação.⁴³² Ressalte-se, no entanto, as várias medidas cautelares⁴³³ e

seu direito interno à CADH, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos; (iii) que o Estado brasileiro é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da CADH, em relação aos artigos 1.1 e 2, pela falta de investigação dos fatos do presente caso e pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas e da pessoa executada; (iv) que o Brasil é responsável pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no artigo 13 da CADH, em relação com os artigos 1.1, 8.1 e 25 desse instrumento, pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido; (v) que o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais estabelecidos no artigo 8.1 da CADH em relação com os artigos 1.1 e 13.1, por exceder o prazo razoável da Ação Ordinária em prejuízo dos familiares das vítimas; (vi) que o Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 da CADH, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo instrumento, em prejuízo dos familiares das vítimas: Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. *Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*.

⁴³¹ CIDH. *Relatório nº 54/01*. Caso nº 12.051 (Maria da Penha Maia Fernandes).

⁴³² Conforme observa com propriedade PASTOR, Daniel R. El llamado "impacto" de los tratados de derechos humanos en el derecho interno con especial referencia al derecho procesal penal. In: PASTOR, Daniel R. *Tensiones: ¿derechos fundamentales o persecución penal sin límites?* Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, pp. 100-101.

⁴³³ Medidas cautelares outorgadas pela CIDH em favor das pessoas privadas de liberdade no sistema penitenciário brasileiro: MC 367/13- *Personas privadas de libertad en el Complejo Penitenciário de Pedrinhas - Maranhão*; MC 8/13 - *Personas privadas de libertad en el presidio central de Porto Alegre*; MC 199/11 - *Personas privadas de libertad en la Prisión Profesor Aníbal Bruno*; MC 114/10 - *Personas privadas de libertad en el Departamento de la Policía Judicial (DPJ) de Vila Velha*; MC 224/09 - *Adolescentes privados de libertad en la Unidad de Internación Socioeducativa (UNIS)*; MC 236/08 - *Personas Privadas de Libertad en la penitenciaría Polinter-Neves*; MC 63/07 - *Adolescentes na Cadeia Pública de Guarujá*; MC 14/06 - *Criança e do Adolescente do Distrito Federal-CEDECA-DF*; MC 130/06 - *Personas detenidas en la Delegación 76 de Policía*; MC 172/05 - *Internos de la Comisaría de POLINTER en Río de Janeiro*; MC

provisórias⁴³⁴ determinadas, respectivamente, pela CIDH pela Corte IDH, contra o Brasil, envolvendo o sistema penitenciário, com denúncias de tortura e mortes violentas de presos, inclusive presos provisórios, praticadas por agentes do Estado e outros detentos; de custódia de presos em situação de insalubridade, exposição a doenças contagiosas, sem assistência médica adequada e submetidos à superlotação, sem qualquer separação por categorias. Nestes casos, foi solicitada ao Estado brasileiro a adoção de medidas necessárias para proteger a vida, a integridade pessoal, a saúde e a segurança dos custodiados, bem como a separação entre presos provisórios e condenados e medidas destinadas a conter a população prisional de acordo com os parâmetros internacionais.⁴³⁵

Destaque-se ainda que uma parte considerável das recomendações determinadas pelos órgãos do Sistema Interamericano em casos contenciosos e medidas acautelatórias proferidas contra o Brasil refere-se a atos de competência de órgãos estatais responsáveis pela segurança pública e pelo sistema penal, que exercem funções essenciais à justiça. Estas recomendações relacionam-se ao dever de diligência estatal, seja para prevenir, investigar, processar e punir atos de violação aos direitos humanos, seja para garantir os direitos humanos de presos em custódia estatal, conforme observado nas medidas acautelatórias outorgadas contra o Brasil.

852/04 - *Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” de FEBEM*; MC 6/02 - *Internos de la Cárcel de Urso Branco*; MC 322/02 - *Rony Clay Chaves, Rubens Leoncio Pereira, Marcos Massari y Gilmar Leite Siquiera*; MC 127/00 - *Detenidos en la Cárcel Pública de Sorocaba*: as decisões das CIDH estão disponíveis em <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>, último acesso em 10-01-2014.

⁴³⁴ Medidas provisórias determinadas pela Corte IDH ao Brasil, em favor de pessoas privadas de liberdade: *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil*, Resoluciones de la Corte: 25 de febrero de 2011, 11 de septiembre de 2011 e 26 de julio de 2011. *Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto de Brasil*, Resoluciones de la Corte: 25 de agosto de 2011, 26 de julio de 2011, 25 de noviembre de 2009, 25 de noviembre de 2009, 17 de agosto de 2009, 2 de mayo de 2009, 21 de septiembre de 2005, 7 de julio de 2004, 22 de abril de 2004, 29 de agosto de 2002, e 18 de junio de 2002. *Asunto de las personas privadas de libertad de la penitenciaría “Dr. Sebastião Martins Silveira” en Araraquara, São Paulo respecto de Brasil*, Resoluciones de la Corte: 25 de noviembre de 2008, 10 de junio de 2008, 30 de septiembre de 2006, 28 de julio de 2006. *Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo da FEBEM” respecto de Brasil*, Resoluciones de la Corte: 25 de noviembre de 2008, 10 de junio de 2008, 3 de julio de 2007, 4 de julio de 2006, 30 de noviembre de 2005, 17 de noviembre de 2005: disponíveis em <http://www.corteidh.or.cr/medidas.cfm>, acesso em 10-02-2013.

⁴³⁵ Tais medidas acautelatórias serão objeto de análise detalhada no capítulo 5, que trata dos impactos da prisão provisória, com ênfase nas violações de direitos humanos contra as pessoas privadas de liberdade no Brasil.

3.4.2 Análise comparativa

Da análise, ainda que breve, do controle de convencionalidade em algumas Cortes Constitucionais e Tribunais Superiores da América Latina, verificou-se que a abertura constitucional aos tratados de direitos humanos e aos princípios que orientam o direito internacional é um ponto de partida relevante para a maior permeabilidade jurisdicional ao controle de convencionalidade. No entanto, observou-se também que o efetivo exercício do controle de convencionalidade não depende apenas da gramática constitucional, mas também da tradição humanista do Estado e de sua Corte Constitucional.

Primeiramente, foi possível verificar que todos os Estados analisados conferem um *status* privilegiado aos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico. Não obstante, é possível dividir tais Estados em três categorias, de acordo com o grau ou intensidade do reconhecimento deste *status* prioritário atribuído aos tratados protetivos, bem como da maior ou menor abertura constitucional aos princípios que orientam o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A primeira categoria é a aquela na qual se inserem os Estados da Colômbia e da Bolívia, cujas Constituições reconhecem a supremacia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico do país, com prevalência, inclusive, sobre as normas constitucionais. Em ambos os Estados, o reconhecimento desta supremacia está aliado à previsão expressa de interpretação dos direitos e garantias constitucionais conforme aos tratados de direitos humanos. Assim, as Constituições da Colômbia (com a reforma em 1997) e da Bolívia (2009) caracterizam-se por uma ampla abertura ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e ao controle estatal de convencionalidade. Dentre os dois Estados, a Colômbia é a que possui maior abertura ao controle de convencionalidade, prevendo, inclusive, em seu Código de Processo Penal, a prioridade dos tratados de direitos humanos. Esta permeabilidade reflete-se nas decisões das Cortes Constitucionais de ambos os países, onde o controle de convencionalidade é realizado tendo como pauta a jurisprudência da Corte IDH, considerada vinculante para a jurisdição interna. A Corte Constitucional da Colômbia é mais permeável à doutrina do controle de convencionalidade

elaborada pela Corte IDH, pois admite o controle de convencionalidade de ofício e o valor hermenêutico das recomendações da CIDH. Isto provavelmente é resultado de uma tradição constitucional de respeito aos direitos humanos mais aprofundada do que a apresentada pela Bolívia, cuja abertura constitucional à gramática dos direitos humanos ainda é muito recente.

Também entende-se que a Constituição peruana (1993) pode ser inserida neste primeiro grupo: apesar de não tratar expressamente da supremacia dos tratados de direitos humanos, esta Constituição estabelece que os direitos constitucionais deverão ser interpretados em conformidade com tais tratados. Ressalte-se que, dentre os Estados estudados, o Peru é o único que prevê em lei, promulgada em 2004, a obrigatoriedade de interpretação dos direitos constitucionais de acordo com as decisões dos tribunais internacionais, previsão que causou um impacto positivo na Corte Constitucional do país.

Na segunda categoria inserem-se os Estados cujas Constituições atribuem hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, de forma expressa ou implícita. Assim, as Constituições de Argentina (reformada em 1994) e Venezuela (1993) atribuem expressamente *status* constitucional aos tratados de direitos humanos, abrindo espaço para o controle estatal de convencionalidade.

Ressalte-se que a Constituição da Venezuela é uma das mais avançadas do Continente Americano em matéria de direitos humanos. Pode-se dizer, inclusive, que a Constituição venezuelana equipara-se, quanto à abertura aos tratados de direitos humanos, às Constituições da Colômbia, da Bolívia, e do México, pois igualmente confere prevalência aos tratados protetivos quando estes contenham normas mais favoráveis do que a Constituição, e reconhece expressamente os princípios que orientam o direito internacional, ao contrário de outras Constituições promulgadas ou reformadas nos final dos anos oitenta ou início dos noventa do século passado, que nada estabelecem a respeito. Não obstante esta posição de vanguarda, há verdadeiro descompasso entre o teor da Constituição da Venezuela e a interpretação e aplicação que dela realiza a Sala Constitucional do Tribunal Supremo do país, que desrespeita categoricamente a Convenção Americana e nega a competência jurisdicional da Corte IDH.

Por outro lado, a Argentina, ainda que não contenha normas constitucionais mais abrangentes sobre a matéria, possui farta jurisprudência sobre

o controle de convencionalidade em sua Corte Suprema e avança para o reconhecimento integral da doutrina do controle de convencionalidade traçada pela Corte IDH.

Já as Constituições do Chile (reformada em 1989) e do México (2011), ainda que não tratem especificamente da hierarquia dos tratados protetivos, reconhecem a supremacia dos direitos humanos previstos nas normas constitucionais e nos tratados, inserindo-os no chamado bloco de constitucionalidade. Entende-se, portanto, que ambas reconheceram implicitamente um patamar constitucional aos tratados protetivos. Destaque-se que a Constituição mexicana, recentemente promulgada, além de possuir cláusula de interpretação conforme aos direitos humanos, reconhece, de forma ampla, os princípios que orientam o direito internacional. A Corte Constitucional mexicana, seguindo a orientação constitucional sobre a matéria, traça diretivas claras para o exercício difuso do controle de convencionalidade pelos juízes, mas não aponta de forma explícita a vinculação à interpretação realizada pela Corte e pela CIDH. Já a Corte Constitucional chilena não possui uma tradição em acompanhar a jurisprudência da Corte, mas reconhece em suas decisões o princípio internacional *pro homine*.

As Constituições de Costa Rica (reformada em 1968) e El Salvador (1963) inserem-se num terceiro grupo, que reconhece expressamente aos tratados de direitos humanos a autoridade de norma supra-legal. Mas, enquanto a Constituição de El Salvador dispõe que o tratado não poderá prevalecer sobre a Constituição do país, a Carta Política da Costa Rica nada dispõe a respeito. A Sala Constitucional da Corte Suprema da Costa Rica avançou no tratamento da questão, suprimindo a lacuna constitucional, através do reconhecimento da prevalência dos tratados de direitos humanos quando contenham normas mais protetivas do que a Constituição, e reconhecendo a força vinculante da jurisprudência da Corte IDH. De outra banda, em El Salvador, o *status* dos tratados de direitos humanos ainda é objeto de debate, ao mesmo tempo em que o controle de convencionalidade é incipiente na Corte Constitucional do país.

Por fim, cabe analisar o caso brasileiro, de forma comparada com os demais Estados estudados. A Constituição brasileira, reformada em 2004, confere, de forma expressa, hierarquia constitucional a determinados tratados de direitos humanos aprovados mediante quórum qualificado. Por outro lado, a Constituição

também abre espaço para o reconhecimento de autoridade constitucional a todos os demais tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, mas este entendimento, sustentado pela doutrina, não foi recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal, que atribui o *status* de norma supra-legal aos tratados não-aprovados mediante o quórum supra-citado. Assim, o Brasil ocupa uma posição ou categoria híbrida, que não se insere na classificação acima mencionada.

De qualquer forma, o reconhecimento de *status* constitucional ou supra-legal aos tratados de direitos humanos tem o condão de alçar tais diplomas a um lugar prioritário no ordenamento jurídico brasileiro, aos quais todas as leis infra-constitucionais deverão conformar-se. Assim, este posicionamento do STF, a princípio, não deveria impedir ou limitar o exercício do controle de convencionalidade por esta Corte Constitucional, assim como não configurou impeditivo para a expansão deste controle pela Sala Constitucional do Tribunal Supremo da Costa Rica. Em verdade, o não reconhecimento de dignidade constitucional a todos os tratados de direitos humanos no Brasil está atrelado a uma visão pouco aberta aos influxos do Sistema Interamericano, como se verifica através do ainda rudimentar e precário controle de convencionalidade realizado pelo STF. Neste sentido, entende-se que a situação brasileira aproxima-se do caso de El Salvador.

Acrescente-se que a Constituição brasileira não especifica os princípios que regem o direito internacional dos direitos humanos nos moldes das avançadas Constituições do México e da Venezuela, mas contempla o princípio de prevalência dos direitos humanos, que deveria orientar o controle de convencionalidade no STF. Ademais, a Constituição brasileira não contempla cláusula expressa de interpretação conforme aos direitos humanos.⁴³⁶ Entende-se que a previsão constitucional desta cláusula consiste na forma mais efetiva para estimular o controle jurisdicional de convencionalidade pelos Estados, a exemplo do que ocorreu na Bolívia, na Colômbia, no México, e no Peru. Esta cláusula é, inclusive, mais adequada ao novo paradigma jurídico a ser adotado em matéria de direitos humanos, que não mais se atém a regras hierárquicas e sim à prevalência do conteúdo material dos direitos humanos.

⁴³⁶ Importante observar que o PLS 156/09 (Projeto de reforma total do Código de Processo Penal brasileiro) faz expressa referência à interpretação das normas processuais penais em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos, o que representará um grande avanço para o controle de convencionalidade no Brasil, se aprovado.

Por fim, o estudo realizado permite inferir, com ainda maior clareza, que a Corte Constitucional brasileira reconhece e exerce, de forma precária, o controle de convencionalidade, se comparado com Estados como Colômbia, Costa Rica, Argentina e México.

3.5

Considerações finais e conclusões parciais do capítulo

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos nasceu, paradoxalmente, num ambiente autoritário, sob predomínio de governos ditatoriais, que não apresentavam condição para uma associação direta entre democracia, Estado de direito e direitos humanos.⁴³⁷ Com efeito, no ano em que a Convenção Americana entrou em vigor (1978), muitos Estados da América do Sul e Central eram regidos por regimes ditatoriais, e os direitos humanos eram tradicionalmente entendidos como uma agenda contra o Estado. Atualmente, o cenário na região evidencia que a quase totalidade dos Estados possui governos eleitos democraticamente, mas que ainda apresentam enraizadas práticas de violações de direitos humanos, acentuadas por um profundo grau de exclusão e desigualdade social. Assim, a região avança no processo de consolidação democrática, mas ainda convive com a violência institucional, a baixa densidade dos Estados de direito e uma precária cultura de respeito aos direitos humanos, herança dos regimes autoritários anteriores.⁴³⁸ Neste cenário de democracias e instituições débeis e contínuas violações de direitos humanos, o Sistema Interamericano legitima-se como um importante catalizador de transformação da conduta dos Estados.⁴³⁹

⁴³⁷ Assim, a origem do Sistema Interamericano é profundamente diversa da fundação do Sistema Europeu, que surgiu como consequência de um processo de integração europeia: PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Estudos avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: emergência de um novo Direito Público*. São Paulo: Elsevier, 2013, p. 396.

⁴³⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Estudos avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: emergência de um novo Direito Público*. São Paulo: Elsevier, 2013, p. 396.

⁴³⁹ Os órgãos do Sistema Interamericano têm dado resposta a milhares de petições de vítimas e têm fixado parâmetros que orientaram reformas jurídicas e políticas na região. No entanto, o grau de efetividade das decisões da CIDH e da Corte IDH nos Estados americanos ainda é muito aquém do esperado: BASCH, Fernando; FILIPPINI, Leonardo; LAYA, Ana; NINO, Mariano; ROSSI, Felicitas; SCHREIBER, Bárbara. A eficácia do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: uma abordagem quantitativa sobre seu funcionamento e sobre o cumprimento de suas opiniões. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, v.7, n. 12, jun. 2010, p. 9.

Conforme explica Márcia Nina Bernardes⁴⁴⁰, o Sistema Interamericano tem a capacidade de assentar as bases institucionais necessárias para a construção de uma esfera pública transnacional, que facilite a tematização de assuntos que não encontram espaço na agenda política dos Estados, como as demandas de grupos sociais invisibilizados, permitindo a sua inserção posterior na pauta política interna, abrindo os canais de ampliação da democracia e de empoderamento de tais grupos. A Corte IDH tem buscado, cada vez mais, limitar o poder punitivo dos Estados, e também fortalecer as instituições democráticas e tutelar grupos vulneráveis e invisibilizados⁴⁴¹, dentre eles, os presos provisórios, conforme explicitado no capítulo 2.

Assim, o controle de convencionalidade estatal, exercitado com atenção e fidelidade aos pronunciamentos dos órgãos do Sistema Interamericano, consiste em importante ferramenta para a adequação da conduta estatal aos preceitos da Convenção Americana e, conseqüentemente, para a promoção da efetividade dos direitos humanos na América Latina.⁴⁴²

Por todos os argumentos considerados até aqui, entende-se que os parâmetros interpretativos contidos na jurisprudência da Corte IDH, que dão sentido e conteúdo às disposições da Convenção Americana, são fundamentais para o exercício cotidiano e obrigatório do controle de convencionalidade interno,

No mesmo sentido, ABREGÚ, Martín. Apuntes sobre la eficacia de la Comisión Interamericana de derechos humanos y la aplicación de sus decisiones por los Estados parte. In: *Revista Argentina de Derechos Humanos*. Año 2, nº 1, Buenos Aires, 2004, pp. 141-142.

⁴⁴⁰ BERNARDES, Márcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação das decisões internacionais. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, v. 8, n.15, dez.2011, p. 136.

⁴⁴¹ Flávia Piovesan destaca a ampla tipologia de casos decididos pela Corte IDH, agrupando-os em cinco grandes categorias: (i) violações que refletem o espólio do regime ditatorial, que tem por objetivo prevenir e punir as arbitrariedades e limitar o poder punitivo do Estado, representando o maior número de causas até o momento; (ii) violações atinentes à questões da justiça de transição (validade das leis de anistia e reconhecimento do direito à verdade); (iii) violações que refletem a necessidade de fortalecimento das instituições e da consolidação dos Estados de direito, reforçando a garantia de independência judicial; (iv) violações de grupos vulneráveis (presos, mulheres, crianças, indígenas, migrantes); (v) violações aos direitos sociais (direito à vida digna e ao projeto de vida, direito à saúde, dentre outros): PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Estudos avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: emergência de um novo Direito Público*. São Paulo: Elsevier, 2013, pp. 395 a 405.

⁴⁴² Consoante Mac-Gregor, o controle de convencionalidade consiste em instrumento importante de contribuição ao desenvolvimento constitucional e democrático dos Estados latino-americanos, enquanto novo parâmetro jurisdicional para a efetividade dos direitos humanos no século XXI: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 656.

e que deverão, portanto, vincular os atos e leis estatais, em todos os níveis, em prol de uma efetiva e integrada proteção dos direitos humanos, em conformidade com os compromissos assumidos pelos Estados com a ratificação da CADH. Neste sentido, entende-se que a interpretação e fundamentação contidas nas decisões da Corte IDH devam ser vinculante para todos os Estados-partes, e não apenas para os Estados condenados em contencioso internacional.

Entende-se ainda que o reconhecimento estatal expresso da obrigatoriedade da jurisprudência da Corte IDH, através de norma constitucional, consiste em opção ou faculdade recomendável aos Estados-partes, uma vez que reforça os compromissos assumidos com a ratificação da Convenção Americana e, ao mesmo tempo, estimula uma cultura de maior conhecimento e difusão da jurisprudência da Corte IDH no âmbito interno, e conseqüentemente, de maior eficácia da Convenção Americana.

Portanto, na esteira do anteriormente discutido, não apenas o STF, mas todos os juízes e demais autoridades estatais brasileiras deverão se sujeitar a um controle difuso de convencionalidade. O Estado brasileiro, tendo ratificado a CADH e reconhecido a competência jurisdicional obrigatória da Corte IDH, deverá realizar, nos moldes do controle de constitucionalidade, um controle de convencionalidade de suas leis infra-constitucionais, tanto no plano legislativo quanto no plano judicial, para adequação ou compatibilização da normativa interna à Convenção Americana. Além disso, cumpre ao STF, para além do controle difuso, a realização de um controle de convencionalidade concentrado das leis infra-constitucionais, tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos aprovados mediante o quórum especificado no §3º, artigo 5º, da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004.

Entende-se ainda que a Convenção Americana e demais tratados aprovados pelo Brasil antes da entrada em vigor da EC 45/2004 também deveriam ser considerados para efeito do controle de convencionalidade concentrado. No entanto, esta via restará impossibilitada enquanto o STF não atribuir a tais tratados o *status* de norma constitucional.

É preciso se ter ainda em consideração que o Brasil, ao exercer o controle de convencionalidade, não deverá ater-se aos critérios hierárquicos estabelecidos para o fim de aplicação de suas normas internas. Conforme destacado neste capítulo, a aplicação das normas em matéria de direitos humanos

deverá conferir primazia à norma mais favorável à pessoa, independentemente de sua hierarquia no ordenamento interno. Para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, pouco importa o *status* constitucional ou supra-legal atribuído à CADH pela Corte Suprema brasileira, pois ela deverá ser a norma aplicável se, no caso concreto, conferir ao indivíduo uma esfera de proteção mais ampla do que a norma constitucional ou ainda pela lei ordinária.

Assim, quando há conflito em matéria de direitos humanos entre o tratado e a Constituição, o critério da hierarquia da norma deverá ser sobreposto pelo critério do conteúdo, prevalecendo e impondo-se no caso concreto a aplicação da norma convencional ou constitucional que for mais favorável em matéria de direitos humanos. Seguindo-se o mesmo critério, quando a lei infra-constitucional é mais abrangente em matéria de direitos humanos do que o tratado, ela deverá ser aplicada no caso concreto, por força do princípio *pro homine*. Já quando a lei infra-constitucional conflita com o tratado de direitos humanos, ela perde ou não tem validade.

Além disso, por todos os fundamentos já expostos até aqui, entende-se que os parâmetros interpretativos da CADH firmados através da jurisprudência da Corte IDH e dos *informes* da CIDH deverão pautar a conduta de todos os órgãos e agentes do poder público no Brasil, em todas as suas esferas. Seguindo a orientação da Corte IDH, este controle de convencionalidade do direito brasileiro deverá realizar-se independentemente de provocação, e deverá pautar-se primordialmente na jurisprudência da Corte IDH, como intérprete definitiva das disposições da CADH, mas também nas recomendações da CIDH. O seguimento da jurisprudência do Sistema Interamericano, no âmbito do controle de convencionalidade estatal difuso, além de seguir a linha da prevalência da interpretação conforme os direitos humanos, também tem a vantagem de evitar a "fragmentação jurisprudencial" em sentido contrário, ou seja, no sentido oposto à concretude dos direitos humanos, além de promover uma integração regional de respeito à pessoa humana, e de legitimar e empoderar a função do juiz de garante dos direitos fundamentais.⁴⁴³

⁴⁴³ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 500.

Para se implementar o controle de convencionalidade no âmbito interno dos Estados, é necessário, antes de tudo, que os operadores do direito e demais autoridades públicas conheçam o bloco jurídico de direitos humanos e os parâmetros interpretativos da Corte IDH e da CIDH. Além disso, é fundamental que os juízes, e, em especial, as Cortes Constitucionais, despojem-se de critérios ultrapassados no momento de interpretar e aplicar o direito no caso concreto.

Não obstante, o êxito do controle de convencionalidade dependerá também da vontade política, do grau de incorporação do direito internacional dos direitos humanos pelo direito interno e de receptividade deste controle pelos Estados. Neste sentido, entende-se que seria relevante que o STF, à luz do artigo 5º, §§ 1º a 3º, da Constituição, ampliasse o controle de convencionalidade já realizado, reconhecendo os princípios internacionais interpretativos e se desfazendo de regras hierárquicas ultrapassadas. Ademais, seria importante que o Supremo, no exercício do controle de convencionalidade, reconhecesse, de forma expressa, o caráter vinculante da jurisprudência da Corte IDH para todos os órgãos e agentes públicos, fundamentando suas decisões nos parâmetros deste tribunal internacional e nos pronunciamentos da CIDH, conforme já ocorre em vários países latino-americanos. Este reconhecimento formal pela Suprema Corte brasileira seria capaz de fomentar a cultura jurídica do controle de convencionalidade por todos os operadores do direito, fortalecer o sistema internacional, e auxiliar a atuação dos organismos sociais de tutela dos direitos humanos.

Também é fundamental a capacitação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de maneira a guiá-los para a elaboração e adequação de normas e decisões judiciais e incorporação de políticas públicas orientadas para os direitos humanos e para os princípios internacionais e *standards* do Sistema Interamericano.⁴⁴⁴

Em especial, o controle de convencionalidade no âmbito da justiça criminal brasileira é uma medida necessária. Conforme destacado, grande parte

⁴⁴⁴ Neste sentido: PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Estudos avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: emergência de um novo Direito Público*. São Paulo: Elsevier, 2013, p. 407; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 495.

das recomendações ao Brasil, emitidas pela CIDH e pela Corte IDH, referem-se diretamente à atuação arbitrária de agentes estatais que exercem funções essenciais à justiça criminal e que deveriam proteger e promover os direitos humanos. Trata-se de uma reminiscência do regime autoritário e da cultura jurídica de violência e impunidade forjada em períodos históricos ditatoriais, enraizada na atuação e no perfil dos agentes públicos encarregados do funcionamento do sistema penal. Assim, o controle de convencionalidade deve ser visto como parte importante da luta pela proteção e efetividade dos direitos humanos daqueles que são investigados e processados criminalmente, enquanto grupo altamente vulnerável, bem como de um processo contínuo de mudança de conduta dos operadores do direito e da cultura penal e processual penal, e, assim, de fortalecimento das instituições democráticas e de consolidação do Estado de direito no Brasil.

4

Reformas e contra-reformas no regime da prisão cautelar brasileira: avanços, retrocessos e continuidades

4.1

Considerações introdutórias

O direito processual penal e a sua aplicação estão intrinsecamente relacionados com a formatação da política estatal. O modelo político de um Estado influencia diretamente as normas penais e processuais-penais, que, estreitamente relacionadas, são co-responsáveis pela regulação do poder de punir e pela configuração da política criminal e processual.⁴⁴⁵ Assim, o modo como se estabelece o processo penal dentro de um dado ordenamento jurídico é reflexo da maneira como foi concebida ou constituída a sua ordem político-jurídica.⁴⁴⁶

Contudo, há que se considerar que a política criminal é um fenômeno social de caráter dinâmico, que, como tal, comporta decisões que refletem as lutas, os consensos e as hegemonias próprias da política em geral, não possuindo, portanto, uma direção única. Não obstante, é possível em regra identificar temas e direções hegemônicas, que apontam para a adoção de um determinado modelo de política criminal dominante.⁴⁴⁷

A história do direito mostra com clareza este dinamismo ínsito à política criminal, permitindo verificar suas diferentes etapas históricas de desenvolvimento, bem como o processo de formação e constituição de diferentes modelos de processo penal. Com os olhos voltados para o passado e, ao mesmo tempo, para as suas implicações ou reflexos no presente e no futuro, a história do direito permite também uma análise crítica das normas e institutos penais e

⁴⁴⁵ Conforme sublinha Julio Maier, o "problema penal", do ponto de vista político, é único, alcançando todos os setores, todos os ramos jurídicos que compõem o poder punitivo do Estado: o direito penal, o direito processual penal e a execução penal: MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos* (Tomo I). Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 371.

⁴⁴⁶ BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 27.

⁴⁴⁷ Este dinamismo ínsito à política criminal manifesta-se tanto historicamente, onde é possível verificar uma variabilidade nas decisões e identificar diferentes etapas de sua evolução, quanto no presente, onde a política criminal é socialmente formulada e se configura na prática: BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 18-21.

processuais penais vigentes, e, portanto, da política criminal delineada pelo Estado, bem como de suas projeções ou tendências.

Os sistemas processuais penais concretos oscilam entre duas forças ou tendências opostas: a busca pela eficaz aplicação da sanção penal e a proteção dos direitos individuais de suspeitos, acusados e réus. Esta oposição encerra, em verdade, uma dupla finalidade do processo penal, que é o seu grande desafio e sua maior dificuldade: a de realização do direito penal sem menoscabar os direitos fundamentais do imputado.⁴⁴⁸ Consoante assevera Alberto Binder, este confronto entre eficiência e garantia, que é interno ao processo penal, faz parte, do ponto de vista político, de uma oposição maior entre poder e direito, na qual, originariamente, o direito surge como um limite ao poder.⁴⁴⁹ Esta é a ideia que está na base do conceito de Estado de direito, que se conforma originariamente como um conjunto de obstáculos jurídicos ao poder político, reconhecidos e concretizados, em maior ou menor medida, nos sistemas jurídicos de todo o mundo, a partir das transformações políticas ocorridas nos séculos XVIII e XIX, em face da necessidade de se respeitar os direitos fundamentais.

Assim, no Estado de direito, o processo penal, além de buscar uma eficaz aplicação do direito penal, deverá essencialmente configurar-se como limite ao poder punitivo, através da tutela dos direitos do imputado. Neste sentido, a aplicação das normas penais e processuais-penais deverá estar condicionada ao respeito efetivo aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, o que impede que a eficiência na aplicação da sanção penal seja um ideal a ser alcançado a qualquer custo.

Ressalte-se que o sistema penal de garantias exerce fundamentalmente uma função de proteção de indivíduos concretos, que é, ao mesmo tempo, fonte de legitimação do Estado: assim, os princípios que o orientam cumprem não apenas uma função de tutela do indivíduo, mas também uma relevante função social.⁴⁵⁰ Importa ao Estado de direito a efetivação dos direitos fundamentais dos indivíduos, e este deve ser um dos espectros considerados para se definir a

⁴⁴⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000, p. 04.

⁴⁴⁹ BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 26-27.

⁴⁵⁰ BINDER, Alberto M. Del preso sin condena al condenado sin juicio: política procesal y abreviación del proceso. In: BINDER, Alberto M. *Justicia penal y Estado de derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, pp. 283-284.

eficiência do processo penal. Assim, a eficiência, ainda que correntemente associada à capacidade da justiça penal de impor castigos, é um conceito complexo, que deveria, em todo caso, ser orientado pelo princípio de *ultima ratio*, que impõe uma vinculação com o propósito de se alcançar as finalidades do processo penal com a menor cota possível de violência.⁴⁵¹

No entanto, é preciso se ter em vista que o sistema penal do Estado de direito ou sistema garantista é um modelo ideal, ao qual os sistemas penais concretos deverão buscar se aproximar ao máximo.⁴⁵² Assim, no plano concreto, o sistema garantista é uma construção histórica, inacabada, que se aperfeiçoa através da efetivação e do aprofundamento dos direitos humanos. Não é por outro motivo que se alega que através do processo penal é possível se avaliar o grau de respeito ao Estado de direito⁴⁵³, ou que *o Direito Processual Penal é o sismógrafo da Constituição de um Estado*⁴⁵⁴, ou ainda, que *a política criminal de um país é o termômetro da vigência dos direitos humanos*⁴⁵⁵, tendo-se em vista que é através deste instrumento que o Estado afeta da forma mais direta e intensa os direitos fundamentais de maior importância, e que, portanto, deverá pautar-se por limites bem delimitados ao exercício do poder punitivo.

Por outro lado, a oposição entre poder e direito, na qual está imerso o processo penal, também permite compreender que sempre existirão, no Estado de direito, impulsos contrários à manutenção e ao aperfeiçoamento de um sistema penal garantista ou essencialmente humanitário. Neste sentido, é necessário conter

⁴⁵¹ BINDER, Alberto M. Del preso sin condena al condenado sin juicio: política procesal y abreviación del proceso. In: BINDER, Alberto M. *Justicia penal y Estado de derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, p. 287.

⁴⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2005, p. 95.

⁴⁵³ PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, pp. 57-58: "Ocurre que el Estado de derecho no ha alcanzado todavía todo su desarrollo. No se trata sólo de que sus principios representan un ideal de todos modos siempre en parte inalcanzable - dado que a pesar de ello el objetivo es tender a lograrlos -, sino bien, de que hay una evolución histórica, también inacabada, que nos muestra cómo, día a día, los derechos básicos de los individuos reciben una mayor protección (efectividad) o son profundizados. Por ello, conforme a esa evolución, ciertas prácticas judiciales nos parecen hoy aberrantes y en cambio otras, que objetivamente no lo son menos, no nos resultan tan inaceptables ya que estamos acostumbrados a vivir con ellas igual que los contemporáneos de la Inquisición convivían con la tortura oficial y las hogueras".

⁴⁵⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), 1961, vol. II, pp. 109 e seguintes.

⁴⁵⁵ BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 10-11.

os influxos autoritários do Estado de polícia, gestados no interior de sistemas penais formalmente democráticos, que buscam esmagar os direitos humanos, de maneira a permitir que o poder punitivo, em seu exercício permanente de seleção de inimigos e estranhos, reafirme-se em toda a sua violência, em toda a sua potência autoritária de auto-conservação.⁴⁵⁶

A história do processo penal evidencia que a prisão provisória sempre foi um instrumento de controle social, que, impregnado de simbolismo, supre a necessidade de resposta política imediata aos reclamos punitivos e nega, na prática, os direitos humanos, reafirmando cotidianamente a força coercitiva estatal. Na prisão provisória está situado o desequilíbrio mais flagrante e intenso entre o direito, como tutela do imputado, e o poder coercitivo do Estado: nesta luta, travada entre combatentes desiguais, o poder punitivo em regra vence. Neste sentido, a história da prisão provisória, à luz dos direitos humanos, é, portanto, uma história dos vencidos, uma história de violência, de dor e de exclusão social.⁴⁵⁷

⁴⁵⁶ Como insiste cabalmente ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En Estado de derecho sólo hay delincuentes. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (orgs.). *Cem Anos de Reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 268 e 276; ZAFFARONI, La legitimación del control penal de los "extraños". In: MELIÁ, Cancio; DIÉZ, Gómez-Jara (coords.) *Derecho Penal del Inimigo: el discurso penal de la exclusión*. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2006; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 172: "O direito penal deve sempre caminhar para o ideal do Estado de direito; quando deixa de fazê-lo, o Estado de polícia avança. Trata-se de uma dialética que nunca pára, de um movimento constante, com avanços e retrocessos. Na medida em que o direito penal (doutrina) como programador do poder de contenção do estado de polícia, deixe de cumprir esta função — isto é, na medida em que legitime o tratamento de algumas pessoas como inimigos —, renuncia ao Estado de direito e, com isso, abre espaços para o avanço do poder punitivo sobre todos os cidadãos e, conseqüentemente, para o Estado de polícia."

⁴⁵⁷ Parte-se aqui da crítica da violência enquanto representação ou autoridade, pertencente à ordem simbólica do direito, da política e da moral, desenvolvida por Walter Benjamin. Consoante Benjamin, a verdadeira crítica da violência deve ser a crítica de todo poder jurídico, aquele que cria e que conserva (mantém) o direito. Através de uma crítica que impugna o critério juspositivista de meios legítimos e fins justos, Benjamin mostra que a violência é interna ao direito, enquanto fundação e conservação de poder e de suas formas coercitivas, como o poder de punir. A prisão — institucionalizada como pena e como medida cautelar — é a violência que conserva ou mantém o "direito" de punir: neste exercício de poder, o direito, como força, se confirma e se fortalece: BENJAMIN, Walter. *Para una crítica de la violencia*. Trad. Hector A. Murena. Buenos Aires: Leviatán, 1995. Ao mesmo tempo, utiliza-se aqui a contraposição de Benjamin à ideia da história como progresso para uma definição da história como catástrofe (ou como tempestade), contada a partir do ponto de vista dos vencidos ou dos oprimidos, desenvolvida pelo filósofo nas teses "Sobre o Conceito de História", comentadas por LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses "Sobre o conceito de história"*. Trad. Wanda Nogueira Caldeira Brant, Jeanne Marie Gagnebin, Marcos Lutz Müller. São Paulo: Boitempo, 2005.

Neste capítulo, pretende-se analisar a história da prisão provisória no Brasil a partir da perspectiva dos vencidos ou excluídos: este será o fio condutor para, na primeira parte, analisar a histórica legitimação deste instrumento de política criminal que ainda domina as práticas penais no Brasil, através de uma retrospectiva do tratamento jurídico que ela recebeu ao longo do tempo. Tal análise será fundamental para compreender e ponderar as mudanças mais recentes e as novas propostas de modificação do tratamento da prisão provisória. Desta forma, no próximo capítulo, será possível avaliar, à luz dos direitos humanos, sobretudo a partir das construções e posicionamento dos órgãos do Sistema Interamericano, a reforma legislativa sobre a matéria ocorrida em 2011, identificando avanços e retrocessos, e tecendo ainda algumas considerações sobre a sua reconfiguração no projeto de reforma global do Código de Processo Penal ainda em tramitação legislativa.⁴⁵⁸

4.2

Antecedentes do modelo político-jurídico do Código de Processo Penal de 1941

No Brasil, a histórica centralização do poder político, que se inicia com o modelo colonial de base exploratória, mantém-se após a independência, e estende-se até a República, exigia um poder punitivo igualmente concentrado e forte, que fundou as bases para o desenvolvimento de uma cultura penal autoritária, centrada na prisão provisória como mecanismo central do processo penal e imediato instrumento de controle social.

No período colonial, as Ordenações do Reino que vigoravam em Portugal e na colônia admitiam a prisão preventiva para os autores de homicídio, feridas ou chagas graves, incendiários, furto manifesto, dentre outros.⁴⁵⁹ Nesta época, a privação de liberdade antes da condenação ainda não se encontrava formalmente delineada como medida processual: ela funcionava como uma ante-sala das penas corporais e como pressuposto necessário para a obtenção de provas, notadamente

⁴⁵⁸ Cumpre esclarecer que não se pretende fazer pós-glosa da reforma do Código de Processo Penal, a partir da proposta de sua alteração total (Projeto de Lei do Senado - PLS 156/2009), e sim analisar, ainda que de forma breve e consciente da possibilidade de alterações durante o trâmite legislativo, os continuísmos e as inovações positivas no sistema de cautelares pessoais brasileiro.

⁴⁵⁹ PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal – evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 53.

a confissão mediante tortura, instrumento adequado a um modelo de processo penal inquisitivo⁴⁶⁰.

Durante o Império, ainda que sob a égide da liberal Constituição de 1824, influenciada pelas ideias iluministas e fundada no direito de liberdade⁴⁶¹, a regra, autorizada pela legislação infra-constitucional, era a da obrigatoriedade da prisão processual, exceto para os crimes de menor gravidade, em que o réu se livrasse solto ou nas infrações penais em que se admitisse fiança.⁴⁶² Para o sistema processual vigente à época, a admissibilidade da acusação estabelecia uma presunção de necessidade do recolhimento do réu à prisão, que se coadunava com

⁴⁶⁰ O modelo inquisitório ou inquisitivo de processo, desenvolvido na Idade Média, baseava-se na prisão como forma de se disponibilizar o corpo do acusado para se obter a confissão per tormenta: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2005.

⁴⁶¹ O texto constitucional de 1824 continha uma declaração de direitos nos moldes do liberalismo da época, com a consagração dos princípios da legalidade, da irretroatividade das leis, do juiz natural, dentre outros. Garantia-se a liberdade de expressão e de locomoção, e a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, bem como o direito de petição. Vedava-se a prisão sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei (artigo 179, VIII). O inciso IX do artigo 179 determinava que, ainda que com culpa formada, ninguém poderia ser conduzido à prisão ou nela conservado, se prestasse fiança, nos casos admissíveis em lei, e que nos crimes com pena não superior a seis meses de prisão, o réu poderia livrar-se solto. Por sua vez o inciso X do mesmo artigo determinava que à exceção do flagrante delito, a prisão somente poderia ser executada por ordem escrita da autoridade legítima. O inciso XIX abolia os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis, e no inciso XX, vedava-se o confisco de bens, declarando-se que a nenhuma pena poderia ultrapassar a pessoa do delinqüente. O inciso XXI determinava que "as Câdeas serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e natureza de seus crimes": Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. In: CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1979.

⁴⁶² O modelo liberal da Constituição de 1824 não foi capaz de condicionar a legislação infra-constitucional e conter os influxos autoritários do regime monárquico. A lei de 30-08-1828 fixou hipóteses excepcionais de cabimento da prisão processual antes da formação da culpa, em caso de indiciados pela prática de crimes cuja sanção penal prevista fosse a pena de morte, a prisão perpétua ou galés, sem necessidade de qualquer outra justificação. Por sua vez, o Código de Processo do Império, promulgado pela lei de 29-11-1832, determinava que, em caso de prisão em flagrante delito (flagrância real e precedida de perseguição), o preso deveria ser apresentado ao juiz, que, após interrogar o suspeito e ouvir o condutor e as testemunhas, ratificava a prisão se convencido das suspeitas da prática de crime, exceto se o agente se livrasse solto ou se o crime admitisse fiança. A prisão processual sem culpa formada, em caso de crimes inafiançáveis, era obrigatória, podendo ser decretada de ofício pelo juiz, quando houvesse veementes indícios da autoria do crime, que poderiam ser obtidos através da declaração de duas testemunhas, por prova documental e inclusive mediante confissão (lei 2033/1871) e mediante o requisito aferido subjetivamente pelo juiz da conveniência da medida (decreto 4824/1871). Da mesma forma, a prisão com culpa formada também era automática, bastando o convencimento do juiz a respeito da existência do delito e de sua autoria (artigo 144, Código de Processo de 1832): ZILLI, Marcos. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, jul./ago. 2010, pp. 451a 457; MACHADO, Antônio Alberto. *Prisão e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 70-71.

a política de concentração de poder típica de um Estado monárquico e escravocrata.⁴⁶³

A Constituição Republicana de 1891, intensamente influenciada pelo sistema norte-americano, atribuiu aos Estados-membros competência para legislar sobre direito processual, o que teve como consequência uma pulverização de legislações processuais-penais no país, através da criação dos Códigos Estaduais. Por um lado, esta fragmentação permitiu que os Estados-membros, através de seus respectivos códigos, abolissem os juizados de instrução, o que ocorreria definitivamente com o Código de Processo Penal de 1941.⁴⁶⁴ No entanto, por outro lado, tal fragmentação legislativa contribuiu para a institucionalização de sistemas processuais acentuadamente diversos, e, ao mesmo tempo, insuficientes para criar no país uma cultura republicana, capaz de conter os influxos autoritários já existentes e aqueles que estavam por vir.⁴⁶⁵

Sob a égide da Constituição de 1937, outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, o Brasil vivenciou um regime de exceção ao Estado de direito, onde a necessidade de centralização de poder coadunava-se com a proposta de reunificação legislativa. Assim, o Código de Processo Penal de 1941 unificou e sistematizou as normas penais e processuais penais previstas em leis esparsas, com o objetivo de facilitar a administração de um aparato legal que se direcionava para a proposta política autoritária do governo Vargas.

⁴⁶³ ZILLI, Marcos. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, jul./ago. 2010, pp. 457-458.

⁴⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação latino-americana: convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 1, n.1, jan./mar.1993, p. 42.

⁴⁶⁵ Em verdade, alguns Estados, como São Paulo, Mato Grosso, Pará, Alagoas e Goiás não abandonaram o Código de Processo Criminal do Império. Outros criaram suas próprias legislações, como Rio Grande do Sul (lei nº 24, de 15-08-1898), Amazonas (lei nº 920, de 01-10-1917), Bahia (lei nº 1119, de 21-08-1915), Maranhão (lei nº 507, de 22-03-1908), Minas Gerais (decreto nº 7259, de 14-06-1926), Paraná (lei nº 1916, de 23-02-1920), Pernambuco (lei nº 1750, de 04-06-1925), Rio de Janeiro (lei nº 1137, de 20-12-1912), e Santa Catarina (lei nº 1526, de 14-11-1925): CHOUKR, Fausi Hassan. Reforma e continuísmos no processo penal brasileiro: breve contribuição à análise do itinerário reformista. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coords.). *Setenta anos do Código de Processo Penal Brasileiro: balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 128.

4.3

A prisão provisória no Código de Processo Penal de 1941

O Código de Processo Penal de 1941, gestado no contexto social e político do Estado Novo, baseou-se na matriz político-ideológica centralizadora e autoritária delineada por Francisco Campos, jurista e Ministro da Justiça no primeiro governo de Getúlio Vargas, fortemente influenciado pelo ambiente belicista presente em todo mundo e pelo movimento de descrédito nos governos liberais.⁴⁶⁶

Com efeito, Francisco Campos foi o responsável pela elaboração de parte da Constituição de 1937 e também pela coordenação e supervisão dos trabalhos das comissões legislativas que deram origem ao Código Penal de 1940 e ao Código de Processo Penal de 1941, bem como de várias outras leis que formaram o arcabouço repressivo que sustentou o governo estadonovista.⁴⁶⁷ Campos assinalava que a defesa social era o princípio orientador do Código Penal de 1940, consistente em "aparelhamento rigoroso para a repressão dos crimes", que guardava "perfeita entrosagem" com o Código de Processo Penal de 1941.⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ O conteúdo político-ideológico do Estado Novo, delineado por Francisco Campos, pode ser verificado através de uma coletânea de conferências, entrevistas e discursos proferidos entre 1935 e 1939, intitulada *O Estado Nacional*. Na primeira parte do trabalho (conferência proferida em 1935), Francisco Campos constrói um discurso teórico de justificação do Estado totalitário ou ditatorial. Na segunda parte (entrevista concedida à imprensa em 1937, quando Vargas já consumara o golpe de Estado, através da outorga da Constituição), são traçadas as diretrizes do Estado Novo. Campos desenvolve críticas à democracia representativa e ao liberalismo político, e defende a utilização de métodos irracionais/violentos na política, com a finalidade de conter a luta de classes e reforçar a unidade política do Estado. Para Campos, a integração política, num regime em que se torna possível operar e mobilizar as massas, só se pode operar através do *mito da nação*, que encontra seu máximo poder de expressão simbólica na figura do *líder carismático*. Segundo o autor, os conflitos sociais determinaram uma crise interna do regime democrático, que, para sobreviver, necessitaria abandonar suas premissas liberais e recorrer às formas irracionais capazes de manter a unidade política. Campos defende um Estado integral ou totalitário, onde o centro das decisões políticas desloca-se para o plano ditatorial da vontade. Em síntese, para Francisco Campos, a ditadura ou técnica do governo totalitário é violência legítima, ainda que tenha o cuidado de não nomeá-la propriamente como violência, preferindo referir-se à autoridade, à força e à vontade do líder carismático encarnado na figura de Getúlio Vargas, apontado como destino da nação brasileira. Era necessário justificar o Estado ditatorial, valer-se do recurso emocional ou irracional da ameaça comunista e, ao mesmo tempo, não negar a democracia: CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941.

⁴⁶⁷ Francisco Campos encabeçou os trabalhos de elaboração, supervisão e revisão do Código de Processo Penal (1941), do Código Penal (1940), da Lei de Contravenções Penais (1941), da Lei de Segurança Nacional (1935), da Lei do Processo dos Crimes contra a Ordem Política (1936), da Lei dos Crimes contra a Economia Popular, dentre outras leis.

⁴⁶⁸ CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941, pp. 132 e 151.

A fonte de inspiração para o Código de Processo Penal brasileiro foi o Código italiano de 1931(Código Rocco)⁴⁶⁹, que, por sua vez, foi fortemente influenciado pelo contexto sócio-político do período entre-guerras mundiais e das ideias totalitaristas que surgiam na Europa. Conforme explica Ferrajoli⁴⁷⁰, com o advento do Fascismo, o princípio de presunção de inocência entrou em crise na Itália, ao mesmo tempo em que a prisão provisória passou a ser abertamente justificada como medida de segurança processual, necessária à defesa da sociedade e indispensável sempre que o delito causasse clamor popular. Seguindo essa orientação, o Código Rocco ampliou as hipóteses de prisão provisória obrigatória e automática, suprimiu os prazos máximos de encarceramento antes da condenação, e passou a vincular a prisão processual à valoração subjetiva das qualidades morais e sociais do imputado, tornando-a, assim, verdadeira *medida de prevenção frente a indivíduos considerados perigosos*.⁴⁷¹

O modelo original do Código de Processo Penal de 1941, na mesma linha do sistema italiano, privilegiava a prisão em detrimento da liberdade durante todo o processo. Como instrumento necessário a um modelo de processo penal inquisitivo, fundado na periculosidade do imputado e não na presunção de sua inocência, o encarceramento era a condição natural de o acusado responder ao processo criminal, sobretudo quando era preso em flagrante: não havia previsão legal de medidas restritivas de liberdade alternativas à prisão, e o regime de liberdade provisória, com ou sem fiança, era rigoroso.

⁴⁶⁹ É facilmente perceptível, através da Exposição de Motivos, a política que orientou e inspirou o Código de Processo Penal de 1941: "De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao *objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem se mostrando rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. (...)*": CAMPOS, Francisco. *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689, de 03-10-1941)*, item II, grifos nossos. Ao final do item II, o Ministro Francisco Campos, idealizador do Código, faz referência expressa às considerações do Ministro Rocco sobre o Projeto de Código de Processo Penal italiano de 1931.

⁴⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2005, p. 553.

⁴⁷¹ Ibid.

Assim, havendo prisão em flagrante⁴⁷², a custódia era, em regra, automática, exceto se a infração fosse sancionada com multa ou pena privativa de liberdade máxima não superior a três meses, quando o detido era liberado após a lavratura do auto de prisão (artigos 309 e 321). Em caso de infração com previsão legal de pena privativa de liberdade superior a três meses, a liberdade provisória poderia ser concedida mediante pagamento de fiança, exceto nas hipóteses dos artigos 323 e 324 do Código.⁴⁷³

Tendo como norte o modelo italiano, o Código de Processo Penal de 1941 admitia modalidades de prisão provisória obrigatórias, onde se dispensava o juiz de justificar a necessidade do encarceramento. Com efeito, a prisão preventiva, que poderia ser decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do querelante, e ainda mediante representação da autoridade policial, era compulsória para os crimes cominados com pena máxima igual ou superior a dez anos de reclusão, bastando-se, para a sua decretação, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (artigo 312).

Além disso, a decisão de pronúncia, nos crimes dolosos contra a vida, implicava obrigatoriamente na prisão do réu, ressalvada a hipótese de crime afiançável (artigo 408, §§ 1º e 2º).⁴⁷⁴ Da mesma forma, a prisão no momento da sentença condenatória recorrível era obrigatória: dentre os efeitos desta decisão, incluía-se o de o réu ser preso ou conservado na prisão nas infrações penais inafiançáveis e nas afiançáveis, enquanto não prestasse fiança (artigo 393, I).

Ademais, havendo condenação, o Código de 1941 restringia o direito do réu à ampla defesa, reforçando o caráter simbólico da prisão processual como instrumento de efetividade do sistema.⁴⁷⁵ O artigo 594 exigia que o condenado fosse recolhido à prisão como condição para apelar, salvo nos crimes em que se

⁴⁷² Artigo 302, CPP - na redação original de 1941.

⁴⁷³ Artigos 323 e 324 - na redação original de 1941.

⁴⁷⁴ O artigo 408 do Código de Processo Penal, de acordo com sua redação original, determinava que, uma vez terminada a primeira fase do procedimento relativo aos crimes dolosos contra vida, estando o juiz convencido da existência do crime e de indícios da autoria delitiva, deveria pronunciar o réu de maneira fundamentada, a fim de se dar início à segunda fase do rito procedimental do Júri. O citado dispositivo, em seu §2º, exigia, como corolário da decisão de pronúncia, a decretação ou a manutenção da prisão do réu, salvo nas infrações afiançáveis, e desde que recolhido o valor da fiança.

⁴⁷⁵ ZILLI, Marcos. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, jul./ago. 2010, p. 462.

livrasse solto⁴⁷⁶, ou nos delitos afiançáveis, tendo sido pago o valor da fiança. Além disso, considerava-se deserta a apelação se o réu condenado fugisse depois de haver apelado (artigo 595).

Ao lado da modalidade de prisão preventiva obrigatória, o Código também contemplava uma espécie de prisão preventiva facultativa, que deveria ser fundamentada pelo juiz nas exigências legais de garantia da ordem pública, de conveniência da instrução criminal ou de aplicação da lei penal (artigo 313). Esta modalidade de prisão preventiva era cabível nas seguintes hipóteses: (i) de crimes inafiançáveis aos quais se cominava pena máxima inferior a 10 anos; (ii) de crimes afiançáveis, quando o acusado fosse considerado vadio ou houvesse dúvida sobre a sua identidade; (iii) de crimes afiançáveis, quando o réu tivesse sido condenado por crime da mesma natureza, em sentença transitada em julgado.

Assim, o Código de 1941 foi responsável pela introdução da modalidade de prisão preventiva para *garantia da ordem pública* no sistema brasileiro, dispositivo legal vigente até os dias atuais, e que implica num total desvirtuamento da declarada função cautelar da prisão provisória. A prisão preventiva torna-se, com esta finalidade, um meio de defesa social, com forte carga simbólica, que servia à contenção das massas e dos conflitos políticos.⁴⁷⁷ Ao mesmo tempo, ela assume a função de contenção dos indesejáveis de sua época: os considerados vadios, os desocupados, sem trabalho e sem moradia, ou que não pudessem ser identificados. Tais indivíduos, despojados da triste função que lhes cabia no regime escravocrata anterior, situavam-se no limbo: não mais escravos, mas igualmente sem cidadania, sem lugar no sistema socio-econômico e imediatamente capturados pelo sistema penal excludente. Destaque-se que a Lei de Contravenções Penais, contemporânea ao Código de Processo Penal, é

⁴⁷⁶ O artigo 321 do Código de Processo Penal determinava as hipóteses em que o réu se livrava solto após a sentença condenatória recorrível, independentemente de fiança: “I – no caso de infração, a que não for, isolada, cumulativa ou alternativamente, cominada pena privativa de liberdade; II – quando o máximo da pena privativa de liberdade, isolada, cumulativa ou alternativamente cominada, não exceder a 3 (três) meses”.

⁴⁷⁷ Consoante Francisco Campos, a integração política totalitária não poderia eliminar completamente as tensões políticas internas presentes nas massas. Assim, defendia que a potência ou estado latente de violência deveria ser constantemente utilizado para fins políticos, inclusive para justificar o emprego efetivo da força contra as tentativas de quebra da unidade política. Esta justificativa da violência estatal se coadunava com o Projeto de Código Penal de 1940, no qual encontra-se explícito o imperativo de “reforçar a defesa colectiva contra a criminalidade comum e resguardar as instituições contra a criminalidade política”, bem como com o objetivo do Projeto de Código de Processo Penal de 1941 de servir de instrumento para tal desiderato, ao conferir “maior facilidade e energia a acção repressiva do Estado”: CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941, pp. 30-31, 128 e 155.

responsável pela criminalização da vadiagem (artigo 59, Decreto-lei nº 3.688/1941), e pela presunção de periculosidade do condenado por tal conduta (artigo 14, do mesmo diploma).⁴⁷⁸

É possível verificar claramente que o regime original da prisão processual forjado em 1941, além de adequado à política autoritária de sua época, também serviu perfeitamente às necessidades do regime militar ditatorial que se instalou no Brasil nos anos sessenta do século passado. Pode-se dizer seguramente que o ordenamento repressivo de leis penais e processuais que sustentou a estrutura de poder do Estado Novo foi também fundamental para a manutenção no Brasil de um sistema penal autoritário, que perseguia violentamente aqueles que se insurgiam contra o governo.

Assim, nos anos de ditadura militar, a prisão provisória estava justificada a qualquer tempo, em nome da necessária perseguição dos inimigos do Estado, legitimada, na América Latina, pela doutrina de Segurança Nacional, incrustadas nas leis e práticas militares.⁴⁷⁹ Para tanto, além das leis vigentes desde o governo Vargas, foram editados os atos institucionais, que autorizaram o acirramento de práticas anti-democráticas e violentas, bem como a Lei de Segurança Nacional, imposta pelo Decreto-lei nº 314, de 13-03-1967.

Esta herança inquisitiva e este histórico de discriminação social e violência, não seriam facilmente esquecidos e abandonados, inclusive, após o advento da Constituição de 1988. As mudanças no sistema original do Código de 1941 foram ocorrendo de forma paulatina e demorada, através de alterações legislativas parciais, assistemáticas, com avanços e recuos em matéria de prisão e liberdade, o que permitiu que se fosse consolidando no país uma cultura marcadamente inquisitorial, enraizada na prática dos operadores do direito até os dias atuais.

⁴⁷⁸ Tais dispositivos da Lei de Contravenções Penais vigoram até os dias atuais.

⁴⁷⁹ Conforme aponta Joseph Comblin, ao analisar as implicações da Doutrina ou Ideologia da Segurança Nacional nas ditaduras militares do Brasil, Peru, Chile, Argentina, Uruguai, Equador e Bolívia: COMBLIN, Joseph. *A Ideologia da Segurança Nacional: o poder militar na América Latina*. Trad. A. Veiga Fialho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980, pp. 150-208. Conforme também assinalado por ZAFFARONI, Eugenio. Buscando o inimigo: de Satán ao direito penal cool. In: MENEGAT, Marildo; NÉRI, Regina (orgs). *Criminologia e Subjetividade (AAVV)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

4.4

Evoluções e involuções legislativas anteriores à Constituição de 1988

No auge da ditadura militar, aboliu-se, através da lei 5.349, de 03-11-1967, a prisão preventiva obrigatória prevista na redação original do Código de Processo Penal. Tratou-se de mudança postulada pela doutrina, proposta anteriormente pelo Anteprojeto de Código de Processo Penal (de 1963), de autoria do Professor Hélio Tornaghi, diante do emprego excessivo e arbitrário do instituto.⁴⁸⁰ Contudo, a arquitetura da prisão processual como meio de defesa social não foi modificada: a prisão preventiva continuou sendo a regra no processo penal, bem como foi mantida a prisão processual obrigatória no momento da decisão de pronúncia e da sentença condenatória recorrível.

Nos anos 70, o Código de 1941 sofreu novas alterações que *a priori* também reduziram o rigor no tratamento da prisão provisória. No entanto, é preciso aguçar o olhar crítico ao analisar as mudanças legislativas ocorridas neste período: encobertas por justificativas aparentemente liberais e emancipatórias, tais alterações convergiram para consolidar privilégios e conveniências do momento, e, por serem pontuais, não alteraram significativamente o regime que privilegiava a prisão durante o processo.

Com efeito, a lei 5.941, de 22-11-1973, inseriu no *caput* e no §2º do artigo 408, assim como no artigo 594 do Código de 1941 os critérios pessoais de primariedade e bons antecedentes do réu, para se evitar a prisão processual obrigatória no momento da decisão de pronúncia e da sentença condenatória recorrível.⁴⁸¹ Tais modificações foram, no entanto, elaboradas com o objetivo de favorecer agentes públicos investigados e processados por crimes praticados durante a ditadura militar, preservando a sua liberdade quando pronunciados ou

⁴⁸⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: comentários à Lei 12.403, de 04-05-2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34.

⁴⁸¹ A lei 5.941/1973 inseriu um parágrafo segundo ao artigo 408 do CPP, com a seguinte redação: "Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso". Também modificou a redação do artigo 594 do CPP, que passou a ter a seguinte redação: "O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livra solto."

condenados em primeiro grau de jurisdição.⁴⁸² Ressalte-se que esta mudança não aboliu por completo o caráter obrigatório da prisão decorrente de decisão de pronúncia e de sentença condenatória recorrível. Em verdade, ela estabeleceu, de forma discriminatória, uma presunção de necessidade da prisão processual quando o réu fosse reincidente e apresentasse antecedentes criminais. Tais critérios abriram espaço para apreciações jurisprudenciais subjetivas e amplas a respeito da personalidade do agente, estranhas à necessidade cautelar da medida⁴⁸³, sobretudo após o advento da Constituição de 1988, autorizando uma renovada estigmatização do réu no processo penal e, como corolário, intensificando a seletividade do sistema penal brasileiro.

Outra inovação relevante ocorrida no período foi trazida pela lei 6.368, de 21-10-1976 (lei anti-drogas), que vedou aos condenados pelos delitos tipificados nos artigos 12 e 13 da mesma lei (relativos ao tráfico de drogas) o direito a apelar em liberdade, ainda que primários e de bons antecedentes.⁴⁸⁴ Intensificou-se, assim, o rigor do Código de Processo Penal, de maneira discriminatória, apenas para os condenados por tráfico, restabelecendo-se o regime original da prisão obrigatória no momento da condenação, como condição para o exercício do direito ao recurso. A partir de então, a legislação aplicável ao traficante de drogas, dentro da lógica penal de perseguição do inimigo, foi se tornando, conforme se verá à continuação, cada vez mais rigorosa, passando a restringir outros direitos e garantias processuais, o que será determinante para que a prisão provisória seja cada vez mais utilizada no Brasil.

Por sua vez, a lei 6.416, de 24-05-1977, trouxe uma mudança importante, que ampliou a possibilidade de concessão de liberdade provisória. Tal lei acrescentou um parágrafo único ao artigo 310 do Código de Processo Penal, que

⁴⁸² Conforme aponta Gomes Filho, o advento da citada lei foi, de maneira notória, ditado por momentânea conveniência, relacionada a interesses de funcionários de alta hierarquia policial acusados de homicídio: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 62. Com efeito, a lei 5.971/1973 ficou conhecida como *Lei Fleury*, por ter em tese beneficiado o delegado Sergio Paranhos Fleury, do extinto Departamento da Ordem Pública e Social - DOPS, acusado de tortura e outros crimes durante a ditadura militar: ZILLI, Marcos. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, jul./ago. 2010, p. 464.

⁴⁸³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: comentários à Lei 12.403, de 04-05-2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35.

⁴⁸⁴ Artigo 35, Lei 6.368, de 21-10-1976: "O réu condenado por infração dos artigos 12 ou 13 desta Lei não poderá apelar sem recolher-se à prisão."

passou a autorizar a liberdade provisória sem fiança para acusados de qualquer espécie de crime, independentemente de sua natureza e gravidade, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, quando não estivessem presentes os requisitos da prisão preventiva. Assim, em caso de prisão em flagrante, a manutenção do encarceramento passou a ser autorizada somente quando estivessem presentes os requisitos da prisão preventiva, discriminados no artigo 312 do Código de Processo Penal.⁴⁸⁵ Esta mudança inverteu a lógica, sustentada desde o Império, da prisão preventiva como regra e da liberdade provisória como exceção.

Por outro lado, a lei 6.416/1977 também alterou o artigo 323, inciso I, do Código de 1941, passando a impedir a concessão de fiança para os acusados de crimes cuja pena mínima cominada fosse superior a dois anos. Esta mudança tornou o sistema incoerente e desproporcional, pois a fiança ficou relegada às infrações de menor gravidade, enquanto a liberdade provisória sem fiança passou a ser autorizada inclusive para os crimes mais graves. Assim, ainda que tal lei tenha apresentado uma mudança positiva do ponto de vista da tutela da liberdade no processo penal, é preciso se ter em vista que ela também enfraqueceu o instituto da fiança, estabelecendo uma polarização no campo das cautelares pessoais: ou se decretava a prisão preventiva ou se autorizava a liberdade provisória sem fiança. A partir de tais modificações, a incoerência e a assistemática se tornaram a marca do regime da prisão e da liberdade provisória no Código de Processo Penal, acentuado pelas reformas subsequentes, transformando o Código de Processo Penal num amontoado de normas sem unicidade e sentido, inclusive sob a égide da Constituição de 1988.

Por fim, cumpre acrescentar que entrou em vigor em 1986, a lei 7.492 (lei de crimes contra o sistema financeiro nacional), que criou modalidade de prisão preventiva passível de decretação "em razão da magnitude da lesão causada"⁴⁸⁶, em vigor até os dias atuais. Além disso, o artigo 31 da referida lei vedou a fiança para os crimes financeiros nela sancionados com pena de reclusão,

⁴⁸⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: comentários à Lei 12.403, de 04-05-2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35.

⁴⁸⁶ Lei nº 7492/1986, artigo 30 - "Sem prejuízo do disposto no artigo 312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta Lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada".

e passou a exigir, para tais crimes, que o réu fosse recolhido à prisão para que pudesse apelar, repetindo assim a norma contida no artigo 594 do Código de Processo Penal.⁴⁸⁷

4.5

A prisão provisória no novo modelo garantista de processo penal fundado pela Constituição de 1988: significado e alcances

A transição democrática consolidou-se no Brasil com o advento da Constituição Republicana de 1988, que inaugurou, a exemplo das Constituições europeias do pós-guerra, um modelo de matriz principiológica, com extenso rol de direitos fundamentais e opções valorativas, com significado profundo para a política e para o direito.

A Constituição configurou um novo modelo de Estado de direito, ao qual foram acrescidos os direitos econômicos, sociais e culturais. Ao mesmo tempo, produziu as condições necessárias para que despontasse no país uma nova concepção do direito positivo, que, a exemplo do constitucionalismo europeu, passa a promover o reconhecimento da importância central dos princípios constitucionais na ordem jurídica, elevando-os à categoria de normas-primárias e diretrizes ou compromissos políticos vinculantes. Ultrapassam-se, assim, as limitações do juspositivismo tradicional, que não admitia que os princípios são normas capazes de produzir efeitos jurídicos, e se inaugura uma nova fase de *constitucionalização do ordenamento jurídico*.⁴⁸⁸

Esta mudança produziu efeitos em todos os ramos do direito, que hoje não mais sobrevivem alheios à normatividade constitucional. Em especial, no âmbito do direito processual penal, ocorreu uma completa inversão do modelo político e normativo anterior. A Constituição de 1988 consagrou, juntamente com um amplo rol de direitos e garantias fundamentais dos acusados, o princípio de

⁴⁸⁷ Lei nº 7492/1986, artigo 31 - "Nos crimes previstos nesta Lei e punidos com pena de reclusão, o réu não poderá apelar antes de ser recolhido à prisão, ainda que primário e de bons antecedentes, se estiver configurada situação que autoriza a prisão preventiva."

⁴⁸⁸ GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49: "(...) por 'constitucionalización del ordenamiento jurídico' propongo entender um proceso de transformación de un ordenamiento al término del qual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente 'impregnado' por las normas constitucionales. Um ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales."

presunção de inocência⁴⁸⁹, atualmente reconhecido, nestes termos, pela quase totalidade dos ordenamentos jurídicos do mundo e nos tratados internacionais de direitos humanos como um direito fundamental.⁴⁹⁰

Este reconhecimento representou, para o Brasil, uma mudança paradigmática na concepção do processo penal. O modelo autoritário do Código de Processo Penal de 1941, baseado na presunção de culpabilidade e periculosidade do imputado, transformou-se num instrumento de tutela de indivíduos suspeitos, acusados ou réus, face ao poder punitivo do Estado. Assim, a nova ordem constitucional modificou drasticamente o modelo de processo penal vigente, exigindo a reconfiguração de institutos e normas infra-constitucionais ao objetivo maior de proteção e efetivação dos direitos humanos, condição de legitimidade do ordenamento jurídico (legitimidade jurídico-penal) e do Estado Constitucional e Democrático de Direito (legitimidade política).⁴⁹¹ A Constituição de 1988, à luz do princípio de presunção de inocência, passa a exigir que as disposições do Código de 1941 referentes à prisão provisória sejam readequadas aos parâmetros do novo modelo de processo penal brasileiro.

É revelador que o Brasil tenha, com a Constituição de 1988, incorporado pela primeira vez em seu ordenamento jurídico o princípio de presunção de inocência: trata-se de verdadeira opção por um modelo de processo penal condizente com a transição democrática e com a política emancipatória proposta pela Constituição.⁴⁹² Assim, o princípio de presunção de inocência, contemplado

⁴⁸⁹ As Constituições brasileiras anteriores a 1988, ainda que contemplassem um catálogo de garantias penais, jamais fizeram alusão à presunção de inocência. Assim, a Constituição de 1988 contemplou, pela primeira vez, o princípio de presunção de inocência, não obstante parte da doutrina brasileira o reconhecesse como princípio orientador do ordenamento jurídico pátrio em razão da adesão do Brasil à Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948): GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 31.

⁴⁹⁰ As nações ocidentais reconhecem o princípio de presunção de inocência em suas Cartas Políticas e através da ratificação de diplomas internacionais, inclusive, através da Carta de Direitos Humanos dos Países Árabes de 1994 e da Convenção Africana de Direitos Humanos de 1981, a exceção da República Popular da China, que o rechaça: SANCHÉZ, Javier; GÓMEZ-TRELLES, Vera. *Variaciones sobre la Presunción de Inocencia: Análisis funcional desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 31.

⁴⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2005, p. 10.

⁴⁹² Consoante Luigi Ferrajoli, a presunção de inocência é *princípio fundamental de civilidade*, que foi incorporado às Constituições e leis processuais em momentos de crescimento democrático das nações. Com a Revolução Francesa, a presunção de inocência faz parte de um projeto que enaltecia o valor do homem em relação ao poder ilimitado do Estado. Da mesma forma, após a Segunda Guerra Mundial, com a derrota dos regimes totalitários, o princípio de presunção de inocência é incorporado aos tratados internacionais a fim de consolidar a democracia, e, pouco a pouco, passa a fazer parte dos ordenamentos jurídicos europeus,

no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição de 1988, é erigido a princípio político, orientador de todo o processo penal, exprimindo uma escolha do legislador constituinte em privilegiar a liberdade, a igualdade e a dignidade do acusado, garantindo os seus direitos fundamentais durante todo o processo penal, até a sentença penal condenatória definitiva.⁴⁹³

A discussão que passa a ser aprofundada no Brasil, a partir do referido reconhecimento constitucional, centrou-se na definição e abrangência do princípio de presunção de inocência, debate que o consagrou tradicionalmente como regra de tratamento do imputado e como regra de juízo (ou probatória), significados fundamentais atribuíveis ao postulado pela doutrina garantista.

Acrescente-se que parte da doutrina mais atual entende que este entendimento tradicional sobre o significado do princípio de presunção de inocência não atende à necessidade concreta de dotar o referido princípio de um conteúdo material seguro, condizente com o Estado de direito. O entendimento mais adequado do princípio teria como fim atribuir-lhe um significado normativo, consoante defendido por Claus Roxin, fundado no pressuposto de que o postulado encontra o seu fundamento ou suas raízes na existência, por si só, do processo.⁴⁹⁴ Assim, se a verdade processual se alcança apenas através do processo, enquanto atividade dialética, a culpabilidade somente poderá emergir com a conclusão daquele, através da sentença de mérito. Como corolário, a inocência do acusado, durante o processo penal, não é algo que se presume ou se conjecture; ela deve ser considerada um fato real e certo enquanto não advenha a sentença final.⁴⁹⁵ Desta forma, o termo técnico "presunção de inocência" deve ser encarado como uma metáfora, significando apenas que o resultado do processo encontra-se aberto até que a sentença - condenatória ou absolutória - seja proferida. Neste sentido, a presunção de inocência teria como única finalidade proteger o processo, garantindo, no seu desenrolar, a incerteza de seu resultado, do contrário, a atividade processual dialética se converteria num mero ritual ou protocolo sem sentido, através do qual apenas se retardaria a confirmação da hipótese acusatória,

juntamente com outras garantias fundamentais do Estado democrático de direito: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2005, p. 549.

⁴⁹³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 01 e 37.

⁴⁹⁴ SANCHÉZ, Javier; GÓMEZ-TRELLES, Vera. *Variaciones sobre la Presunción de Inocencia: Análisis funcional desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 35.

⁴⁹⁵ Ibid., p. 36.

já tomada de antemão. Assim, a presunção de inocência, em seu sentido normativo, não é mais um dos princípios do processo penal; ela contém em si o próprio significado do processo.⁴⁹⁶

Entende-se que esta visão normativista do princípio coincide, até certo ponto, com o entendimento ferrajoliano de processo penal, fundado na verdade processual, e que tem implicações fundamentais no terreno da prisão processual e demais medidas cautelares pessoais. Não obstante, existem diferenças fundamentais entre ambas as visões. Consoante a tese normativista, se a presunção de inocência protege o processo, as intervenções ou restrições aos direitos fundamentais dos acusados, no campo probatório e cautelar, estariam justificadas para assegurá-lo, desde que preservada a dignidade humana.⁴⁹⁷ Neste sentido, a prisão provisória somente estará justificada para preservar o processo, em caráter cautelar e excepcional.⁴⁹⁸

Já na visão de Luigi Ferrajoli, a prisão processual é uma medida essencialmente ilegítima, que subverte completamente os dois sentidos atribuíveis ao princípio de presunção de inocência, e que, portanto, não se justifica em nenhuma hipótese. Para o jus-filósofo italiano, o princípio de presunção de inocência é, antes de tudo, um critério de justiça em favor da liberdade dos inocentes e da garantia de que os acusados da prática de infração penal não sofrerão as consequências de uma pena enquanto não for devidamente comprovada a sua culpabilidade. Assim, a dupla dimensão assinalada ao princípio de presunção de inocência – como regra de tratamento do imputado e como regra de juízo – estão estreitamente vinculadas, e por isso Ferrajoli o define como garantia, ao mesmo tempo, de liberdade e de verdade.⁴⁹⁹

Não obstante o significado amplo que o princípio de presunção de inocência comporta, é preciso considerar que, no Brasil, o constituinte, ao reconhecer o postulado, buscou inspiração no modelo italiano, de clara inclinação ideológica fascista, que tinha como finalidade reduzir-lhe o alcance.⁵⁰⁰ Consoante

⁴⁹⁶ SANCHÉZ, Javier; GÓMEZ-TRELLES, Vera. *Variaciones sobre la Presunción de Inocencia: Análisis funcional desde el Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 37.

⁴⁹⁷ Ibid., pp. 38-45.

⁴⁹⁸ Ibid., p. 46.

⁴⁹⁹ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Presunción de inocencia e prisión sin condena. In: *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 9, n. 13, agosto de 1997, p. 01.

⁵⁰⁰ Neste sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 32; GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 104. Em sentido contrário, Maurício Zanoide de

Ibañez⁵⁰¹, a Assembléia Constituinte italiana, ao reconhecer em 1948 o referido princípio, optou pelo termo menos radical *não-culpabilidade*, ao invés de *inocência*, de forma a buscar uma compatibilidade com a prisão provisória. Da mesma forma ocorreu no Brasil, cuja Constituição não faz expressa referência ao termo "presunção de inocência". Isto deu margem para que se forjasse o entendimento de que a Constituição de 1988 reconhece o princípio de *presunção de não-culpabilidade*, e não de *presunção de inocência*. Entende-se que esta interpretação vem acompanhada do objetivo claro de acomodar a prisão processual, regulada no Código de Processo Penal, ao regime constitucional. Com efeito, a Constituição de 1988 não faz expressa referência às espécies de prisão cautelar, mas tão-somente à prisão em flagrante e à liberdade provisória, esta elevada à categoria de direito fundamental.⁵⁰²

A compatibilização do tratamento legislativo da prisão processual com o princípio constitucional de *presunção de inocência* implica necessariamente na exigência de que a privação de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória seja admitida apenas de maneira excepcional, a título cautelar, em caso de estrita necessidade de se preservar o processo, autorizada pelo juiz através de decisão fundamentada. Esta delimitação da prisão provisória como cautela, de caráter excepcional, foi sendo paulatinamente construída pela doutrina, com o propósito de afastar qualquer equiparação da medida à pena privativa de liberdade.

Com efeito, após a entrada em vigor da Constituição, os doutrinadores brasileiros passaram a discutir intensamente os parâmetros de cautelaridade da prisão antes da sentença definitiva, e neste sentido, a fundamentação válida da

Moraes entende que o constituinte brasileiro optou pela atual redação do artigo 5º, inciso LXVII ("ninguém será considerado *culpado* até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"), em lugar do que fora proposto inicialmente pela Comissão Afonso Arinos ("presume-se *inocente* todo acusado até que haja declaração judicial de culpa"), apenas buscando um maior apuro técnico na linguagem e que, pela análise histórica do trabalho da Constituinte, as referências à "presunção de inocência" e à "presunção de não-culpabilidade" foram feitas como sinônimos. Assim, para este autor, o constituinte brasileiro não se inspirou, como ocorreu na Itália, em conteúdo ideológico fascista e sim em valores humanistas: MORAES, Maurício Zanoide. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 215-225.

⁵⁰¹ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Garantismo: uma teoría crítica de la jurisdicción. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (orgs.) *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005, p. 74.

⁵⁰² Artigo 5º, inciso LXI - "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. Artigo 5º, inciso LXVI - "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança".

prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal. O legislador do Código de 1941 optou por um modelo aberto, que relegou ao poder jurisdicional a tarefa de delimitar o sentido e o alcance das expressões "conveniência da instrução criminal", "assegurar a aplicação da lei penal" e "garantia da ordem pública", que consistem nos fundamentos legais da prisão preventiva consoante artigo 312 do Código de Processo Penal.⁵⁰³ Assim, era necessário reconstruir tais significados à luz do princípio constitucional de presunção de inocência, de maneira a conformar a prisão preventiva às exigências necessárias para a sua configuração como medida cautelar.

Formou-se aos poucos um consenso entre os processualistas de que a prisão preventiva exige, para a sua decretação, pressupostos objetivos que configurem o *fumus commissi delicti* (prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria), além de requisitos idôneos para a sua conformação como medida cautelar. Tais requisitos, que na verdade consistem em fundamentos ou justificativas da necessidade da prisão como cautela, deveriam revelar uma situação de perigo processual provocada pela conduta do imputado em liberdade (*periculum libertatis*). Assim, a prisão preventiva decretada em razão da "conveniência da instrução criminal" (em caso de perigo de destruição de elementos de prova e constrangimento de vítimas e testemunhas) e "para assegurar a aplicação da lei penal" (em caso de perigo de fuga), configurava-se legitimamente como medida cautelar, pois destinava-se a assegurar a atividade jurisdicional e a eficácia da futura sentença.

No entanto, o fundamento da "garantia da ordem pública" passou a ser intensamente questionado em face do princípio de presunção de inocência e da exigência de que toda e qualquer a prisão antes da condenação definitiva revista-se de cautelaridade. Consoante explica Gomes Filho⁵⁰⁴, a ideia de ordem pública relaciona-se, em verdade, com aquelas formas de encarceramento que se configuram como medidas de defesa social, destinadas a fornecer à sociedade uma imediata resposta ao delito, ou a evitar a prática de novos crimes (prevenção especial), presumindo-se a periculosidade do acusado.

⁵⁰³ ZILLI, Marcos. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, jul./ago. 2010, p. 471.

⁵⁰⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Significados da presunção de inocência. In: COSTA, José Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 473.

Da mesma forma, a doutrina mais garantista passou a questionar, à luz da Constituição e da técnica da cautelaridade, a idoneidade dos critérios de reincidência e maus antecedentes para se avaliar a necessidade da prisão no momento da pronúncia e da sentença condenatória recorrível, bem como a constitucionalidade da exigência de recolhimento à prisão como condição para apelar. Assim, os requisitos subjetivos de reincidência e maus antecedentes tornam-se inaceitáveis porque baseados numa presunção de *periculum libertatis*, e a prisão para apelar é denunciada como clara afronta ao direito constitucional de ampla defesa, à garantia do duplo grau de jurisdição, reconhecida expressamente na Convenção Americana, e à isonomia processual.

Por outro lado, parte da doutrina, corroborada pelo entendimento jurisprudencial majoritário, sustentava que a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível não tinha natureza cautelar, mas que, ainda assim, estaria justificada como legítima execução provisória da pena.⁵⁰⁵ Este entendimento era fundamentado nos artigos 637 do Código de Processo Penal e 27, §2º da lei 8.038/1990, que negam o efeito suspensivo, respectivamente, ao recurso extraordinário e ao recurso especial, determinando que, nestes casos, os autos originais do processo sejam baixados à primeira instância para a execução da sentença. Tais normas eram utilizadas para validar a prática corrente da execução provisória da sentença condenatória ainda não transitada em julgado⁵⁰⁶, que, no entanto, conflita claramente com o princípio de presunção de inocência e com a Lei de Execuções Penais (lei 7.210/1984), que prevê a expedição de guia de recolhimento somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em conformidade com o texto constitucional.

Assim, é flagrante que após o advento da Constituição, surgiu um grande disparate entre o modelo constitucional e o tratamento da prisão provisória no Código de Processo Penal de 1941. Como corolário da modificação de paradigma imposta ao processo penal brasileiro pela Carta de 1988, e com a ausência de um novo Código de Processo Penal, que rompesse com a política anterior e se adequasse às exigências constitucionais, era necessário que as normas infra-

⁵⁰⁵ Por todos: JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 375.

⁵⁰⁶ Esta posição foi, inclusive, materializada através da Súmula 267 do STJ: "A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão."

constitucionais relativas à prisão e à liberdade provisória fossem aplicadas em conformidade com a Constituição, através de um contínuo trabalho de interpretação e conformação legislativa.

No entanto, a vigência, durante longo período tempo, de um modelo fundado na presunção de culpabilidade e sua incorporação à cultura dos operadores do direito, tiveram como consequência uma enorme resistência à adequação das normas do Código de 1941 ao sistema constitucional. Ainda que a academia tenha se esforçado na tarefa crítica e de constante revisão das normas infra-constitucionais, com importantes avanços na construção dogmática da cautelaridade da prisão processual, a jurisprudência não se desenvolveu no mesmo compasso. Os operadores do direito insistiam na vinculação ao paradigma autoritário anterior.

Na prática, a prisão preventiva continuou sendo decretada desmedidamente, fundamentada em geral de forma incipiente, e no mais das vezes na necessidade de se garantir a ordem pública, que se consolidou como verdadeira cláusula aberta para se prender, acomodando justificativas incompatíveis com a natureza cautelar que o princípio de presunção de inocência impõe à conformação constitucional da prisão provisória.

Com efeito, a prisão preventiva, fundamentada na necessidade de se garantir a ordem pública, continuou a assumir os contornos de medida de defesa social, sendo decretada com base em critérios diversos, aceitos inclusive pelos tribunais superiores: a periculosidade do agente, a gravidade do delito, o clamor público, a insegurança social, a necessidade de se preservar a credibilidade das instituições e até mesmo de se garantir a incolumidade física do acusado.⁵⁰⁷

Foi somente ao final da década de 90 e, notadamente, nos anos 2000, que o STF passou a não aceitar a gravidade do delito como critério idôneo a justificar, por si só, a prisão preventiva, e também a afastar o clamor público como fundamento válido para a decretação desta modalidade de prisão provisória. O STF também passou a rejeitar decisões sem fundamentação idônea, que se restringiam à mera citação do texto legal, exigindo que os juízes fundamentem a necessidade da prisão preventiva através de fatos concretos e objetivos. No

⁵⁰⁷ ZILLI, Marcos. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, jul./ago. 2010, pp. 473-474.

entanto, os avanços jurisprudenciais na matéria não foram capazes de condicionar a atuação dos juízes de primeira instância, que continuaram se valendo da expressão legal "garantia da ordem pública" para decretar prisões preventivas fundamentadas na gravidade do delito e no clamor público.

Além disso, consolidou-se na prática a exigência de vinculação do acusado ao foro da culpa, ou de possuir residência fixa, entendendo-se que, em caso contrário, estaria presente o risco de fuga. Também se firmou no cotidiano forense a exigência de apresentação pelo acusado de documentos comprobatórios de emprego estável, sob pena de ser considerado vadio e ter sua prisão preventiva decretada. Mesmo após a revogação da norma do CPP que autorizava esta hipótese, a exigência de emprego estável continuou a ser um critério aferido na prática pelos juízes para avaliar a necessidade da prisão preventiva no caso concreto, inserindo-se de forma definitiva, na cultura forense.

Ademais, durante longo período de tempo, o pensamento dominante na jurisprudência foi o de que a prisão obrigatória no momento da sentença condenatória recorrível e da pronúncia, bem como a exigência de recolhimento à prisão para apelar eram compatíveis com o princípio constitucional de presunção de inocência.⁵⁰⁸ Gradativamente, o STF e o STJ, com a mudança em sua composição, passaram a exigir que a prisão nestas hipóteses fosse fundamentada nos requisitos de cautelaridade exigidos para a decretação da prisão preventiva, bem como a declarar que a prisão para apelar afronta os princípios constitucionais e convencionais.⁵⁰⁹ Tais modalidades de prisão, não obstante sua não-recepção pela Constituição, continuaram em pleno vigor até 2008, quando, na esteira da mudança de orientação dos tribunais superiores, foram finalmente abolidas do ordenamento pátrio. Da mesma forma, somente em 2009, o STF rechaçou a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível, justificada como execução provisória da pena.

Assim, pode-se afirmar conclusivamente que o princípio de presunção de inocência, como regra de tratamento do imputado, não produziu, após o advento da Constituição, efeitos jurídicos relevantes e as práticas arbitrárias permaneceram. Este princípio constitucional não determinou uma mudança na

⁵⁰⁸ Esta compatibilidade foi inclusive sumulada pelo STJ: "A exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional de presunção de inocência" (Súmula 09).

⁵⁰⁹ Neste sentido, a Súmula 347 do STJ: "O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão."

mentalidade e na atuação dos operadores do direito: formou-se uma abissal distância entre a teoria que sustenta a prisão como cautela e a prática massiva de encarceramentos decretados sem fundamentação idônea. Não foi possível, deste modo, romper, na prática, com o paradigma anterior. Em verdade, o princípio de presunção de inocência passou a cumprir a função político-retórica de manter a aparência de que o direito penal no Brasil é aplicado com a observância de todas as garantias processuais, e não como instrumento de punição antecipada, e a funcionar como mero instrumento para encobrir a realidade social brasileira na qual a maioria dos réus não dispõe de meios e recursos formais e materiais necessários à promoção de uma defesa eficaz em juízo e, portanto, não recebem tratamento igualitário nem desfrutam do *status* de inocentes.

A transição do regime ditatorial brasileiro para o regime constitucional democrático não determinou, portanto, um efetivo rompimento com a cultura autoritária, elitista e excludente, de raiz escravocrata. Como aconteceu em geral nos países latino-americanos que passaram por transições de ditaduras para governos civis, as mudanças políticas não puseram um fim às práticas autoritárias e às sistemáticas violações de direitos humanos, que remanesceram, sobretudo, no sistema de controle penal, impedindo a efetiva consolidação do Estado de direito e o exercício da cidadania plena.⁵¹⁰

Assim, não é possível esquecer que o Brasil possui antecedentes históricos, culturais e econômico-sociais que até hoje exercem grande influência nos mecanismos punitivos, de maneira que convivem aqui, lado a lado, o Estado democrático de direito, com a previsão formal de direitos e garantias individuais em matéria penal, e o Estado policial, “herdeiro da tradição escravocrata, autoritária e ditatorial, legitimado, a cada instante, pelo discurso da eficácia e da segurança”.⁵¹¹

⁵¹⁰ PINHEIRO, Paulo Sérgio. Introdução. O Estado de Direito e os não-privilegiados na América Latina. In: MÉNDEZ, Juan E., O'DONNELL, Guillermo, PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs.). *Democracia, violência e injustiça. O não-Estado de Direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p.11.

⁵¹¹ TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas da segurança pública. In: HOLLENSTEINER, Stephan (org.). *Estado e Sociedade Civil no Processo de Reformas no Brasil e na Alemanha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 59. No mesmo sentido: DORNELLES, João Ricardo W. *Conflito e Segurança (entre pombos e falcões)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 111: “Assim, coexistem elementos positivos, que emergiram do processo de transição democrática, com os elementos negativos, que se originam na herança histórica autoritária, elitista e excludente da sociedade brasileira, aprofundados com a experiência de vinte anos de regime militar autoritário, se expressando através da sobrevivência de uma ‘sociedade incivil’, de uma

A confluência entre Estado de direito e Estado de polícia, sempre presente nas práticas punitivas, influenciou de forma intensa o processo de constitucionalização do ordenamento processual penal brasileiro, que se desenvolveu de forma lenta, impulsionado pelo trabalho da academia e pela gradual mudança de entendimento dos tribunais superiores. Passou-se à compreensão de que o Código de 1941 necessitava urgentemente de alterações compatíveis com o modelo constitucional, que fossem mais facilmente incorporadas ao cotidiano dos operadores do direito. Ao mesmo tempo, os influxos autoritários sempre se fizeram presentes, através de iniciativas que se opunham às transições emancipatórias em matéria de tutela dos direitos humanos no processo penal.

4.6

O retrocesso legislativo após o advento da Constituição de 1988

Após a promulgação da Constituição de 1988, era de se esperar que as novas leis relativas à prisão cautelar e à liberdade provisória se orientassem pelo modelo constitucional garantista⁵¹², assim como se conformassem ao sistema protetivo internacional em matéria de direitos humanos, introduzido no Brasil com a adesão à Convenção Americana em 1992. No entanto, aconteceu o movimento oposto: os anos que se seguiram, sobretudo os da década de 90, caracterizaram-se por um intenso processo legiferante em matéria penal e processual penal, que representou um grave retrocesso na tutela dos direitos e garantias fundamentais dos acusados, com implicações desastrosas para o regime da prisão processual e da liberdade provisória, com profundos impactos até os dias atuais. Pode-se dizer que o rigor da legislação aprovada neste período contribuiu significativamente para o encarceramento em massa que se instalou definitivamente no Brasil nos anos 90 do século passado.

Tal legislação, arraigada ao espírito do Código de Processo Penal, vedou o direito à liberdade provisória para acusados de certos crimes, insistindo na previsão de hipóteses de prisão preventiva compulsórias, manifestamente

‘sociedade política elitista, não submetida ao controle dos excluídos, das não-elites’, de um ‘não-Estado de Direito’ para a imensa massa popular, além de um não-acesso à justiça.”

⁵¹² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: comentários à Lei 12.403, de 04-05-2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

inconstitucionais, assentadas somente na gravidade do delito. Também se perseverou na cultura da prisão processual obrigatória no momento da sentença condenatória, contrária aos princípios da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição. Por outro lado, houve também uma ampliação do rol das espécies de prisão antes da condenação, com a instituição da prisão temporária, e um alargamento da fundamentação da prisão preventiva, que passou a ser possível também para se garantir "a ordem econômica" (finalidade manifestamente inconstitucional inserida pela Lei 8.894/1994 no artigo 312 do Código de Processo Penal).

Ao mesmo tempo, a jurisprudência pátria não avançou da maneira esperada para efetivamente romper com a cultura autoritária herdada, o que só foi de fato ocorrer bastante tardiamente.

4.6.1

Lei 7.960/1989 - a instituição da prisão temporária

Logo após o advento da Constituição de 1988, foi instituída no país, através de medida provisória baixada pelo Presidente da República e depois convertida na lei 7.960/1989, uma nova modalidade de prisão provisória, passível de decretação apenas durante a investigação policial: a prisão temporária. Em verdade, esta modalidade de prisão convalidou no país a prática policial ilegal de se prender para averiguações⁵¹³, comum durante os períodos ditatoriais e que franqueava às autoridades policiais poder para cometer toda a sorte de arbitrariedades, inclusive torturar e matar.

A constitucionalidade da lei 7.960/89 sempre foi questionada por diversos motivos, dentre os quais o primeiro deles advém justamente de sua fonte normativa original. Em caso de diploma normativo que cuida de restrição ao direito de liberdade, impõe-se que o início do processo legislativo se dê através de projeto de lei, elaborado de acordo com as formas e o procedimento

⁵¹³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: comentários à Lei 12.403, de 04-05-2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

constitucionalmente estabelecidos, e não através de medida provisória, de competência do Chefe do Poder Executivo.⁵¹⁴

Não obstante, ainda que bastasse esse vício de origem para que se declarasse a inconstitucionalidade da prisão temporária, o instituto também se afasta da necessária natureza cautelar que deverá revestir-se toda prisão antes de condenação definitiva, inobservando princípios e regras constitucionais⁵¹⁵.

A prisão temporária é modalidade de prisão provisória admitida somente na fase do inquérito policial, em tese para resguardar a eficiência da atividade de apuração de crimes elencados taxativamente na lei 7.960/89, em caso de existência de fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação delitiva (artigo 1º, inciso III). Esta modalidade de prisão, vigente até os dias atuais, pode ser decretada quando seja imprescindível para as investigações do inquérito policial (artigo 1º, inciso I) ou quando o indiciado não tenha residência fixa ou não forneça elementos necessários à sua identificação (artigo 1º, inciso II).⁵¹⁶

Primeiramente, verifica-se que a prisão temporária impõe-se a indivíduos simplesmente *suspeitos* da prática de crimes graves, uma vez que, em regra, ainda não existe imputação na fase de inquérito policial, mas apenas um juízo de mera *possibilidade*, e não *probabilidade*, acerca da autoria delitiva, e que por isso mesmo deverá ser investigada. Assim, na prática, o pressuposto objetivo da prisão temporária, não obstante a lei exija fundadas razões de autoria, somente poderá

⁵¹⁴ FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 22-25: “Se o Estado Democrático de Direito, criado pela CF/88 (art. 1º), é um Estado de Direitos e Garantias Fundamentais; se, entre tais garantias, se inclui a de que todo cidadão só poderá ser despojado de sua liberdade pessoal se, *por lei*, sua conduta for anteriormente prevista e sua pena previamente cominada; se, também deve ser regrado, *por lei*, todo mecanismo de coerção pessoal no processo; se se considera *lei* o ato normativo procedente do Poder Legislativo, elaborado segundo a forma e o processo constitucionalmente prescritos, a medida provisória, que verse sobre a matéria penal ou a respeito de limitações da liberdade pessoal, no curso do processo ou fora dele, constitui instrumento totalmente inadequado para tais finalidades e sua adoção atrita, de modo manifesto, com as normas constitucionais ensejando uma insuportável violação ao Estado Democrático de Direito.”

⁵¹⁵ KARAM, Maria Lúcia. Prisão e Liberdade processuais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 1, n. 2, abril-junho de 1993, p. 89.

⁵¹⁶ Discutiu-se intensamente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, se a prisão temporária seria cabível em qualquer das hipóteses elencadas nos incisos I, II e III do artigo 1º, aplicados de forma alternativa, ou se os incisos deveriam, ao contrário, ser aplicados de forma cumulativa. Acabou prevalecendo o entendimento mais racional e razoável, no sentido de que, para a decretação da prisão temporária, é sempre necessária a presença do inciso III (fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação nos crimes elencados na lei), cumulado com qualquer um dos outros dois incisos, que explicitam as razões do encarceramento. Buscava-se assim justificar a prisão temporária como medida cautelar.

ser precário. Ademais, os fundamentos da prisão preventiva também são frágeis no que diz respeito à necessidade cautelar da prisão. A hipótese de o indiciado não ter residência fixa ou não fornecer elementos para a sua identificação não indica, por si só, um real perigo de que empreenda fuga, e, além do mais, as pessoas suspeitas não deveriam ser presas simplesmente porque não têm um comprovante de residência ou por que o Estado não tem competência para identificá-las.⁵¹⁷

Da mesma forma, a imprescindibilidade das investigações não é fundamento válido para se encarcerar alguém a título cautelar. Primeiramente, não se pode decretar a prisão de um suspeito com o fim de obrigá-lo a colaborar com as investigações do inquérito policial, uma vez que, em decorrência do seu direito ao silêncio constitucionalmente assegurado, o indiciado ou o mero suspeito também não pode ser compelido ao interrogatório ou a participar de acareações e reconstituições. Ademais, se o indiciado ou suspeito estiver obstaculizando a produção de provas, existe a previsão de “prisão preventiva por conveniência da instrução criminal”.

4.6.2

O restabelecimento da prisão preventiva obrigatória no direito pátrio e as posteriores mudanças legislativas e jurisprudenciais

Nos anos 90, surgiram novas leis no Brasil com nítida finalidade política de conferir maior rigor às normas penais e processuais penais, através do agravamento de penas, tipificação de novos crimes, e da restrição de direitos e garantias processuais. De todas elas, sobressai-se a lei 8.072, de 25-07-1990 (Lei de Crimes Hediondos) que reincorporou ao ordenamento pátrio a ideia vigente durante o Estado Novo de que a severidade da lei penal e processual penal é o instrumento mais eficaz para a repressão da criminalidade.⁵¹⁸

A lei 8.072/1990 vedou aos acusados da prática de crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, o direito à fiança, acompanhando a previsão constitucional (artigo 5º, inciso LXVI), mas

⁵¹⁷ BECK, Francis. Apontamentos críticos sobre a prisão provisória no direito processual penal brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais*, ano 1, 2001, n. 04, p. 85.

⁵¹⁸ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 100.

também afastou o regime de liberdade provisória, admitido pela Constituição sem quaisquer ressalvas.⁵¹⁹

Ao vedar a liberdade provisória para os acusados de determinados crimes, sem estabelecer um critério válido para tal restrição, a não ser a gravidade de tais infrações penais, a lei 8.072/1990 reintroduziu no ordenamento pátrio a modalidade de prisão preventiva obrigatória, destituída de natureza cautelar, que havia sido banida do Código de Processo Penal em 1967. O legislador infra-constitucional, no afã de empregar rigidez punitiva à lei, instituiu um regime de prisão preventiva automática e discriminatória, interpretando, de forma errônea, que a vedação constitucional de fiança para certos crimes (artigo 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV), também o autorizava a vedar a liberdade provisória aos acusados dos mesmos delitos.⁵²⁰ No entanto, a Constituição contempla o direito à liberdade provisória indistintamente para todos os acusados, independentemente da espécie e natureza do crime imputado (artigo 5º, LXVI). Ademais, tais prisões automáticas afrontam os artigos 5º, inciso LXI e 93, inciso IX, da Constituição, que exigem que toda e qualquer forma de prisão seja devidamente fundamentada por autoridade judicial competente.

Inobstante a lacônica vedação à liberdade provisória estabelecida pela lei 8.072/1990, era exigível, à luz dos princípios constitucionais de presunção de inocência, de igualdade perante a lei e de motivação das decisões judiciais, que os juízes fundamentassem os decretos de prisão preventiva de acusados de crimes hediondos e equiparados de acordo com as exigências do artigo 312 do Código de Processo Penal. No entanto, esta interpretação constitucional não foi, em regra, adotada pelos juízes no momento da aplicação do artigo 2º, inciso II, da lei 8.072/1990. Ao contrário, a interpretação literal da lei prevaleceu, gerando, como consequência, uma infinidade de conversões judiciais automáticas da prisão em flagrante em prisão preventiva, e também a prática freqüente de manutenção

⁵¹⁹ Lei 8.072/1990, artigo 2º, em sua redação original - “Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...) II – fiança e liberdade provisória”. Acrescente-se que a lei 8.072/1990 também ampliou os prazos de prisão temporária de cinco para trinta dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, nas hipóteses de crimes hediondos e equiparados (artigo 2º, §4º).

⁵²⁰ RESENDE, Tiago Souza de. A liberdade provisória como regra constitucional. In: RESENDE, Sérgio Antônio de; PINTO, Felipe Martins; ESTEVES, Heloísa Monteiro de Moura (orgs.). *Análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça: estudos em homenagem à Desembargadora Jane Ribeiro da Silva*. Belo Horizonte: Atualizar, 2009, pp. 279-280.

arbitrária da prisão em flagrante pelo juiz ao longo de todo o processo penal, sem a devida conversão em preventiva.⁵²¹ O resultado, obviamente, foi uma intensificação do fenômeno encarcerador, na linha da política criminal dominante, e das prisões provisórias desnecessárias.

Seguindo a mesma orientação política da lei 8.072/1990, as leis 9.034, de 03-05-1995 (crimes relacionados às organizações criminosas) e 9.613, de 03-03-1998 (crimes de lavagem de dinheiro) também passaram a vedar ao acusado o direito à liberdade provisória, estabelecendo, assim, uma presunção legal de que a prisão preventiva era necessária para determinados crimes considerados graves.⁵²²

Nos anos 2000, novas leis continuaram a contemplar prisões processuais obrigatórias. Com efeito, a lei 10.826, de 22-12-2003 (Estatuto do Desarmamento), em seu artigo 21, considerou insuscetíveis de liberdade provisória os crimes tipificados nos artigos 16 (posse ou porte de arma de fogo de uso restrito), 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de arma de fogo).

Por sua vez, a nova lei de drogas (lei 11.343, de 23-08-2006) vedou, em seu artigo 44, o direito à fiança e à liberdade provisória aos acusados de crimes previstos nos artigos 33, *caput* e §1º, e 34 a 37 (condutas relacionadas com o tráfico ilícito de drogas).

Durante longo período de tempo, a jurisprudência se mostrou refratária à manifesta inconstitucionalidade dos dispositivos das citadas leis, inclusive o STJ e o STF. Sustentava-se existir, com relação aos crimes hediondos e assemelhados, uma relação direta e natural entre o regime de inafiançabilidade determinado pela Constituição e a vedação da liberdade provisória prevista em leis infra-constitucionais.⁵²³ O STJ entendia que, sendo o delito inafiançável, presumia-se a necessidade da custódia cautelar.⁵²⁴

⁵²¹ LOPES JR., Aury. Crimes hediondos e a prisão em flagrante como medida pré-cautelares. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 3, 2001, pp. 73-83.

⁵²² Lei 9.034/1995, artigo 7º - “Não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa.”

Lei 9.613/1998, artigo 3º - “Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade”.

⁵²³ ZILLI, Marcos. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 85, jul./ago. 2010, pp. 478-479.

⁵²⁴ STJ. RHC 10.337/SP, Relator Min. Hamilton Carvalhido, DJU 19-02-2001.

Foi somente em 2007 que o STF reconheceu, através da ADIn 3112-1, a inconstitucionalidade do artigo 21 do Estatuto do Desarmamento, declarando expressamente que a Constituição "não autoriza a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente".⁵²⁵ A partir deste reconhecimento, tornou-se premente a revisão do posicionamento jurisprudencial acerca da constitucionalidade das demais leis ordinárias que vedavam a liberdade provisória, inclusive da lei de crimes hediondos.

Paralelamente, no mesmo ano de 2007, entrou em vigor a lei 11.464, de 28-03-2007, que deu nova redação ao artigo 2º da lei 8.072/1990, retirando de seu inciso II a vedação à liberdade provisória para os acusados da prática de crimes hediondos e a eles equiparados (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo).

Ao retirar a proibição genérica contida no artigo 2º da lei 8.072/1990, a lei 11.464/2007 derogou o artigo 44 da lei 11.343/2006, que vedada especificamente a liberdade provisória para delitos relacionados com o tráfico de drogas.⁵²⁶ Ademais, se ainda não bastasse esta alegação para afastar a incidência da norma contida no artigo 44 da lei 11.343/2006, a fundamentação desenvolvida pelo STF para o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 21 do Estatuto do Desarmamento serviria para se sustentar igualmente a inconstitucionalidade da vedação da liberdade provisória prevista na lei de drogas.⁵²⁷

No entanto, não foi esta a orientação do STF e do STJ, que continuaram admitindo a vigência e constitucionalidade do artigo 44 da lei de drogas.⁵²⁸

⁵²⁵ STF. ADIn 3.112-1. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, j. 02-05-2007. DOU 10-05-2007.

⁵²⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 492.

⁵²⁷ MARCÃO, Renato. Artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas): a liberdade provisória em crime de tráfico de drogas na visão do Supremo Tribunal Federal. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, ano X, nº 60, fev./ mar. 2010, p. 220.

⁵²⁸ STF, HC 78.086/DF, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 9.4.1999; STF, HC 79.386/AP, 2ª Turma, maioria, Rel. originário Min. Marco Aurélio, Red. p/ o acórdão Min. Maurício Corrêa, DJe 4.8.2000; HC 82.695/RJ, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Carlos Velloso, DJe 6.6.2003; STF, HC 83.468/ES, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 27-2-2004; STF, HC 93.653, Rel. Min. Helen Gracie, DJe 27/06/2008; HC 93.991, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 27/06/2008; HC 92.757, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 25/04/2008; HC 93.302, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 09/05/2008; HC 95.539/CE, 2ª turma, Rel. Min. Eros Grau; HC 100.831/MG, Relator Min. Ricardo Lewandowski; RO em HC 105.431/GO, 1ª Turma, Min. Rel. Cármen Lúcia, j. 02/08/2011, DJe 06/10/2011; HC 103.599/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 31/08/2010, DJe 24/09/2010. STJ, RHC 23.083/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU 22-04-2008; STJ, RHC 22379/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho,

Argumentava-se, dentre outros motivos, que, apesar de o tráfico de drogas ser crime equiparado a hediondo, a lei 11.343/2006 é posterior à lei 8.072/1990 e, que, por este motivo, a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos autorizada pela lei 11.464/2007 não abarcaria a hipótese de tráfico de drogas.

Tal entendimento passou a ser revisto pelos Tribunais Superiores a partir de 2008.⁵²⁹ Em 2009, a 2ª turma do STF reconheceu a inconstitucionalidade da prisão obrigatória prevista no artigo 44 da lei 11.343/2006.⁵³⁰ Entretanto, a grande maioria dos Ministros da 1ª Turma do STF ainda persistia no entendimento de que a vedação à liberdade provisória prevista no artigo 44 da lei 11.343/2006 era constitucional. Por fim, em maio de 2012, o plenário do STF, por maioria de votos, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante do *caput* do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006.⁵³¹ Nesta decisão emblemática, o STF concedeu *habeas corpus* para que fossem apreciados, no caso concreto, os requisitos previstos no artigo 312 do CPP, e reconheceu que: **(i)** a inafiançabilidade do delito, determinada pela Constituição, artigo 5º, XLII, não impede a concessão da liberdade provisória; **(ii)** que a vedação apriorística da liberdade provisória é incompatível com os princípios constitucionais de presunção de inocência, do devido processo legal, e da necessária fundamentação de toda e qualquer forma de prisão; **(iii)** que a

DJU 22-04-2008; STJ, RHC 22.623/MT, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fisher, DJU 22-04-2008; STJ, RHC 19123, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 14-10-2008, DJU 03-11-2008; STJ, AgRg em RHC 24.103-MG, Rel. Min. Og Fernandes, j. 19-03-2009, DJU 06-04-2009; STJ, HC 124.757/SP, Rel. Min. Celso Limongi, j. 07-05-2009, DJU 25-09-2009; AgRg em HC 118.518, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 19-05-2009, DJU 08-06-2009.

⁵²⁹ **STF**. MC-HC 96.715-9/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19-12-2008; MC-HC 97.976/MG, Rel. Min. Celso de Mello, j. 09/03/2009, DJe 12/03/2009; HC 100.745/SC, Rel. Min. Eros Grau, j. 17-09-2009; HC 93.115/BA, Rel. Min. Eros Grau, HC 100.185/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, unânime, DJe 6-8-2010. **STJ**. RHC 24349, 6ª Turma, Relatora Min. Jane Silva, j. 11-11-2008.

⁵³⁰ **STF**. HC 101.505/SC, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, j. 15/12/2009, por unanimidade de votos, DJ 12/02/2010: " (...) a vedação da concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante delito por tráfico de entorpecentes, veiculada pelo artigo 44 da lei n. 11.343/2006, consubstancia afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade humana (artigos 1º, III, e 5º, LIV e LVII da Constituição do Brasil). Daí a necessidade de adequação, a esses princípios, da norma infraconstitucional e da veiculada no artigo 5º, XLIII, da Constituição do Brasil, --- sempre referida pelos que entendem que inafiançabilidade leva à vedação da liberdade provisória. A inafiançabilidade não pode e não deve --- considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal --- constituir causa impeditiva da liberdade provisória": trecho do voto do Ministro Eros Grau. No mesmo sentido: **STF**. HC 102.105/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau. DJ 16-04-2010.

⁵³¹ **STF**. HC 104.339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 10-05-2012, DJe 06-12-2012, por maioria de votos, vencidos os Ministros Luiz Fux, Joaquim Barbosa e Marco Aurelio.

gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não constitui fundamento idôneo para a decretação da prisão cautelar.

Em 2010, o STF já havia declarado incidentalmente, no *habeas corpus* 97.256/RS⁵³², a inconstitucionalidade dos artigos 33, §4º e 44, parte final, ambos da lei 11.343/2006, que vedavam a conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos para os condenados pro tráfico de drogas. Assim, a decisão em plenário em 2012, reconhecendo a inconstitucionalidade da vedação automática da liberdade provisória para os delitos de tráfico de drogas foi coerente com a decisão de 2010, uma vez que por razões de proporcionalidade e razoabilidade, não faz sentido a manutenção do encarceramento a título cautelar quando as circunstâncias concretas permitam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.⁵³³

Ainda que esta decisão em plenário do STF seja emblemática e deva ser parâmetro para a interpretação constitucional do artigo 44 da lei 11.343/2006 pelos demais juízes e tribunais, é preciso se ter em vista que o reconhecimento da referida inconstitucionalidade se deu através de reconhecimento incidental, por meio de controle difuso de constitucionalidade. Portanto, a decisão que reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 44 da lei 11.343/2006 produziu apenas efeitos endoprocessuais, não sendo oponível aos juízes e tribunais inferiores.⁵³⁴ Assim, não obstante o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 44 da lei nº 11.343/2006 pela Corte Constitucional brasileira, é recomendável, para se romper a prática jurisdicional de vedação arbitrária e automática da liberdade provisória para acusados de tráfico de drogas, a revogação expressa do citado dispositivo legal. Da mesma forma, a vedação à liberdade provisória na lei Trata-se de medida fundamental para o rompimento

⁵³² **STF**. HC 97.256/RS, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 01-09-2010, DJe 16-12-2010, por maioria de votos, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Carmen Lúcia, Ellen Gracie e Marco Aurélio.

⁵³³ MOURA, Maria Theresa Rocha de Assis; CASTANHEIRA, Érica Silva Gomide. A proibição de liberdade provisória na lei de drogas (inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal). *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 20, nº 239, out./2012, p. 06.

⁵³⁴ As decisões através das quais o STF realiza um controle incidental de constitucionalidade, possível em Recursos Extraordinários ou julgamentos de *Habeas Corpus*, não são oponíveis aos tribunais e juízes de instâncias inferiores, exceto se for editada súmula vinculante, regulada pela Lei nº 11.417/2006, ou que se trate de Recurso Extraordinário submetido à repercussão geral pelo STF. Por sua vez, as decisões proferidas pelo Supremo no âmbito de controle concentrado de constitucionalidade, através das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Ações Declaratórias de Constitucionalidade e Ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental são dotadas de eficácia erga omnes e efeito vinculante para todos os demais juízes e tribunais.

com a cultura de decretação automática da prisão preventiva pelos tribunais brasileiros.

No tocante aos crimes de lavagem de dinheiro, o legislador, em 2012, finalmente revogou o artigo 3º da lei nº 9.613/1998, que vedava a liberdade provisória de maneira automática para os imputados da prática de tais delitos.⁵³⁵

Com relação aos crimes praticados por meio de organização criminosa, a Lei nº 9.034/95 foi recentemente revogada pela Lei nº 12.850/2013. A nova lei contra o crime organizado, felizmente, não vedou a liberdade provisória de forma automática aos acusados envolvidos na prática de crimes em organização criminosa, não repetindo, portanto, a inconstitucionalidade da lei anterior.

4.6.3

A insistência na prisão processual para recorrer

O referido período também caracterizou-se pela persistência do legislador infraconstitucional em exigir que o réu fosse recolhido à prisão como condição para apelar, a exemplo do que autorizavam os artigos 594 do Código de Processo Penal e 31 da Lei 7.492/1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional, ainda em vigor).

Com efeito, o artigo 9º da lei 9.034/1995 (organizações criminosas) repetiu a regra consubstanciada no artigo 35 da lei 6.368/1976 (lei de drogas em vigor neste período), vedando ao condenado o direito a apelar em liberdade, em franca discordância com o direito constitucional à ampla defesa e com o direito ao duplo grau de jurisdição, reconhecido expressamente na Convenção Americana.

Da mesma forma, a nova lei de drogas (lei 11.343/2006, artigo 59) determinou que, nas hipóteses dos crimes tipificados nos artigos 33, *caput* e §1º, e 34 a 37, o réu não poderia apelar sem recolher-se à prisão, salvo se primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, repetindo, portanto, a norma contida no artigo 594 do Código de Processo Penal.

O reconhecimento da inconstitucionalidade de tais dispositivos legais pela jurisprudência de nossos tribunais superiores, a despeito dos veementes

⁵³⁵ A lei nº 12.683, de 09-07-2012, alterou diversos dispositivos da lei 9.613/1998, com o objetivo declarado de "tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro". Ainda que as medidas legais - sobretudo penais - previstas sejam, em sua maioria, incompatíveis os princípios constitucionais e garantias do imputado, tal lei tem o mérito de, em seu artigo 1º, §2º, ter revogado expressamente o artigo 3º da lei 9.613/1998.

clamores e críticas da doutrina, deu-se, assim como ocorreu com as hipóteses legais de prisão preventiva obrigatória, de forma tardia.

Conforme será exposto à continuação, em 2008, com o advento das mini-reformas do Código de Processo Penal, o artigo 594 do Código de Processo Penal foi revogado pela lei 11.719/2008, consolidando-se o entendimento de que a prisão não pode ser imposta ao processado como condição para que o mesmo faça jus ao direito ao duplo grau de jurisdição, e de que toda e qualquer prisão processual, independentemente do momento em que vier a ser decretada, deverá ser fundamentada pelo juiz nos pressupostos e requisitos de cautelaridade exigidos para a prisão preventiva. Esta deve ser, portanto, a interpretação a ser dada ao artigo 31 da lei 7.492/1986 e ao artigo 59 da lei 11.343/2006, que ainda dispõem que o réu não poderá apelar sem antes recolher-se à prisão. Por sua vez, a nova lei contra o crime organizado (lei 12.850/2013) não repetiu a norma do artigo 9º da lei anterior (lei 9034/1995).

4.7

O reconhecimento constitucional do princípio da razoável duração do processo e as implicações jurisprudenciais relativas ao prazo razoável da prisão processual

Através da Emenda Constitucional nº 45, de 08-12-2004, o sistema constitucional brasileiro passou a contemplar expressamente o princípio da razoável duração do processo.⁵³⁶ Trata-se, no âmbito penal, de uma norma que, orientada *a priori* para os objetivos de celeridade e efetividade da atividade processual, foi, após a Segunda Guerra Mundial, objeto de uma reinterpretação que lhe conferiu o alcance de uma garantia judicial para os direitos fundamentais do acusado.⁵³⁷

A partir de então, a cláusula da razoável duração do processo foi definitivamente incorporada, pelos tratados internacionais de direitos humanos e pelas Cartas Políticas dos Estados nacionais, como direito fundamental do imputado a ser julgado sem dilações indevidas. Assim, consoante Daniel Pastor,

⁵³⁶ A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu no artigo 5º da Constituição de 1988 o inciso LXXVIII, com a seguinte redação: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

⁵³⁷ PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 100.

este é a compreensão que deve privilegiar o entendimento do citado princípio: *os processos devem terminar o mais rapidamente possível em interesse de todos, mas, acima de tudo, para resguardar a dignidade do imputado*.⁵³⁸ Trata-se de entendimento que fortalece o Estado de direito, reforçando os parâmetros delimitadores do emprego da força estatal.

Em verdade, este direito fundamental já era reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo de sua menção expressa no texto constitucional, uma vez que contemplado nos artigos 7.5 e 8.1 da Convenção Americana, recepcionados pelo artigo 5º, §2º, da Constituição de 1988.⁵³⁹ Não obstante, a tardia previsão constitucional foi importante para o Brasil, devido às discussões travadas na jurisprudência a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos⁵⁴⁰, e também para intensificar o debate em torno da necessidade de definição legal do prazo razoável do processo penal e, em especial, da prisão cautelar.

É que no Brasil sempre imperou a omissão legislativa no tocante aos prazos máximos de duração da prisão preventiva e do processo penal, indeterminação legal que perdura até os dias atuais, em plena vigência do princípio, reconhecido nos planos constitucional e convencional, que veda as dilações indevidas do processo e, como corolário, da prisão processual. À exceção da prisão temporária, própria da fase investigativa policial, cujo prazo máximo está especificado nas leis nº 7.960/1989 e 8.072/1990 - cinco dias, prorrogáveis por igual período, ou, em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, trinta dias, prorrogáveis por igual período -⁵⁴¹, a prisão preventiva não possui prazo máximo previsto em lei, podendo durar *a priori* enquanto o juiz ou tribunal entender que persista o *periculum libertatis*.

O que existe no Brasil, em termos de balizamento temporal da prisão preventiva, é uma orientação ou interpretação jurisprudencial que reconhece que a privação de liberdade do imputado durante o processo configura constrangimento

⁵³⁸ PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 100.

⁵³⁹ LOPES JR., Aury. Direito ao processo penal no prazo razoável. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 65, mar./abr. 2007, p. 221.

⁵⁴⁰ Trata-se do debate sobre a estatuta legal, supra-legal, ou constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, conforme discutido no capítulo anterior sobre controle de convencionalidade.

⁵⁴¹ Tais prazos estão discriminados, respectivamente, nos artigos 2º da lei 7.960/1989 e 3º da lei 8.072/1990.

ilegal, passível de controle por *habeas corpus*⁵⁴², se o somatório dos atos procedimentais ultrapassar, no caso concreto, oitenta e um dias. Este prazo global, baseado na duração dos atos do antigo procedimento ordinário⁵⁴³, contados desde a fase de inquérito policial até a sentença em primeira instância, passou a ser aceito, na década de noventa, pela maioria dos tribunais brasileiros. Observe-se que o critério adotado para a aferição do constrangimento ilegal associa o prazo da prisão preventiva ao prazo de duração do processo penal, o que a princípio está correto, uma vez que o prazo razoável do processo e o da prisão preventiva, como seu instrumento, estão estreitamente relacionados. No entanto, o critério não abarca a fase recursal, e, estando o acusado preso, destinava-se apenas à análise da duração da prisão preventiva, e não como parâmetro para a análise do prazo razoável do processo penal.⁵⁴⁴ Com relação aos crimes definidos na lei de drogas, adotou-se o mesmo critério do somatório dos atos procedimentais: na vigência da antiga lei nº 6.368/1976, o prazo, duplicado pela lei 8.072/1990, era de 76 dias; na vigência da atual lei de drogas (lei nº 11.343/2006), o prazo pode chegar a 185 dias.⁵⁴⁵

Com o decorrer do tempo, ocorreu uma mudança de entendimento da jurisprudência, por um lado, motivada pela verificação de que o término do procedimento ordinário em 81 dias era uma meta dificilmente cumprida pelos tribunais, e, notadamente, como reação contrária à imediata soltura do réu preso,

⁵⁴² O artigo 648, inciso II, considera coação ilegal "quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei".

⁵⁴³ O cômputo do prazo de 81 dias abrangia o somatório dos lapsos temporais dos seguintes atos relativos ao procedimento ordinário discriminados no Código de Processo Penal, *antes da reforma operada pela Lei nº 11.719/2008*: inquérito policial (artigo 10 - 10 dias); denúncia (artigo 46 - 5 dias); defesa prévia (artigo 395 - 3 dias); inquirição de testemunhas (artigo 401 - 20 dias); requerimento de diligências (artigo 499 - 2 dias); despacho de requerimento (artigo 499 c/c artigo 800, §3º - 10 dias); alegações das partes (artigo 500 - 6 dias); diligências *ex officio* (artigo 800, II - 5 dias); sentença (artigo 502 c/c artigo 800, §3º - 20 dias).

⁵⁴⁴ LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 102-103.

⁵⁴⁵ Na vigência da lei nº 6368/1976, o somatório dos prazos totalizava 38 dias. O artigo 10 da lei nº 8072/1990 acrescentou um parágrafo único ao artigo 35 da lei 6368/1990, que determinava que os prazos deveriam ser contados em dobro, no caso dos crimes tipificados nos artigos 12, 13 e 14 da lei 6368/1976. Posteriormente, com a lei 10.409/2002, o prazo global dos delitos tipificados na lei 6368 foi alterado para 69 dias, mas, havendo duplicação do prazo do inquérito (artigo 29, parágrafo único), deveriam ser acrescentados mais 15 dias, totalizando 84 dias. Na nova lei de drogas (lei 11.343/2006), adotando-se o mesmo critério do somatório dos prazos, o procedimento deverá terminar no prazo de 85 dias, se a sentença for proferida em audiência. Se houver a duplicação da fase de inquérito (artigo 51) e a prolação da sentença em 10 dias (artigo 58), o procedimento se encerrará em 125 dias. Se houver exame de dependência (artigo 56, §2º), o procedimento poderá durar 185 dias: LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 101, nota de rodapé nº 49.

se o processo não terminasse no referido prazo.⁵⁴⁶ Esta mudança de entendimento culminou na edição pelo STJ das súmulas 52, 64 e 22.

A súmula nº 52 do STJ passou a fixar um novo momento processual para a verificação do excesso de prazo em caso de processo de réu preso, com o fim de configuração do constrangimento ilegal e conseqüente desencarceramento. Esta súmula, balizadora do entendimento jurisprudencial até os dias de hoje, estabelece que "encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo". Assim, o termo final do prazo de 81 dias, em caso de processo penal com réu preso, deixou de ser a sentença condenatória em 1º grau, passando a ser a oitiva das testemunhas de defesa, consistente no último ato da instrução criminal. Deste modo, o limite de 81 dias foi mantido, mas antecipou-se o seu termo final, reduzindo-se a questão à razoável duração da instrução criminal, e não de todo o processo. Tratou-se de mudança de entendimento incompatível com o princípio constitucional da duração razoável do processo, que não se refere apenas à duração razoável da instrução, mas de todo o procedimento.⁵⁴⁷

Ademais, a súmula 52 convalidou o entendimento de que, após o término da instrução criminal, a prisão preventiva poderia ser mantida independentemente do tempo em que o acusado nela tenha permanecido até aquele momento e que ainda poderá permanecer, uma vez que não mais se poderá alegar constrangimento ilegal pelo excesso de tempo do procedimento. Em outras palavras, se a instrução já terminou, desconsidera-se completamente, para o fim de identificação do prazo razoável de encarceramento, o tempo de prisão preventiva a que efetivamente tenha sido submetido o acusado, mesmo que tenha ultrapassado os 81 dias. Trata-se de um critério que ofende o princípio de presunção de inocência, e, além do mais, profundamente injusto e desumano, uma vez que desconsidera o tempo real de encarceramento sofrido pelo imputado, assim como o que virá a sofrer eventualmente pela demora no trâmite e julgamento dos recursos. Há evidentemente uma sobreposição de razões utilitaristas sobre os direitos fundamentais do imputado.

⁵⁴⁶ LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 108.

⁵⁴⁷ Ibid.

No mesmo sentido, a súmula nº 21 do STJ estabelece, em relação ao procedimento especial dos crimes dolosos contra a vida, que uma vez "pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo da instrução". Além de ofender o princípio da razoável duração do processo, uma vez que o rito dos crimes dolosos contra a vida não se encerra com a decisão de pronúncia, e sim com o julgamento em plenário, não há razão plausível para que os termos finais do constrangimento ilegal na súmula 21 (término da primeira fase do procedimento dos crimes dolosos contra a vida) e na súmula 52 (término da instrução criminal) ocorram em momentos diferenciados.⁵⁴⁸

Por sua vez, a súmula 64 do STJ estabelece que "não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução provocado pela defesa". Esta súmula, na prática, foi desvirtuada, levando ao entendimento equivocado, contrário ao princípio da ampla defesa, de que o termo final para se alegar constrangimento ilegal, pelo excesso de prazo da prisão, é o término da oitiva das testemunhas de acusação. Acrescente-se que a súmula 64 dá margem para uma confusão entre abusos dilatórios provocados pelo comportamento do imputado e o exercício amplo do direito de defesa, que jamais poderá ser cerceado, ainda que provoque maior lentidão do procedimento.

Em 1995, a lei 9.034 (lei contra o crime organizado) fixou expressamente, em seu artigo 8º, o prazo máximo de 180 dias para a duração da prisão processual. Pela primeira vez, o legislador pátrio previu um limite máximo de duração da prisão cautelar. A inovação legislativa foi recebida com entusiasmo pela doutrina, que há tempos reclamava uma delimitação temporal da prisão preventiva. Entendia-se que tal prazo, ainda que fixado especificamente para os crimes aos quais incidisse a lei 9.034/1995, também poderia ser aplicável, por interpretação analógica, aos demais crimes, e que, a partir de então, o critério jurisprudencial dos 81 dias configuraria um prazo mínimo para a prisão cautelar, e que os 180 dias seriam o seu limite legal máximo.⁵⁴⁹ A doutrina mais garantista entendia ainda, em conformidade com o princípio de presunção de inocência, que o prazo de 180 dias, por configurar um limite temporal máximo de duração da

⁵⁴⁸ LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 111.

⁵⁴⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. Novo prazo máximo da prisão cautelar: 180 dias. *Boletim do IBCCrim*, nº 32, ago./1995.

prisão processual, autorizava a alegação de constrangimento ilegal pelo excesso de prazo até o trânsito em julgado da sentença.⁵⁵⁰

No entanto, o contentamento doutrinário durou pouco: em 1999, o artigo 8º da lei nº 9.034/1995 foi alterado pela lei nº 9.303, de 13-07-1999, passando a prever que "o prazo para o encerramento da instrução criminal, nos processos de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um) dias, quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando solto". Esta modificação legal consagrou o critério jurisprudencial dos 81 dias⁵⁵¹, e consolidou o entendimento jurisprudencial, contido na súmula 52 do STJ, de que o termo final do referido prazo não é a data da sentença ou, coerentemente com o princípio de presunção de inocência, a data do trânsito em julgado da decisão final de mérito, e sim o ato que encerra a instrução criminal. Enfim, ocorreu um profundo retrocesso legislativo, que priorizou o entendimento jurisprudencial dominante em detrimento da previsão expressa de um prazo máximo da prisão processual.

É fundamental destacar que o entendimento jurisprudencial sumulado e a previsão legal de lapsos temporais para a duração da instrução criminal na lei contra o crime organizado não arrefeceram o problema da duração irrazoável da prisão cautelar, que continua a ser uma das principais causas da hiperinflação carcerária e das arbitrariedades que cercam o uso da prisão preventiva no país. O prazo de 81 dias é altamente descumprido por juízes e tribunais, assim como o desencarceramento por excesso de prazo na instrução também não ocorre em regra, notadamente por que o que existe é apenas uma orientação jurisprudencial e não um prazo legal com previsão expressa de sanção em caso de descumprimento.

Acrescente-se que os tribunais superiores passaram a flexibilizar o prazo de 81 dias, permitindo e justificando a sua extensão nas hipóteses de complexidade da causa, elevado número de réus, necessidade de expedição de cartas precatórias para oitiva de testemunhas fora da comarca, instauração de incidentes processuais, e atos procrastinatórios da defesa.⁵⁵² O entendimento

⁵⁵⁰ PRADO, Geraldo; WILLIAM, Douglas. *Comentários à lei contra o crime organizado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 97; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 230.

⁵⁵¹ LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 115.

⁵⁵² STF, HC 110.288/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21-05-2013; HC 114.758/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. 12-03-2013; HC 111.801/ES, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, j. 12-11-2013; HC, 114.804/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11-12-2012; HC 104.849, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 01-03-2011; HC 103.385. 1ª Turma, Rel. Min.

majoritário no STF e no STJ é o de que a aferição de excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal não resulta de simples operação aritmética, devendo ser balizada de acordo com as particularidades de cada caso concreto. O entendimento dominante é também no sentido de que, com a superveniência da sentença condenatória em primeira instância e da decisão de pronúncia, com nova fundamentação para a manutenção da prisão preventiva, encontra-se superada a alegação de excesso de prazo.⁵⁵³ Além disso, a jurisprudência confunde, demasiadas vezes, os parâmetros de justificação da necessidade cautelar da prisão preventiva com os critérios para a aferição da razoabilidade do prazo de duração do encarceramento a título cautelar. Assim, na prática, a avaliação acerca da duração razoável da prisão processual, que, em geral, não ocorre em primeiro grau de jurisdição, está sujeita no âmbito dos tribunais superiores a uma análise permeada pela discricionariedade, uma vez que desvinculada de um parâmetro legal que defina com precisão a sua duração máxima, e também que estabeleça o dever do juiz de realizar um controle periódico das razões e do tempo de duração da prisão processual.

Ressalte-se que, no tocante à interpretação do prazo razoável, a jurisprudência do STF e do STJ acompanha o entendimento consolidado pelo TEDH e pela Corte IDH, segundo o qual a razoabilidade do prazo da prisão cautelar e do processo penal não pode ser estabelecida abstratamente em lei,

Dias Toffoli, j. 08-02-2011; RO-HC 105.431/GO, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 02-08-2011, DJe 06-10-2011; HC 106.675, 2ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 14-06-2011; HC 102.119/ES, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 25-10-2010, DJe 25-06-2010; HC 101.131/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Helen Gracie, j. 04-10-2010. **STJ**, HC 263.985/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellize, DJe 25/11/2013; HC 140.907/CE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 23/11/2009; RHC 32.164/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 14/05/2012; HC 145.467/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 01/07/2010; HC 139.630/SP, Rel. Min. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 03/11/2009; RHC 24.081/PI, Rel. Min. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 20-10-2008; RHC 39.337/ES, Rel. min. Laurita Vaz, DJe 19-11-2013; RHC 41.090/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 12-11-2013.

⁵⁵³ **STF**, HC 113189/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, j. 02-04-2013; HC 108.151/CE, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 24-04-2012; HC 110.313/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 13-12-2011, DJe 12-12-2012; HC 104.227/MS, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 26-04-2011; HC 103.020/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 06-05-2011; RHC 95.207/PI, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. 15-02-2011; HC 97548/SP, Rel. Min. Helen Gracie, 2ª Turma, j. 04-08-2009; HC 93023, AgR/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, 1ª Turma, j. 24-04-2009; HC 96486/RJ, 2ª Turma Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 06-11-2009; RHC 94.677/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 30-04-2009; HC 93. 673/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 26-07-2008; HC 69.448/MG, Rel. Min. Celso Mello, 1ª Turma, DJe 17-11-2006STF, HC 84.474/RJ, 1ª Turma. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 12-11-2004. **STJ**, RHC 41.158/ES, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 22/11/2013; HC 263.709/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 29-11-2013; RHC 39.337/ES, Rel. min. Laurita Vaz, DJe 19-11-2013; RHC 41.090/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 12-11-2013; HC 84.507/ES, Rel. Min. Jane Silva, DJe 05-11-2007.

devendo ser aferida judicialmente, de acordo com as particularidades do caso concreto, tendo-se em vista a complexidade da matéria, o comportamento processual do interessado e a diligência das autoridades.⁵⁵⁴ Não obstante, é fundamental se considerar que este entendimento das Cortes Internacionais de Direitos Humanos não impediu que a grande maioria dos Estados nacionais democráticos europeus e americanos fixasse em lei um limite temporal máximo de duração da prisão processual.⁵⁵⁵

Trata-se de medida fundamental que não ofende o critério adotado pelas Cortes Internacionais, uma vez que não fixa um prazo legal *in abstracto* para a prisão cautelar, e sim um parâmetro temporal máximo para a sua duração. Ademais, o entendimento mais recente da Comissão IDH é no sentido de que, ainda que o Estado-parte não seja obrigado a fixar abstratamente o prazo razoável da prisão preventiva, é recomendável que estabeleça um limite máximo, regulando, desta forma, o direito ao prazo razoável do encarceramento durante o processo.

Conforme se analisará posteriormente neste capítulo, o Código de Processo Penal, com a reforma de 2011, mais uma vez se omitiu a respeito do prazo temporal máximo da prisão preventiva.

Por fim, acrescente-se que, em setembro de 2013, entrou em vigor a nova Lei contra o Crime Organizado - lei nº 12.850, de 02-08-2013 - que, revogando a lei 9.034/1995, contemplou novo prazo para o término da instrução criminal relativa à persecução estatal de crimes praticados por organizações criminosas. O artigo 22, parágrafo único da lei 12.850/2013 dispõe que "a instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável", e que o prazo máximo para tanto, quando o réu estiver preso, é de 120 dias, prorrogáveis, por igual período,

⁵⁵⁴ Assim, a jurisprudência no Brasil adota a denominada "doutrina do não-prazo", segundo a qual não é possível se determinar, com precisão absoluta, quando um prazo é razoável ou não, uma vez que não se pode quantificá-lo em dias, semanas, meses e anos. Assim, o prazo razoável deve ser aferido judicialmente no caso concreto, com base na complexidade da causa, na atividade processual do interessado e na conduta das autoridades. A "doutrina do não-prazo" é sustentada pelo TEDH e pela Corte IDH: PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, pp. 166 e 205. No mesmo sentido: SERGI, Natalia. El plazo "mínimo" de duración del encarcelamiento preventivo según el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, nº 6, Buenos Aires, jun./2007.

⁵⁵⁵ PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 443.

mediante decisão fundamentada na complexidade da causa ou em fato procrastinatório atribuível ao réu. Perceba-se que a citada lei recrudesceu o tratamento do prazo razoável da instrução fixado na lei anterior: além de não ter previsto um prazo para a finalização do processo em caso de réu solto, aumentou o lapso temporal para a finalização da instrução, em caso de réu preso, de 81 dias para 120 dias, e ainda previu uma prorrogação deste prazo por igual período. Significa que, em caso de crimes praticados por organização criminosa, a instrução criminal (e não todo o processo penal), quando o imputado esteja preso, poderá estende-se até o total de 240 dias. Ultrapassado tal prazo máximo, a prisão cautelar configurará constrangimento ilegal. Além disso, os critérios eleitos para o deferimento e fundamentação judicial da prorrogação do referido prazo dão margem à interpretação discricionária, contrária aos princípios constitucionais e passíveis de violação de direitos fundamentais do imputado, especialmente a justificativa de procrastinação atribuível ao réu, facilmente confundida com atos que expressem, em verdade, o exercício amplo do direito de defesa, e como seu corolário, o direito ao duplo grau de jurisdição.

4.8

As reformas parciais do Código de Processo Penal e as alterações legislativas relativas à prisão processual ocorridas em 2008

Conforme salientado, após a entrada em vigor da Constituição, tornou-se evidente a imprescindibilidade de revisão do modelo do Código de Processo Penal de 1941, dada a disparidade entre suas normas e a Carta de 1988. Esta necessidade tornou-se cada vez mais imperiosa diante da resistência dos operadores do direito em realizar, na prática, a conformação das normas processuais aos preceitos constitucionais, dificultada, ainda, pelas reformas sucessivas do Código e pelo recrudesimento legislativo ocorrido na década de 90 e no início dos anos 2000.

Após as diversas alterações legislativas sofridas pelo Código de Processo Penal, o tratamento das medidas cautelares pessoais era confuso, assistemático e ainda polarizado em dois instrumentos extremos - a prisão processual e a liberdade provisória -, sem previsão legal de medidas cautelares alternativas.⁵⁵⁶

⁵⁵⁶ Observe-se que, não obstante a polarização legal no campo das cautelares pessoais, a jurisprudência pátria, inclusive o STF (v.g., HC 86.916, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 02-05-2006, DJe 08-09-2006), adotava a prática freqüente de condicionar a soltura dos acusados

Por outro lado, ainda permaneciam vigentes as prisões compulsórias no momento da pronúncia e da sentença condenatória recorrível. Passou-se a discutir a necessidade de a codificação brasileira romper com a dicotomia entre prisão e liberdade, ampliando o rol de medidas cautelares pessoais, a exemplo de sistemas processuais-penais europeus, como o italiano e o português.⁵⁵⁷ Reiterava-se ainda a necessidade de se realizar outras alterações no Código, fundamentais à sua conformação constitucional, dentre elas, a abolição das prisões compulsórias.

Em 1999, o então Ministro da Justiça, José Carlos Dias, convidou o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do qual faz parte Ada Pellegrini Grinover e outros professores da Universidade de São Paulo, a apresentar propostas de reforma do Código de Processo Penal para encaminhamento posterior ao Congresso Nacional. Em 2000, foi criada, através de Portaria nº 61, de 20-01-2000, uma Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, composta pela professora Ada Pelegrini Grinover (Presidente), Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, Petrônio Calmon Filho, Rogério Lauria Tucci, René Ariel Dotti (posteriormente substituído por Rui Stoco) e Sidnei Augustinho Beneti.

O trabalho desenvolvido pela Comissão Grinover teve como expressa referência o Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, elaborado com o objetivo de orientar e promover um movimento de reforma dos sistemas processuais de todos os países da comunidade hispano-luso-americana, ainda atrelados a modelos inquisitoriais.⁵⁵⁸ Este Código-Tipo, de cuja elaboração a

ao depósito de seus passaportes em juízo, ou mediante proibição de viajar sem autorização judicial, independentemente da ausência de previsão legal de tais medidas restritivas da liberdade no direito pátrio. Para justificar tais procedimentos, sustentava-se, com base no artigo 3º do Código de Processo Penal, a existência de um poder geral de cautela do juiz, em analogia ao artigo 798 do Código de Processo Civil. No entanto, a doutrina mais abalizada denunciava a inadmissibilidade do poder geral de cautela do juiz no processo penal, uma vez que contrário aos princípios constitucionais da legalidade e da presunção de inocência.

⁵⁵⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 46, n. 183, jul./set./2009, pp. 12-13.

⁵⁵⁸ O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América serviu de base para a reforma nos anos noventa do século passado dos sistemas processuais da Guatemala, Costa Rica, Chile, Venezuela, Bolívia, Paraguai, dentre outros, e para as reformas parciais do Código de Processo Penal brasileiro: AMBOS, Kai; WOISCHNICK, Jan. Las reformas procesales penales en América Latina: resumen comparativo de los informes nacionales. In: AMBOS, Kai; WOISCHNICK, Jan (coords.). *Las reformas procesales penales en América Latina*. Argentina: Ad-Hoc, 2000, pp. 869-870. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do processo penal. *Revista de Derecho Penal*: Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, n. 13, p. 187.

professora Ada Pellegrini participou juntamente com diversos juristas latino-americanos⁵⁵⁹, baseou-se no trabalho realizado por Alcalá-Zamora para a elaboração do Código da província argentina de Córdoba, e por Clariá-Olmedo e Velez Mariconde, para a elaboração das bases para a unificação legislativa em matéria processual penal da América Latina, e teve, declaradamente, como inspiração o Código de Processo Penal da Alemanha e as tendências do processo penal espanhol, português, italiano e francês.⁵⁶⁰

No entanto, contrariamente ao que ocorreu em vários países latino-americanos, a proposta da Comissão Grinover para a reforma brasileira não contemplou uma modificação global do Código de Processo Penal de 1941, e sim várias reformas parciais ou tópicas (relativas a temas e institutos específicos), consubstanciadas em diversos anteprojetos de lei. Entendia-se que a reforma total do Código, ainda que desejável, era inexecutável no ponto de vista operacional, tendo-se em vista a morosidade e demais obstáculos para a tramitação legislativa e a aprovação pelo Parlamento de um estatuto inteiramente novo, e que as reformas tópicas consistiam, portanto, no veículo mais viável e adequado para a reforma do processo penal brasileiro.⁵⁶¹

Este raciocínio se desenvolvia na contramão do entendimento de outros estudiosos sobre o tema, que, ainda hoje, defendem a imprescindibilidade de uma reforma global do Código de 1941. Entendia-se que a discussão sobre a reforma do processo penal brasileiro - como questão pública pautada por intensa complexidade - é inerente ao regime democrático, e encontraria sua via mais adequada através de uma reforma global, única capaz de realizar um verdadeiro corte epistemológico, compatível com o modelo constitucional.⁵⁶² Assim, as reformas parciais não teriam razão de ser quando se deve alterar totalmente a

⁵⁵⁹ Fairén-Guillén, José Frederico Marques, Fernando de la Rúa, Julio Maier e Jayme Bernal Cuellar.

⁵⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação latino-americana: convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 1, n. 1, jan./mar. 1993, p. 43; GRINOVER, Ada Pellegrini. O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América 10 anos depois. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 8, n. 30, abr./jun. 2000, p. 42.

⁵⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Introdução - A reforma do processo penal. Anteprojetos de Lei de Reforma do Código de Processo Penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 9, n.33, jan./mar. de 2001, p. 305.

⁵⁶² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais no Brasil. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 78, 2002, pp. 687-688. No mesmo sentido: PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da lei 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 19, n. 223, jun. 2011, p. 10.

estrutura de um sistema, que exige um debate intenso e plural, consciente dos jogos políticos, que envolva a participação não apenas dos Poderes Executivo e Legislativo, mas também da comunidade acadêmica, dos atores intervenientes no sistema penal e da sociedade civil.⁵⁶³

Esta mudança de estrutura sistêmica só poderia efetivar-se através da sustentação de um projeto de Código totalmente novo, de base epistêmica sólida e consistente, capaz de fazer frente aos discursos anti-democráticos e efficientistas em matéria processual-penal, reduzindo-se assim, ao máximo possível, os espaços de interferência e de rompimento sistêmico.⁵⁶⁴ A reforma total do Código de Processo Penal seria a forma mais segura de se conter os influxos políticos e midiáticos de cariz autoritário, que andam de mãos dadas com a lógica da eficiência dos instrumentos processuais, e que, em última medida, importam em supressão de direitos e garantias.

Não obstante, as reformas parciais foram o instrumento escolhido pelo Estado brasileiro para a reforma do Código de Processo Penal na segunda metade dos anos 90, paralelamente à aprovação de uma legislação emergencial em matéria penal e processual-penal⁵⁶⁵, que continuou a se desenvolver nos anos 2000, conforme apontado nos itens anteriores deste capítulo.

A princípio, a Comissão Grinover debruçou-se sobre a revisão de antigos projetos de reforma apresentados ao Congresso Nacional brasileiro em 1994 por comissão anterior.⁵⁶⁶ Ao final, foi apresentada ao Ministro da Justiça uma série de onze anteprojetos de reforma, que foram objeto de debate pela comunidade

⁵⁶³ CHOUKR, Fausi Hassan. Reformas e continuísmos no processo penal brasileiro: breve contribuição à análise do itinerário reformista. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. *Setenta anos do Código de Processo Penal brasileiro: balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 134-140.

⁵⁶⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais no Brasil. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 78, 2002, pp. 690-697. No mesmo sentido: LOPES JR., Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 19, n. 223, jun. 2011, p. 05.

⁵⁶⁵ CHOUKR, Fausi Hassan. Op.cit, p. 133: o autor destaca diversas leis que formaram no Brasil um sistema emergencial: Medida Provisória 111/1989 e Lei 7.960/1989 (prisão temporária); leis 8.072/1990, 8.930/1994 e 9.695/1998 (crimes hediondos); lei 9.034/1995 (crime organizado); lei 9.613/1998 (lavagem de dinheiro); lei 9.807/1999 (colaboração com a justiça e programas de proteção a vítimas e testemunhas); lei 10.217/2001 (interceptações ambientais e agentes infiltrados); medida provisória 27/2002 e lei 10.446/2002 (intervenção da Polícia Federal em qualquer Estado); lei 10.792/2003 (regime disciplinar diferenciado).

⁵⁶⁶

jurídica, que apresentou propostas e sugestões.⁵⁶⁷ Em 06-12-2000, a Comissão de juristas apresentou ao então Ministro da Justiça, José Gregori, sete anteprojetos de lei de reformas parciais do Código de Processo Penal, com suas respectivas exposições de motivos. Tais anteprojetos deram origem a sete projetos de lei, que propunham a alteração de diversos institutos e normas do direito processual penal: (i) investigação criminal (Projeto de Lei nº 4.209/2001); (ii) procedimentos, suspensão do processo e efeitos da sentença condenatória (Projeto de Lei nº 4.207/2001); (iii) provas (Projeto de Lei nº 4.205/2001); (iv) interrogatório do acusado e defesa efetiva (Projeto de Lei nº 4.204/2001); (v) prisão, medidas cautelares e liberdade (Projeto de Lei nº 4.208/2001); (vi) Júri (Projeto de Lei nº 4.203/2001); (vii) recursos e ações de impugnação (Projeto de Lei nº 4.206/2001).

Todos os projetos foram encaminhados pelo Poder Executivo ao Legislativo de forma concomitante, mas tiveram tramitação separada, o que determinou que sua aprovação ocorresse em momentos diferenciados, permeados por longo período de tempo. Assim, em 2008, foram aprovadas e entraram em vigor as leis 11.689, 11.690 e 11.719, que modificaram profundamente o Júri, os demais ritos procedimentais contemplados no Código, e o regime de provas.

As leis 11.689/2008 e 11.719/2008, ainda que não tenham tratado especificamente do título referente à prisão e à liberdade provisórias, abarcaram mudanças que repercutiram diretamente no regime de cautelares pessoais. A primeira delas deu nova redação ao artigo 413, §3º, do Código de Processo Penal, que passou a exigir que o juiz, ao pronunciar o acusado, decida, motivadamente, sobre a manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida cautelar anteriormente decretada, ou, em caso de acusado solto, sobre a necessidade de decretação da prisão preventiva ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX, Livro I, do Código.

Por sua vez, a lei 11.719/2008 passou a exigir, no artigo 397 do CPP, que, no momento da sentença condenatória recorrível, o juiz decida, fundamentadamente, sobre a manutenção ou decretação da prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a

⁵⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Introdução - A reforma do processo penal. Anteprojetos de Lei de Reforma do Código de Processo Penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 9, n.33, jan./mar. 2001, p. 305.

ser interposta. Esta mesma lei também revogou expressamente o artigo 594 do Código de Processo Penal, pondo um fim à necessidade de prisão para apelar.

É possível perceber que os artigos 397 e 413, §3º, com a nova redação conferida pela reforma de 2008, fazem expressa referência a outras medidas cautelares diversas da prisão, que, no entanto, somente foram incorporadas ao Código de Processo Penal posteriormente, com a Lei 12.403/2011. Isto se deu porque, conforme já anotado, os projetos de lei oriundos do trabalho da Comissão Grinover, ainda que tenham sido criados para aprovação conjunta, tiveram tramitação e foram aprovados em momentos diferentes.

Em síntese, as reformas parciais de 2008 determinaram a abolição das prisões compulsórias no momento da pronúncia e da sentença condenatória recorrível, assim como da prisão como condição para o réu apelar da sentença condenatória, adequando o sistema do Código aos princípios de presunção de inocência, do duplo grau de jurisdição e da ampla defesa. Tais alterações legislativas ocorreram paralelamente à mudança de posicionamento jurisprudencial acerca da constitucionalidade das modalidades de prisão processual obrigatórias contempladas no Código de Processo Penal e em diversas leis ordinárias.⁵⁶⁸

Ademais, o legislador reforçou o mandamento constitucional de fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, IX, da Constituição de 1988), exigindo que a cautelaridade da prisão processual seja devidamente comprovada no caso concreto, independentemente do momento processual de sua decretação. Assim, as prisões passíveis de autorização na etapa final do processo e no momento da pronúncia reconfiguraram-se como prisão preventiva, passando a estar obrigatoriamente vinculadas aos pressupostos e requisitos exigidos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal. Com tal modificação, as espécies de prisão provisória admitidas pelo ordenamento pátrio reduziram-se à prisão em flagrante, à prisão preventiva e à prisão temporária. As mudanças, conforme

⁵⁶⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 46, n. 183, jul./set./2009, p. 14.

apontado, foram de encontro às reiteradas reivindicações da doutrina e do posicionamento mais atual do STF e do STJ sobre a matéria.⁵⁶⁹

⁵⁶⁹ Cumpre também destacar aqui a decisão histórica do STF em 2009, ao rechaçar a execução provisória da pena porque contrária ao princípio de presunção de inocência: LIMA, Marcellus Polastri. A prisão em decorrência da condenação recorrível, a Constituição Federal/88, a nova reforma do processo penal e o fim da chamada execução provisória da pena. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 33, dez./jan. 2010, pp. 16-17. Dois julgados importantes do STF neste sentido, onde se reconheceu que a prisão fundada exclusivamente na inexistência de efeito suspensivo ao recurso extraordinário assume contornos de execução antecipada de pena, sendo assim inconstitucional, por afrontar o direito à ampla defesa, e os princípios de presunção de inocência e proporcionalidade: HC 84.078-7/MG e HC 91.676/RJ.

A prisão provisória no novo sistema de cautelares pessoais brasileiro introduzido pela reforma de 2011: uma análise à luz dos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Em 04 de maio de 2011, foi aprovada a Lei nº 12.403, fruto de Anteprojeto sobre prisão, medidas cautelares e liberdade, que integrava o programa de reformas parciais do Código de Processo Penal, elaborado pela Comissão de Juristas (2000). Conforme destacado no capítulo anterior, este Anteprojeto resultou no Projeto de Lei nº 4.208/2001, que, em sua tramitação no Congresso Nacional até a sua aprovação em 2011, sofreu consideráveis alterações.

A Lei nº 12.403/2011 alterou o regime jurídico das medidas cautelares pessoais, complementando a reforma legislativa iniciada em 2008, que modificou a estrutura dos ritos procedimentais, o sistema de provas do Código de Processo Penal, e colocou um fim à autorização legal das prisões provisórias compulsórias. Completava-se, assim, o programa de reformas legislativas que tinha como norte a conformação do processo penal brasileiro à Constituição de 1988 e a recuperação da sistematicidade e coerência normativa do modelo⁵⁷⁰, modificando-se o referencial legal de 1941. Acrescente-se que esta ampla modificação legislativa, realizada no período de três anos, atingiu decisivamente o estatuto jurídico dos principais sujeitos do processo penal (juiz, Ministério Público e acusado), de maneira a buscar um reequilíbrio das relações de poder no sistema brasileiro de justiça criminal.⁵⁷¹

⁵⁷⁰ A Exposição de Motivos do Anteprojeto Grinover sobre prisão, medidas cautelares e liberdade refere-se a dois objetivos básicos buscados com a reforma: de um lado, a sistematização e atualização do tratamento da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória, buscando-se superar as distorções normativas produzidas por reformas sucessivas do Código de Processo Penal; de outra banda, a adequação do Código de 1941 às exigências constitucionais e às tendências das modernas legislações estrangeiras, fazendo expressa referência aos ordenamentos de Itália e Portugal, que contemplam rol de medidas cautelares pessoais alternativas à prisão preventiva: Anteprojeto de Lei de Reforma do Código de Processo Penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 9, n.33, jan./mar. de 2001, p. 333.

⁵⁷¹ PRADO, Geraldo. *El proceso penal brasileño veinticinco años después de la Constitución: transformaciones, permanencias*. Fala proferida no âmbito do II Congreso de Derecho Penal y Criminología, realizado em Buenos Aires por ALPEC, em 07-11-2013, p. 04. No mesmo sentido, a respeito das reformas parciais de 2008 e 2011: CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Algumas conclusões práticas sobre a reforma do Código de Processo Penal. *Revista de Direito do tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 80, set./2009, p. 60; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. As reformas processuais penais e a Lei

Antes de se adentrar propriamente na análise da Lei nº 12.403/2011, é importante sublinhar aqui o contexto político de sua tramitação e aprovação. O Projeto nº 4.208/2001, oriundo do Anteprojeto Grinover, foi aprovado em 2008 na Câmara dos Deputados, seguindo para o Senado no mesmo ano, onde recebeu o número 111/2008, e sofreu consideráveis alterações. Paralelamente, no mesmo ano de 2008, após a aprovação e publicação das leis 11.689, 11.690 e 11.719, instituindo reformas parciais do Código de Processo Penal, foi constituída uma comissão de nove juristas para elaborar um Código de Processo Penal inteiramente novo, que culminou, em 2009, no Projeto de Lei nº 156/2009, proposto pelo Senado Federal, e que passou a ser intensamente discutido em 2010, através de diversas propostas de emendas.⁵⁷² Não obstante, a lenta tramitação do Projeto de 2001, que propunha alterações parciais atinentes às medidas cautelares pessoais, veio a termo em 2011, sendo aprovada a Lei nº 12.403 em maio de 2011.

Mas porque a aprovação de uma lei de reforma parcial, cujo projeto fora elaborado há mais de dez anos, quando já se discutia um Código totalmente novo, com proposta de profunda revisão dos institutos e normas do processo penal? A resposta está no colapso do sistema carcerário brasileiro, que, em 2011, custodiava quase 200.000 presos provisórios e mais de 500.000 presos em seu total.⁵⁷³ Assim, o principal argumento lançado para a aprovação do projeto sobre medidas cautelares foi o da necessidade de se tomar providências urgentes face à crise do sistema prisional brasileiro, e, como corolário, a dificuldade e a lentidão na tramitação e aprovação do projeto de reforma total do Código de Processo

12.403/2011. *Revista de Direito do tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 88, jul./set. 2011, pp. 35-49.

⁵⁷² O Senador Renato Casagrande tomou a iniciativa, em 2008, de criar uma Comissão para elaborar um Anteprojeto de novo Código de Processo Penal, composta pelos juristas Hamilton Carvalhido, Antonio Magalhães Gomes Filho, Eugenio Pacelli de Oliveira, Fabiano Augusto Martins Silveira, Feliz Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar, Antonio Correa e Tito Souza do Amaral. Em abril de 2009, esta Comissão apresentou a versão final do Anteprojeto, que culminou no Projeto nº 156/2009, apresentado ao Senado Federal, e que passou a ser objeto de intenso debate nesta casa, sobretudo em dezembro de 2010, quando foram apresentadas 214 emendas, 65 aprovadas na íntegra e outras 32 parcialmente aproveitadas como subemendas do relator. O PLS 156/09 foi encaminhado à Câmara dos Deputados em 23-03-2011, onde segue em tramitação. Ao analisar aqui algumas disposições do referido projeto, será considerada a sua versão final, aprovada no Senado Federal e encaminhada à Câmara na referida data.

⁵⁷³ Consoante Aury Lopes Jr., a crise no sistema carcerário consistiu no "estado de emergência que pressionou mais esta reforma pontual" do Código de Processo Penal: LOPES JR., Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 19, n. 223, jun. 2011, p. 05.

Penal. Assevera Geraldo Prado⁵⁷⁴ que a aprovação do referido projeto sem aguardar a decisão legislativa sobre o projeto de novo Código, aponta para a gravidade da situação do Estado brasileiro, subordinado aos pronunciamentos da Corte Interamericana sobre emprego arbitrário da prisão preventiva, claramente direcionados a rechaçar sistemas que não contemplam medidas cautelares alternativas ao encarceramento, como ocorria no Brasil antes do advento da Lei nº 12.403/2011.

Como não poderia deixar de ser, esta urgência na votação do projeto não considerou o trabalho desenvolvido no projeto de reforma total do CPP (PLS nº 156/2009) no tocante às cautelares pessoais. Além do mais, durante o trâmite do projeto, foram extirpadas algumas modificações fundamentais, propostas inicialmente pela Comissão Grinover ou inseridas posteriormente pelo Senado Federal, a saber: (i) a que retirava do Código de Processo Penal a previsão da prisão preventiva fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública e da ordem econômica⁵⁷⁵; (ii) a que instituía o dever judicial de revisão periódica das medidas cautelares, e a que fixava prazos legais máximos de prisão preventiva⁵⁷⁶. Conforme se discutirá em sequência, tais proposições, que não chegaram a ser incorporadas ao Código, são imprescindíveis à conformação constitucional e convencional do sistema de cautelares pessoais brasileiro.

⁵⁷⁴ PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 103.

⁵⁷⁵ O fundamento legal da prisão preventiva para se garantir a ordem pública e a ordem econômica não fazia parte do texto original do Projeto de Lei nº 4.208/2001. Com efeito, o artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal, de acordo com a redação original proposta pelo Anteprojeto Grinover, dispunha que "a prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa". Anteprojetos de Lei de Reforma do Código de Processo Penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 9, n.33, jan./mar. de 2001, p. 337. No entanto, a garantia da ordem pública ou econômica como fundamento legal da prisão preventiva foi recuperada pela Câmara dos Deputados em 2002, mantida no Projeto até o final de sua tramitação e incorporada definitivamente no texto do Código com a aprovação da Lei 12.403/2011.

⁵⁷⁶ O Projeto de Lei nº 4.208/2001 recebeu importantes acréscimos no Senado Federal em 2008. Foi inserido, no §7º do artigo 282 do Código, o dever do juiz de reexaminar o decreto de medida cautelar a cada sessenta dias ou em prazo menor, quando a situação excepcional assim o exigisse. Também foi incluído o artigo 315-A, com previsão de um tempo máximo de 180 dias de prisão cautelar em cada grau de jurisdição: FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 46, n. 183, jul./set./2009, pp. 16 e 17. Ambas as alterações sugeridas foram retirada do projeto em sua votação final na Câmara dos Deputados, e, assim, não foram incorporadas à Lei nº 12.403/2011.

Não obstante, é inegável que a Lei nº 12.403/2011 trouxe inovações no tratamento da prisão e demais medidas cautelares, que aperfeiçoaram, ainda que parcialmente, o modelo constitucional em matéria de intervenção provisória de liberdade.⁵⁷⁷ Além disso, pode-se dizer que as modificações realizadas pela referida lei também determinaram uma maior proximidade do modelo brasileiro aos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ainda que existam muitos pontos de manifesta divergência, conforme se analisará neste capítulo.

Ressalte-se que o exame da Lei nº 12.403/2011, desenvolvido a seguir, não pretende adentrar e esgotar a discussão de todos os aspectos e inovações legais. O foco de análise será o da pretendida reconfiguração da prisão provisória dentro de um modelo que contempla medidas cautelares alternativas ao encarceramento, bem como de outros aspectos fundamentais, que estão estreitamente relacionados à desejada mudança de paradigma e de sua adequação ou harmonia com os parâmetros e orientações em matéria de direitos humanos desenvolvidos pelo Sistema Interamericano.

Assim, a análise que será feita destacará: **(i)** os limites da prisão como medida cautelar, no contexto de um sistema multifacetado de medidas desta natureza, que estão consubstanciados nos princípios de presunção de inocência e excepcionalidade da prisão preventiva (que determinarão os seus pressupostos, fundamentos e requisitos idôneos, de acordo com a Convenção Americana), e também nos princípios de proporcionalidade e de provisoriedade da prisão preventiva; **(ii)** os deveres judiciais de controle da prisão e de garantia dos direitos fundamentais do imputado preso, que se desdobram nas garantias de apresentação pessoal e imediata do preso ao juiz e reexame judicial periódico dos limites da prisão preventiva. São essencialmente estes os pontos ou questões fundamentais em matéria de prisão cautelar ressaltados na jurisprudência do Sistema Interamericano, que foram analisados no capítulo 2, e que cumprem ser agora debatidos no âmbito da legislação brasileira.

⁵⁷⁷ Neste sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04-05-2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 37-38; PRADO, Geraldo. *El proceso penal brasileño veinticinco años después de la Constitución: transformaciones, permanencias*. Fala proferida no âmbito do II Congreso de Derecho Penal y Criminología, realizado em Buenos Aires por ALPEC, em 07-11-2013, p. 04.

5.1

Os limites da prisão provisória como medida cautelar no Código de Processo Penal a partir das modificações promovidas pela Lei 12.403/2011

A grande inovação da lei nº 12.403/2011 consistiu na criação de um novo sistema multifacetado ou polimorfo de medidas cautelares pessoais. O Código de Processo Penal, com as alterações proporcionadas pela referida lei, afastou o regime binário anterior, baseado nos extremos da prisão e da liberdade provisórias, e instituiu um sistema que contempla amplo rol de medidas cautelares diversas da prisão.⁵⁷⁸

Tais medidas prometiam renovar, no plano infra-constitucional, o princípio de presunção de inocência no direito brasileiro, que consiste no parâmetro legal de conformação de todos os demais princípios que orientam o tratamento da prisão provisória, e que consistem, ao mesmo tempo, nos limites para sua admissão político-jurídica. Significa dizer que o sistema de justiça criminal brasileiro passou a contar com um instrumental necessário à efetivação do princípio da excepcionalidade da prisão cautelar, que advém da correlação entre o direito de liberdade individual, consagrado constitucionalmente como regra no processo penal, e o princípio de presunção de inocência. Da mesma forma, é a partir da existência das medidas cautelares menos invasivas à liberdade individual que se reconstrói adequadamente os princípios da proporcionalidade e da provisoriedade da prisão preventiva. Assim, os mecanismos legais alternativos ao encarceramento do imputado devem reconduzir ou reconfigurar os limites da prisão cautelar no novo sistema: trata-se de conformação necessária aos sistemas processuais, destacada pela jurisprudência do Sistema Interamericano.

⁵⁷⁸ Anote-se que algumas destas medidas já eram previstas para hipóteses específicas, reguladas por lei especial, para imputados de crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. Com efeito, antes da entrada em vigor da Lei 12.403/2011, a Lei nº 11.340/2006 (lei que coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher, também cunhada como Lei Maria da Penha) já contemplava, em seu artigo 22, *caput*, um rol de *medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor*, de natureza cautelar, a saber: (i) suspensão da posse ou restrição do porte de armas; afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; (ii) proibição de determinadas condutas (aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando limite entre mínimo de distância entre estes e o agressor; (iii) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; (iv) frequência de determinados a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida); (v) restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores; (vi) prestação de alimentos provisionais ou provisórios. Tais medidas poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, e poderão ser autorizadas de imediato, *inaudita altera pars*, com comunicação imediata ao Ministério Público (artigo 19, Lei 11.340/2006).

Esta modificação jurídica coincidiu com as preocupações políticas com o abuso da prisão preventiva no Brasil, que passou a vir a lume a partir do momento em que a realidade do sistema prisional pátrio tornou-se um fato público e notório, e, conseqüentemente, com a necessidade impostergável de se restringir ou conter a aplicação de prisão antes no trânsito em julgado de sentença final, reservando-a para os casos mais extremos. Assim, o Brasil finalmente se alinhou à política criminal adotada pela grande maioria dos Estados democráticos, seguindo a orientação das conhecidas Regras Mínimas das Nações Unidas sobre Medidas não-Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio, de 1990), e consolidada em outros instrumentos internacionais de direitos humanos.

Com a inserção no CPP de medidas cautelares diversas da prisão e da liberdade provisória, esperava-se de fato uma mudança radical em relação ao modelo anterior, centrado no encarceramento como principal instrumento de acautelamento do processo. Não obstante, conforme se discutirá a seguir, a simples previsão de um rol diversificado de medidas cautelares pessoais não foi capaz de produzir uma verdadeira modificação do sistema pátrio, que, por sua vez, não foi suficiente para produzir os resultados esperados de redução do número de presos provisórios no Brasil.

5.1.1

Considerações fundamentais sobre as medidas cautelares diversas da prisão como ponto de partida para a discussão dos limites da prisão preventiva

Com a reforma de 2011, os artigos 319 e 320 do CPP passaram a prever dez medidas cautelares pessoais alternativas à prisão: **(i)** comparecimento periódico em juízo; **(ii)** proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; **(iii)** proibição de manter contato com pessoa determinada; **(iv)** proibição de ausentar-se da Comarca; **(v)** recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; **(vi)** suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; **(vii)** internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável; **(viii)** fiança; **(ix)** monitoração eletrônica; **(x)** proibição de ausentar-se do País, com imposição de retenção de passaporte.⁵⁷⁹

⁵⁷⁹ O Projeto de reforma global do CPP (PLS 156/09) acompanha a mesma linha de previsão de um sistema multifacetado de medidas cautelares pessoais, contemplando, inclusive um rol mais

A Lei 12.403/2011 também inseriu no CPP a possibilidade de decretação de prisão domiciliar, que consiste em medida de recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, mediante proibição de ausentar-se dela sem autorização judicial. Trata-se de medida cautelar *substitutiva* da prisão preventiva, diferentemente das previstas nos artigos 319 e 320 do CPP, que são medidas cautelares *alternativas* à prisão preventiva.⁵⁸⁰ Assim, consoante artigo 318 do CPP, o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar quando o agente for: **(i)** maior de 80 anos; **(ii)** extremamente debilitado por motivo de doença grave; **(iii)** imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência; **(iv)** gestante a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.⁵⁸¹

É possível perceber que a prisão domiciliar foi reservada para hipóteses legais específicas de vulnerabilidade do imputado ou de seus dependentes, e que deverão ser comprovadas mediante prova idônea (artigo 318, parágrafo único). Neste ponto, destaca-se o esforço do legislador em adequar as disposições do CPP às recomendações em matéria de direitos humanos, de maneira a impossibilitar a prisão preventiva quando determinadas condições especiais do imputado sejam capazes de acentuar ainda mais a sua vulnerabilidade dentro do sistema prisional, conforme se destacará no capítulo 6.

ampla do que o atual. Com efeito, o PLS 156/09 elenca dezesseis medidas cautelares pessoais: **(i)** prisão provisória; **(ii)** fiança; **(iii)** recolhimento domiciliar; **(iv)** monitoramento eletrônico; **(v)** suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica; **(vi)** suspensão das atividades de pessoa jurídica; **(vii)** proibição de frequentar determinados lugares; **(viii)** suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor, embarcação ou aeronave; **(ix)** afastamento do lar ou outro local de convivência com a vítima; **(x)** proibição de ausentar-se da comarca ou do país; **(xi)** comparecimento periódico em juízo; **(xii)** proibição de aproximar-se ou manter-se em contato com pessoa determinada; **(xiii)** suspensão do registro de arma de fogo e da autorização para porte; **(xiv)** suspensão do poder familiar; **(xv)** bloqueio de endereço eletrônico na internet; **(xvi)** liberdade provisória.

⁵⁸⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas cautelares alternativas. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04-05-2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 211 e 212.

⁵⁸¹ Conforme apontado na Exposição de Motivos do Anteprojeto Grinover, as hipóteses legais de prisão domiciliar do CPP relacionam-se com as hipóteses de autorização da prisão-albergue no regime aberto (artigo 117, da Lei de Execuções Penais). Não obstante, no decurso da tramitação do projeto, tais hipóteses passaram a não ter uma correspondência exata. Com efeito, o artigo 117 da LEP dispõe que será admitido o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: **(i)** condenado maior de 70 anos de idade; **(ii)** condenado acometido de doença grave; **(iii)** condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; **(iv)** condenada gestante. Entende-se que por razões de proporcionalidade, deveria se ter mantido uma conformação paritária entre as hipóteses legais de prisão-albergue (artigo 117, LEP) e prisão domiciliar (artigo 318, CPP).

Consoante apontado no Projeto Grinover⁵⁸², as medidas cautelares diversas da prisão, agora previstas no Código pátrio, tiveram como fonte de inspiração os ordenamentos português⁵⁸³ e italiano⁵⁸⁴, que contemplam tais

⁵⁸² Exposição de Motivos do Anteprojeto sobre Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade. Anteprojeto de Lei de Reforma do Código de Processo Penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 9, n.33, jan./mar. de 2001, p. 333; FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 46, n. 183, jul./set./2009, pp. 12 e 13.

⁵⁸³ As medidas cautelares pessoais estão previstas nos artigos 196 a 202 do Código de Processo Penal português (DL n° 78, de 17-02-1987), e sofreram diversas alterações posteriores, notadamente em 1998, 2007 e 2010. Denominadas *medidas de coacção*, são elas: (i) termo de identidade e residência; (ii) caução; (iii) obrigação de apresentação periódica; (iv) suspensão do exercício de função, de profissão, de actividades e de direitos; (v) proibição e imposição de condutas; (vi) obrigação de permanência na habitação; (vii) prisão preventiva. Consoante artigo 193 do CPP português, "a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação só podem ser aplicadas quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coacção", sendo que, dentre estas duas medidas restritivas de liberdade, deverá ser dada preferência à obrigação de permanência na habitação. Este artigo reforça a excepcionalidade e subsidiariedade da prisão preventiva, princípios reconhecidos constitucionalmente: o artigo 28.2 da Constituição da República Portuguesa estabelece que "a prisão preventiva tem natureza excepcional, não sendo decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei". Ressalte-se que, ao contrário do sistema brasileiro, a obrigação de permanência na habitação, no sistema português, não é uma medida substitutiva da prisão preventiva, e não se confunde com a prisão domiciliar. Com a reforma de 2007, ela passa a ser uma medida autônoma, com pressupostos diversos da prisão preventiva, aplicada concomitantemente com o sistema de vigilância eletrônica, regulado pela Lei 122/99, de 20 de agosto: SILVA, Germano Marques da. Notas Soltas sobre as Alterações de 2007 ao Código de Processo Penal Português. In: CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de (org.). *Processo Penal do Brasil e de Portugal: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira*. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 84-85; PEREIRA, Luís de Miranda. Pre-trial detention in Portugal. In: KEMPEN, Piet Hein von (ed.). *Pre-trial detention: Human rights, criminal procedural law and penitentiary law, comparative law*. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2012, pp. 655-659; ISASCA, Frederico. A prisão preventiva e demais medidas de coacção. In: PALMA, Maria Fernanda. *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 99-118; ROCHA, João Luís de Moraes. *Ordem Pública e Liberdade Individual: um estudo sobre a prisão preventiva*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 30.

⁵⁸⁴ As medidas alternativas à prisão provisória foram consagradas no Código de Processo Penal italiano de 1988, de acordo com as sugestões da Recomendação R(80)11 do Comitê de Ministros da Europa, e são divididas em medidas coercitivas e medidas de interdição. As medidas coercitivas são: (i) proibição de sair do território italiano (artigo 281); (ii) obrigação de apresentação à polícia (artigo 282); (iii) afastamento do domicílio (artigo 282-bis, introduzido pela lei n° 154, de 04-04-2001); (iv) proibição de se aproximar de lugares frequentados habitualmente pela vítima (artigo 282-ter, inserido pela lei n° 38, de 23-04-2009); (v) interdição e obrigação de permanência em determinados locais (artigo 283); (vi) arresto ou prisão domiciliar (artigo 284). As medidas de intervenção são: (i) proibição de exercer o pátrio poder (artigo 288); (ii) proibição de exercer uma função pública (artigo 289) e (iii) proibição de exercer atividade profissional (artigo 290). Em 2001, introduziu-se no CPP o artigo 275-bis, que permite ao juiz ordenar que o imputado em arresto domiciliar seja submetido, com o seu consentimento, a controle ou monitoramento eletrônico. O princípio fundamental da subsidiariedade da prisão provisória está previsto no artigo 275.3 do CPP italiano, segundo o qual a prisão somente será ordenada se todas as demais medidas se revelem inadequadas. As medidas alternativas à prisão provisória poderão ser decretadas quando o crime imputado seja punível com pena de prisão superior a três anos (artigo 280). No entanto, em 2009, o artigo 275.3 foi alterado, passando a impor a prisão provisória como única medida aplicável, na hipótese de cometimento dos seguintes crimes: homicídio, prostituição e pornografia envolvendo menores, estupro, terrorismo, associação mafiosa, redução à condição de escravo, e sequestro: DELLA CASA, Franco. La detención avant jugement en Italie. In: KEMPEN, Piet Hein von (ed.). *Pre-trial detention: Human rights, criminal procedural law and penitentiary*

medidas desde os anos 80 do século passado. Além disso, pode-se dizer que foram construídas tendo como base as medidas alternativas à prisão contempladas no artigo 209 do Código de Processo Penal Modelo para América Latina, que orientaram as reformas ocorridas em outros Estados latino-americanos.

As medidas cautelares instituídas pela Lei 12.403/2011 comportam, notadamente, graus variados de intervenção na esfera da liberdade de locomoção do imputado. Entretanto, o artigo 319 do CPP não elenca as medidas cautelares alternativas ao encarceramento segundo uma escala crescente ou decrescente de intensidade ou gradação⁵⁸⁵, inclusive não incluindo expressamente em seu rol a prisão como medida cautelar mais gravosa, dentre as demais especificadas. Ainda que outros dispositivos legais do CPP possam levar à interpretação de que a prisão cautelar foi conduzida ao patamar de instrumento de *ultima ratio* no novo sistema, conforme se discutirá neste capítulo, entende-se que seria recomendável, em prol da sistematicidade e da pretendida mudança de paradigma, e ainda tendo como norte o entendimento da jurisprudência do SIDH, que o artigo 319 fizesse esta alusão expressa. Ressalte-se que o Projeto de Reforma do CPP (PLS 156/09) inclui, de forma sistemática, a prisão provisória no rol de medidas cautelares pessoais (artigo 533).

O CPP, em seus artigos 282 a 300, traz, a partir da reforma de 2011, disposições gerais sobre as medidas cautelares pessoais, especificando seus fundamentos, critérios, formas e procedimento de aplicação. Tais disposições devem englobar, portanto, todas as medidas cautelares pessoais tipificadas no CPP, ou seja, tanto as medidas cautelares elencadas nos artigos 319 e 320, quanto a prisão preventiva, como espécie de cautelar regulada nos artigos 311 a 316 do CPP.⁵⁸⁶ Todavia, existe uma disparidade contraditória entre as disposições gerais

law, comparative law. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2012, pp. 514-518; PERRODET, Antoinette. O Sistema Italiano. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos Penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Chouckr, colab. Ana Claudia Ferigato Chouckr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 418.

⁵⁸⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (Lei nº 12.403/2011): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 31, n. 113, set./2011, p. 119.

⁵⁸⁶ Neste sentido: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (Lei nº 12.403/2011): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 31, n. 113, set./2011, p.117; CRUZ, Rogerio Schietti Machado. A subsidiariedade processual penal e alternativas à prisão cautelar. In: MOREIRA, Rômulo de Andrade (org.). *Leituras Complementares de Processo Penal*. Salvador: JusPODIVM, 2008, pp. 70 e 71.

relativas às cautelares e as disposições legais específicas sobre a prisão preventiva, revelando a assistemática que continua a existir no Código.

Como instrumentos cautelares que são, tanto a decretação da prisão preventiva quanto das demais medidas elencadas nos artigos 319 e 320 do CPP deverão pressupor a existência de substrato probatório acerca da existência e autoria do crime imputado (indícios suficientes de autoria e prova da materialidade delitiva), e estarem sujeitas aos mesmos fundamentos ou justificativas de natureza cautelar (perigo de fuga e de perecimento de prova). Tratam-se dos requisitos cunhados como *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, exigências inafastáveis para a autorização judicial de toda e qualquer restrição total ou parcial de liberdade, a título cautelar.

Todavia, o artigo 282 do CPP não exige indícios suficientes da autoria e prova da materialidade do crime como pressupostos para a decretação de todas as medidas cautelares pessoais. O CPP especifica a necessidade deste substrato probatório apenas para a decretação da prisão preventiva (artigo 312). Entende-se que, não obstante a lacuna do legislador, cumpre ao juiz exigir este pressuposto, estabelecido no artigo 312, para autorizar toda e qualquer cautelar, e não só a prisão preventiva.⁵⁸⁷ Trata-se de exigência inafastável, sublinhada pela jurisprudência do Sistema Interamericano e pelo TEDH, conforme analisado no capítulo 2.

Da mesma forma, existe um descompasso entre os fundamentos ou justificativas estabelecidos em lei para as medidas cautelares pessoais em geral e para a prisão preventiva. O CPP dispõe que as cautelares pessoais serão aplicadas em caso de "necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais" (artigo 282, I). Por outro lado, o mesmo diploma autoriza a prisão preventiva para "garantia da ordem pública ou da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal" (artigo 312). Pode-se dizer que há identificação ou proximidade entre os fundamentos de perigo de fuga e de ameaça às atividades persecutórias em ambos os dispositivos; no entanto, é preciso admitir que existe diferença entre as

⁵⁸⁷ Neste sentido: LOPES JR., Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas: Lei 12403/2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 120.

finalidades de garantia da ordem pública e da ordem econômica (artigo 312) e a de se evitar a prática de infrações penais (artigo 282).⁵⁸⁸

Com efeito, a finalidade de garantia da ordem pública comporta jurisprudencialmente vários significados: fazer cessar o clamor público ou popular causado pelo crime, assegurar a credibilidade das instituições, evitar que o imputado cometa novos crimes em liberdade, dentre outros. Os critérios da gravidade do delito e da periculosidade do imputado também são correntemente associados à expressão. Logo, o fundamento de garantia da ordem pública, previsto no artigo 312 do CPP para a prisão preventiva, é mais amplo, sendo capaz de abraçar outros fins além daquele de impedir a reiteração criminosa, atribuído às medidas cautelares em geral pelo artigo 282, inciso I.

Consoante Pierpaolo Bottini⁵⁸⁹, a sistematicidade e a lógica necessárias à interpretação do CPP, impõem que o artigo 282, inciso I – aplicável a toda e qualquer medida cautelar – reduza a abrangência da expressão "ordem pública", de maneira que a finalidade da prisão preventiva torne-se menos abrangente, passando a restringir-se ao fim de evitar a reiteração criminosa. Compartilha-se aqui da posição do autor, entendendo que, com a reforma de 2011, a prisão preventiva passa, então, a ter três fundamentos ou finalidades legais: impedir a fuga; assegurar a investigação e a instrução criminal; evitar a reiteração delitiva.

Ressalte-se que, de acordo com a redação original do Anteprojeto Grinover, não havia incompatibilidade entre os artigos 282 e 312 do CPP. Preservando a sistematicidade, ambos os dispositivos admitiam o fundamento de evitar a reiteração delitiva, e o artigo 312 não mais contemplava as expressões

⁵⁸⁸ Consoante aponta BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (Lei nº 12.403/2011): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 31, n. 113, set./2011, p. 117. No mesmo sentido: ALMEIDA, Gabriel Bertin de. A prisão preventiva para a garantia da ordem pública na Lei 12.403/2011. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 19, n. 229, dez./2011, p. 15.

⁵⁸⁹ "Uma análise lógica e sistemática, que evite contradições legais, impõe a complementação do requisito "evitar infrações penais" (requisito de qualquer cautelar - artigo 282, inciso I) com o requisito "garantia da ordem pública ou econômica" (requisitos da preventiva - artigo 312). O primeiro contempla e restringe o âmbito dos segundos. Ordem pública e ordem econômica não podem ser interpretadas de qualquer forma, mas apenas à luz do artigo 282, inciso I, que faz referência a todas as cautelares, inclusive à prisão. Trata-se de interpretação autêntica, disposta no mesmo diploma legal, que não autoriza o alargamento de sua incidência": BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (Lei nº 12.403/2011): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 31, n. 113, set./2011, p. 117. No mesmo sentido, entendendo que a fórmula aberta do artigo 312 foi limitada pela nova disposição geral do artigo 282, inciso I, do CPP: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: comentários à Lei 12.403, de 04-05-2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 42.

"garantia da ordem pública" e "garantia da ordem econômica".⁵⁹⁰ Entretanto, o legislador optou por manter as criticadas expressões, e uma das justificativas foi de que a redação do artigo 312, tal qual proposta pela Comissão Grinover, omitia-se quanto ao crime de tráfico de drogas e com relação à intranquilidade que tal infração poderia gerar na comunidade.⁵⁹¹

Destaque-se, com relação à necessidade de previsão sistemática de pressuposto e fundamentos idôneos para as medidas cautelares, o avanço do Projeto de Reforma do CPP (PLS 156/09). O projeto exige, de forma expressa, a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade do crime para a decretação de medidas cautelares em geral (artigo 528), que só poderão ser admitidas "como meio absolutamente indispensável para assegurar os fins de persecução criminal e de reparação civil" (artigo 526).

O artigo 282, inciso II, do CPP, com a reforma de 2011, especifica os critérios para a adequação das medidas cautelares no caso concreto, a saber: (i) gravidade do crime; (ii) circunstâncias do fato; e (iii) condições pessoais do indiciado ou acusado. Conforme explica com propriedade Antônio Magalhães Gomes Filho⁵⁹², o termo "adequação" a que se refere o legislador no artigo 282, inciso II, do CPP, não se refere ao sub-princípio decorrente do princípio da proporcionalidade em sentido amplo.⁵⁹³ Tais critérios não são, portanto, parâmetros para se verificar se a medida é idônea a cumprir o fim a que persegue (princípio da adequação). Também não são fundamentos, por si só, para autorizar a decretação de medidas cautelares, ou seja, não são fins isolados destas. Neste

⁵⁹⁰ Artigo 282, inciso I (com a redação original do Anteprojeto Grinover): "As medidas cautelares previstas neste Título serão aplicadas com base nos seguintes critérios: I- necessidade para a investigação ou a instrução criminal e, *nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de novas infrações penais*" (grifei).

Artigo 312, *caput* (com a redação original do Anteprojeto Grinover): "A prisão preventiva poderá ser decretada quando verificados a existência de crime e indícios suficientes de autoria e ocorrerem fundadas razões de que o indiciado ou acusado venha a criar obstáculos à instrução do processo ou à execução da sentença ou *venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeira consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa*" (grifei).

⁵⁹¹ Voto em separado do Deputado Federal Luiz Antonio Fleury Filho, apresentado à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 2002, destacado por BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (Lei nº 12.403/2011): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 31, n. 113, set./2011, p. 117.

⁵⁹² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: comentários à Lei 12.403, de 04-05-2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 42.

⁵⁹³ Conforme se analisará ainda neste capítulo, no item referente à proporcionalidade como limite da prisão cautelar, tal princípio compreende a adequação (idoneidade), a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

sentido, é importante lembrar que a Corte IDH assevera que a prisão preventiva não pode ser determinada em razão da espécie de crime imputado, da gravidade do delito, e das características pessoais do acusado.

O artigo 282, II, enumera, na verdade, critérios para orientar o juiz na decisão de escolha da medida a ser aplicada ao caso concreto, e, que, portanto, entrarão em jogo quando o magistrado já tenha verificado a admissibilidade da medida e sua necessidade para assegurar uma ou mais finalidades elencadas no artigo 282, inciso I, do CPP.⁵⁹⁴

Nesta questão, o PLS 156/09 foi extremamente criterioso e exigente. Com efeito, o artigo 532, §2º do projeto exige que a decisão que decreta medida cautelar seja fundamentada de forma detalhada, devendo conter necessariamente: I- o fundamento legal da medida; II- a indicação dos indícios suficientes de autoria e materialidade do crime; III- as circunstâncias fáticas que justificam a adoção da medida; IV- considerações sobre a estrita necessidade da medida; V- as razões que levaram à escolha da medida, como também a aplicação cumulativa, se necessária; VI- no caso de decretação da prisão, os motivos pelos quais o juiz considerou insuficiente ou inadequada a aplicação de outras medidas cautelares pessoais; VII- a data de encerramento do prazo de duração da medida (os prazos das medidas cautelares pessoais estão previstos expressamente no artigo 606 do projeto); VIII- a data para reexame da medida, quando obrigatório.

Questão fundamental relativa às medidas cautelares pessoais envolve a discussão a respeito da alternatividade ou do caráter substitutivo destas em relação à prisão preventiva. Entende-se que as medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320 são medidas *alternativas* à prisão preventiva.⁵⁹⁵

⁵⁹⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: comentários à Lei 12.403, de 04-05-2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.

⁵⁹⁵ Neste sentido: PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 122; BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas cautelares alternativas. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04-05-2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 211: "Não haverá situação em que ambas as modalidades de medidas cautelares – prisão preventiva, de um lado, e medidas alternativas dos artigos 319 e 320, de outro – sejam, em concreto, igualmente possíveis. Se a prisão é cabível, significa que o grau de cautelaridade exigido para o caso é máximo, sendo insuficiente a imposição de medidas menos gravosas, porque não assegurarão suficientemente a instrução ou os fins do processo. Por outro lado, nas hipóteses em que a necessidade de assegurar a instrução ou a aplicação da lei penal possa ser suficiente e adequadamente garantida por uma medida menos intensa que a prisão preventiva

No entanto, para se chegar a esta conclusão, não se entende que a prisão e as demais medidas cautelares estão completamente desvinculadas entre si, no sentido de possuírem requisitos e fundamentos diferentes. Pelo contrário, conforme já mencionado, é preciso partir do pressuposto de que todas as medidas cautelares pessoais devem exigir a presença de um substrato probatório a respeito do crime e de sua autoria (*fumus commissi delicti*) e estarem vinculadas aos mesmos fundamentos (risco de fuga e de perecimento da prova).

Por outro lado, é preciso considerar que a diferenciação entre prisão preventiva e demais medidas cautelares se estabelece, necessariamente, a partir do caráter subsidiário da prisão cautelar, enquanto medida cautelar mais gravosa. Esta subsidiariedade – que decorre do princípio de presunção de inocência e do caráter excepcional da privação de liberdade durante o processo, e que permeia o exame da proporcionalidade no emprego das cautelares – exige que a prisão preventiva seja reservada e aplicada somente para os casos mais graves, quando as demais medidas não forem adequadas ou suficientes.

Assim, ainda que exista uma coincidência entre o pressuposto e os fundamentos da prisão preventiva e de todas as demais medidas cautelares, as hipóteses de cabimento da prisão poderão ser diferentes das estabelecidas em lei para as demais medidas cautelares pessoais. Neste sentido, o artigo 313 do CPP discrimina hipóteses de cabimento específicas para a prisão preventiva, que configuram situações que o legislador entendeu necessitarem de um acautelamento maior. Da mesma forma, o artigo 282, inciso II, do CPP conforma a escolha da medida cautelar à gravidade do delito, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do imputado.

Em síntese, ainda que a prisão e as demais medidas cautelares pessoais tenham necessariamente o mesmo pressuposto e os mesmos fundamentos, elas serão *alternativas* devido ao caráter subsidiário da prisão cautelar, sendo sempre impositiva a decretação de uma (medida cautelar diversa do encarceramento) ou de outra (prisão), dependendo das circunstâncias do caso concreto, tendo-se em vista a necessidade e proporcionalidade da cautela.

Em outras palavras, as medidas cautelares diversas da prisão são alternativas porque configuram *verdadeiros obstáculos à decretação da prisão*

(...), a toda evidência, o cárcere mostrar-se-á exorbitante e excessivo, não sendo justificável a privação da liberdade de locomoção de quem a Constituição presume inocente."

preventiva.⁵⁹⁶ Este é também o significado político das medidas cautelares, sublinhado pela CIDH, que considera que, sempre que o perigo de fuga ou de entorpecimento das atividades instrutórias puder ser evitado mediante a aplicação de uma medida menos gravosa para o imputado, o juiz deverá optar por ela, de forma individual ou combinada com outra(s) medida(s) cautelar(es), enquanto estratégia de contenção da prisão provisória e dos níveis de encarceramento.⁵⁹⁷

Não obstante, quando a prisão preventiva já imposta não for mais necessária e proporcional, deverá ser revogada ou substituída por outra(s) medida(s) cautelar(es), consoante estabelece o artigo 282, §5º c/c artigo 315, do CPP. É importante lembrar que a CIDH enfatiza a necessidade de os Estados-partes contemplarem medidas cautelares diversas da prisão e as utilizarem como objeto de um controle judicial da necessidade, da proporcionalidade e do prazo razoável da prisão preventiva, através de um procedimento contínuo de substituição de cautelares.

Por outro lado, o artigo 282, §4º c/c artigo 312, parágrafo único, do CPP prevê, em caso de o imputado descumprir qualquer das obrigações impostas por força de medidas cautelares, a possibilidade de substituição da medida ou cumulação de outras medidas cautelares, ou ainda, em último caso, de decretação da prisão preventiva. Trata-se de norma que consagra o princípio da *fungibilidade* das medidas cautelares.⁵⁹⁸ Ressalte-se que, nesta hipótese, ainda que a decretação da prisão preventiva revista-se nitidamente de um significado de "sanção processual"⁵⁹⁹, cuja finalidade específica seja "assegurar a efetividade das demais medidas cautelares"⁶⁰⁰, ela não poderá se dar de maneira automática, dispensando a análise das exigências dos artigos 312 e 313 do CPP.⁶⁰¹ Esta é a recomendação

⁵⁹⁶ PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 122.

⁵⁹⁷ CIDH. *Informe sobre o Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/13, 30 de dezembro de 2013, parágrafos 223 e 225.

⁵⁹⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: comentários à Lei 12.403, de 04-05-2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 46.

⁵⁹⁹ CRUZ, Rogerio Schietti Machado. A subsidiariedade processual penal e alternativas à prisão cautelar. In: MOREIRA, Rômulo de Andrade (org.). *Leituras Complementares de Processo Penal*. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 74.

⁶⁰⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 46, n. 183, jul./set./2009, p. 6.

⁶⁰¹ Neste sentido: LOPES JR., Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas: Lei 12403/2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011,

expressa da CIDH em caso de descumprimento de medidas cautelares não privativas de liberdade.⁶⁰²

Importante também assinalar, que, conforme se analisará no próximo item, as medidas cautelares alternativas à prisão poderão ser empregadas juntamente com a liberdade provisória, no momento em que o juiz homologa a prisão em flagrante, como medida de contra-cautela.⁶⁰³

Ressalte-se, por fim, que as diversas medidas cautelares pessoais intermediárias entre a liberdade provisória e a prisão cautelar, agora previstas expressamente no CPP, devem ser consideradas taxativas, afastando-se de vez a discussão até então existente a respeito da possibilidade de decretação de medidas cautelares atípicas, justificadas no poder geral de cautela do juiz no processo penal. No regime anterior, quando vigorava o sistema binário (prisão ou liberdade provisória), determinada corrente doutrinária e jurisprudencial entendia que o juiz poderia decretar, para beneficiar o acusado, medidas cautelares atípicas, aplicando, por analogia (artigo 3º, CPP), o poder geral de cautela previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil.⁶⁰⁴ Não obstante, alerta Gustavo Badaró⁶⁰⁵ que a discussão sobre o poder geral de cautela no processo penal não foi completamente afastada, a despeito da criação de novas medidas cautelares pessoais.⁶⁰⁶ Felizmente, o Projeto de Reforma global do CPP (PLS 156/09) afasta

pp. 78 e 79. No sentido de que é exigível a incidência do artigo 313 do CPP: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: comentários à Lei 12.403, de 04-05-2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 47. No sentido contrário, entendendo ser desnecessária a observância do artigo 312 do CPP para a decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento de outras medidas cautelares: FERNANDES, Antonio Scarance. As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 46, n. 183, jul./set./2009, p. 6.

⁶⁰² "El incumplimiento de las medidas cautelares no privativas de libertad puede estar sujeto a sanción, pero no justifica automáticamente que se imponga a una persona la prisión preventiva. En estos casos, la substitución de las medidas no privativas de libertad por la prisión preventiva exigirá una motivación específica. En todo caso, deberá concedérsele a la persona señalada de incumplir una medida cautelar la oportunidad de ser escuchada y de presentar elementos que le permitan explicar o justificar dicho incumplimiento": CIDH. *Informe sobre o Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/13, 30 de dezembro de 2013, parágrafo 231.

⁶⁰³ LOPES JR., Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas: Lei 12403/2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 121.

⁶⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas cautelares alternativas. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04-05-2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 227.

⁶⁰⁵ Ibid.

⁶⁰⁶ Com efeito, parte minoritária da doutrina continua a sustentar a existência de um poder geral de cautela do juiz no processo penal e, como corolário, a possibilidade de decretação de medidas cautelares pessoais atípicas. Neste sentido, entendendo que o rol do artigo 319 é exemplificativo: IENACCO, Rodrigo. Reforma do CPP: cautelares, prisão e liberdade provisória. *Jurisprudência*

expressamente o poder geral de cautela, estabelecendo que as medidas cautelares dependem de expressa previsão legal (artigo 526, *caput*).

Ainda que a Lei 12.403/2011 não tenha sido expressa em relação à taxatividade das medidas cautelares tipificadas no CPP, esta é a interpretação que condiciona o novo sistema, face à incidência do artigo 7.2 da Convenção Americana no direito pátrio. Este dispositivo impõe que toda forma de privação da liberdade física se sujeite aos parâmetros material e formal de legalidade. Neste sentido, conforme analisado no capítulo 2, a Corte IDH ressalta que o artigo 7.2 da CADH compreende a exigência da reserva legal (previsão expressa em lei da medida restritiva) e da tipicidade (determinação legal prévia e concreta das causas e condição da privação ou restrição de liberdade). Acrescente-se que o citado dispositivo da CADH, tendo, conforme destacado no capítulo 3, caráter prioritário no ordenamento jurídico brasileiro, prevalece sobre os artigos 3º do CPP e 798 do CPC, utilizados para justificar o poder geral de cautela no processo penal.⁶⁰⁷ Além disso, este poder de acautelamento do juiz criminal é frontalmente contrário ao papel de garantia dos direitos fundamentais do imputado, destacado pela jurisprudência do SIDH, e às exigências do sistema acusatório, onde a provocação de medidas restritivas de liberdade deverá ser reservada ao órgão acusador, conforme se discutirá de forma mais aprofundada em item posterior deste capítulo.

Ademais, não se pode perder de vista que as medidas cautelares diversas da prisão preventiva, como alternativas ao encarceramento que são, devem ser encaradas como entraves à decretação e à manutenção da prisão preventiva, e não à liberdade plena do imputado no processo penal. Significa dizer, em outras palavras, que não se deve esquecer que a regra no processo penal brasileiro, de acordo com a Constituição, é a liberdade plena do acusado, e não a liberdade restringida por medidas cautelares, ainda que menos invasivas do que a prisão preventiva.

Mineira, Belo Horizonte, v. 62, n. 197, abr./jun. 2011. Esta parece ser também a posição de LIMA, Marcellus Polastri. *Da Prisão e da Liberdade Provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na Reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 16-26.

⁶⁰⁷ Conforme aponta com propriedade BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas cautelares alternativas. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04-05-2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 230.

Conforme adverte Zaffaroni⁶⁰⁸, o futuro que se avizinha promete uma ampliação crescente das formas de controle penal através de novas tecnologias, com consequente redução da prisão preventiva, mas que, ainda que menos gravosas, não perderão seu caráter penoso e deteriorante para a intimidade e a liberdade das pessoas. Assim, é fundamental a advertência para as perspectivas que se anunciam de banalização das medidas cautelares diversas da prisão, como mecanismo de ampliação ou expansão da rede de controle penal, com a potencialidade de atingir condutas de pouca reprovabilidade social, que não deveriam ser objeto de qualquer tipo de controle cautelar.⁶⁰⁹ Tendo em vista este espectro, acredita-se que a CIDH deveria esclarecer e recomendar não apenas o recurso racional às medidas cautelares com maior frequência, enquanto estratégia integral de redução da hiperinflação carcerária e do número de presos provisórios.⁶¹⁰ Seria fundamental que reforçasse também a necessidade de se privilegiar a liberdade plena do imputado para casos de reduzida reprovabilidade.

5.1.2

Presunção de inocência e excepcionalidade da prisão cautelar: a prisão preventiva como medida cautelar subsidiária e seus fundamentos no novo sistema de cautelares pessoais brasileiro

Outra novidade importante da reforma de 2011 foi a reconfiguração das espécies de prisão provisória no novo sistema, que passou a admitir expressamente: **(i)** a prisão em flagrante; **(ii)** a prisão temporária, e **(iii)** a prisão preventiva (artigo 283, CPP).

⁶⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Introducción. In: VITALE, Gustavo L. *Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbarie*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, pp. 26-27.

⁶⁰⁹ LOPES JR., Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas: Lei 12403/2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 121; PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da lei 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 19, n. 223, jun. 2011, p. 10; COSTA, Fernando José da. A Lei 12.403/2011 e suas alterações. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 69, ago-set./2011, p. 20; BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. Apontamentos críticos à lei nº 12.403/2011: a ampliação da rede de controle. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n.88, jul./set. 2011, pp. 35-49, que ressalta o risco de banalização das medidas cautelares em razão das maiores dificuldades que surgirão para a liberdade plena do imputado, seja no momento de sua decretação, seja em momento posterior, quando a defesa buscará a revogação da medida cautelar.

⁶¹⁰ CIDH. *Informe sobre o Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/13, 30 de dezembro de 2013, parágrafos 221 e 241.

A prisão temporária, reservada apenas à fase investigativa, não obstante ser alvo de intensas críticas⁶¹¹, foi mantida pela reforma de 2011 e permanece regulamentada pela Lei nº 7.960/1989.

A prisão em flagrante – regulada nos artigos 301 a 310 do CPP – foi finalmente consagrada pelo legislador como medida pré-cautelar⁶¹², de caráter precário e breve duração, que se destina apenas a colocar o detido à disposição do juiz, para que este possa realizar o controle de legalidade da prisão e adotar ou não uma verdadeira medida cautelar.

Antes da reforma, parte da doutrina e jurisprudência entendia que a prisão em flagrante tinha natureza cautelar, admitindo que o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, poderia homologá-lo e manter o encarceramento, desde que presentes os requisitos do artigo 312 do CPP. Não obstante, o que ocorria frequentemente na prática era a manutenção automática da prisão em flagrante como situação que se justificava em decorrência da simples captura em flagrante delito, até que houvesse provocação direta da defesa, mediante pedido de relaxamento da prisão ou de liberdade provisória. Assim, o sistema permitia que pessoas capturadas em flagrante, em sua maioria pobres, sem condições de contar com uma defesa particular, permanecessem no limbo, encarceradas e esquecidas em estabelecimentos policiais.

No novo sistema, em caso de flagrante delito⁶¹³, após a detenção e subsequentes formalidades exigidas pelos artigos 304 a 306 do CPP, o auto de prisão em flagrante deverá ser encaminhado pela autoridade policial ao juiz, no prazo de 24 horas, com cópia também à Defensoria Pública, se o detido não informar o nome de seu advogado (artigo 306, §1º, CPP). Ao receber o auto, o juiz deverá realizar, primeiramente, um juízo ou controle motivado da legalidade da prisão, verificando se o ato cumpriu os requisitos formais e materiais exigidos pelos artigos 302 a 307 do Código de Processo Penal. Entendendo que a prisão em

⁶¹¹ Conforme tratado no item 4.2.5 do capítulo anterior.

⁶¹² LOPES JR., Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas: Lei 12403/2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 30.

⁶¹³ CPP, artigo 302: "Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

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

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

flagrante é ilegal, o juiz determinará o seu relaxamento (artigo 310, inciso I, CPP), com restabelecimento da condição de liberdade plena do imputado durante o processo.

Por outro lado, se entender que a prisão em flagrante obedeceu aos parâmetros de legalidade, o juiz deverá, consoante artigo 310, incisos II e III c/c artigos 282, §6º e 321, do CPP, verificar se é caso de concessão de liberdade provisória—com ou sem imposição de fiança ou de outra(s) medida(s) cautelar(es) prevista(s) nos artigos 319 e 320 —, ou de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Assim, o magistrado, ao verificar a necessidade de acautelamento do processo à luz de um rol diversificado de medidas cautelares pessoais e do caráter excepcional e subsidiário da prisão preventiva, deverá realizar um juízo de proporcionalidade para decidir qual ou quais medidas cautelares devem ser decretadas no caso concreto (análise que envolve um juízo quanto à adequação, à necessidade e à proporcionalidade em sentido estrito da medida).

Para tanto, o juiz deverá verificar, primeiramente, com base no artigo 282 do CPP, se as medidas cautelares pessoais menos gravosas que a prisão preventiva, previstas nos artigos 319 e 320, são adequadas e suficientes para acautelar, no caso concreto, o processo ou seus resultados, uma vez que elas deverão ter preferência à prisão preventiva (artigo 282, §6º, CPP). Se entender que sim, o juiz deverá conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança (artigo 310, inciso III, CPP), impondo uma ou mais medidas cautelares previstas nos artigos 319 e 320. Se, do contrário, entender, à luz dos artigos 312 e 313 do CPP, que a prisão a título cautelar é a medida cabível e necessária, deverá converter a prisão em flagrante em prisão preventiva.

Destaque-se que, na escolha da medida cautelar mais adequada e proporcional à situação fático-jurídica apresentada, o juiz deverá iniciar seu exame pela medida cautelar menos invasiva para a mais invasiva à esfera de direitos do cidadão, e somente em caso de insuficiência de uma única medida, cumular duas ou mais delas.⁶¹⁴ Para tal seleção, é fundamental que o magistrado identifique o perigo a ser evitado, tendo como base os elementos indicativos presentes dos autos. Ressalte-se ainda que, compete ao juiz não apenas

⁶¹⁴ MORAES, Mauricio Zanoide de. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 31, n. 113, set./2011, p. 97.

demonstrar que a medida cautelar escolhida é proporcional, mas também indicar, motivadamente, por que as demais medidas não seriam a decisão mais apropriada no caso concreto.⁶¹⁵ Isso é especialmente importante no tocante à fundamentação da prisão preventiva, como medida mais gravosa e excepcional.

Maurício Zanoide de Moraes⁶¹⁶ indica, com precisão, o *iter* decisório que deverá conduzir o juiz para que confira uma diretriz constitucional ao novo sistema de cautelares pessoais do CPP, orientado pela subsidiariedade da prisão preventiva: **(i)** o exame deverá iniciar-se pela ausência de restrição (liberdade sem condição ou fiança), cabível quando não existir situação de perigo no caso concreto; **(ii)** em seguida, deverão ser analisadas as medidas cautelares diversas da prisão, verificando sua adequação e necessidade de acordo com as especificidades do caso concreto; **(iii)** em caso de insuficiência de tais medidas, deverá o juiz, por fim, decidir pela prisão preventiva. Neste último caso, o juiz deverá ainda substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar, se cabível qualquer das hipóteses do artigo 318 do CPP.

Entende-se que esta é a interpretação adequada e sistemática que deve ser feita dos dispositivos do CPP, de maneira que as medidas cautelares menos gravosas sejam de fato empregadas de forma preferencial à prisão preventiva. Não obstante, é preciso cuidado com a redação equivocada do artigo 282, §6º, do CPP, que direciona a interpretação para outro caminho. Este dispositivo legal confere um sentido completamente desvirtuado ao novo sistema, que permite manter a prisão preventiva como primeira alternativa, como instrumento cautelar principal do processo penal. Tal artigo dispõe que "a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar". Assim, a norma dá margem à interpretação de que o epicentro do sistema continua sendo a prisão preventiva, e que somente se não estiverem presentes os seus requisitos, deverá o juiz substituí-la por outra medida cautelar. Da mesma forma, a redação do artigo 321⁶¹⁷ não deixa claro que a prisão preventiva consiste na *ultima ratio*

⁶¹⁵ MORAES, Mauricio Zanoide de. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 31, n. 113, set./2011, p. 95. No mesmo sentido: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Mais reflexos sobre a lei 12.403/2011. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 19, n. 223, jun./2011, p. 13.

⁶¹⁶ MORAES, Mauricio Zanoide de. Op.cit., pp. 98 e 99.

⁶¹⁷ CPP, artigo 321: "Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código, observados os critérios constantes do art. 282 deste Código."

do sistema, e sim que permanece sendo a primeira opção do juiz.⁶¹⁸ Conforme já explicitado, as medidas cautelares dos artigos 319 e 320 não são medidas *substitutivas*, e sim *alternativas* à prisão preventiva, e devem ser aplicadas preferentemente ao encarceramento. Neste sentido, a análise crítica de Gustavo Badaró:

"O magistrado que permanecer raciocinando a partir da prisão preventiva, como primeira, principal e preferencial medida, que eventualmente poderá ser 'substituída' por 'outra medida cautelar', tal qual um 'favor judicial' ou um 'benefício' generosamente concedido ao acusado, estará violando o caráter subsidiário da prisão e o reconhecimento da liberdade do acusado como regra no processo."⁶¹⁹

Destaque-se que a Comissão Interamericana, em seu mais recente Relatório Temático sobre o emprego da prisão preventiva nas Américas, adverte e rechaça expressamente os sistemas que permitem interpretar que, dentre as medidas cautelares contempladas em lei, a prisão preventiva seja considerada a primeira e preferencial medida.⁶²⁰

Portanto, é fundamental, para não se inverter a lógica de um sistema que deve privilegiar a liberdade, que os incisos II e III do artigo 310 do CPP sejam interpretados em conjunto, e que as medidas cautelares sejam encaradas como verdadeiras alternativas ao encarceramento. Do contrário, o entendimento poderá descambar para o sentido oposto, ou seja, de que quando for caso de prisão preventiva, está afastada a incidência e aplicação das medidas menos invasivas, bastando dizer, laconicamente, que elas não são adequadas ou suficientes, desde que estejam presentes, no caso concreto, os requisitos do artigo 312 do CPP.

Neste ponto, entende-se que, mais uma vez, o PLS 156/09 inovou para melhor. O projeto deixa claro que a prisão preventiva é medida cautelar

⁶¹⁸ MORAES, Mauricio Zanoide de. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 31, n. 113, set./2011, pp. 94-95.

⁶¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas cautelares alternativas. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04-05-2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 223.

⁶²⁰ "El hecho de que muchos códigos penales se refieran en primer término a la prisión preventiva, y luego contemplen las denominadas 'alternativas a la prisión preventiva', sugiere y conduce a una interpretación según la cual la prisión preventiva sería la primera medida a considerarse aplicable. Cuando, por el contrario, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, la prisión preventiva debería ser la ultima ratio, es decir la última vía a la que debiera recurrirse cuando las otras medidas menos gravosas no sean suficientes para garantizar los efectos del proceso": CIDH. *Informe sobre o Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/13, 30 de dezembro de 2013, parágrafo 228.

subsidiária, de *ultima ratio*, a ser decretada apenas se as demais medidas cautelares revelarem-se inadequadas ou insuficientes (artigos 532, §2º, inciso VI e 556, §3º).

Importante ainda analisar as mudanças empreendidas pela Lei 12.403/2011 no tocante aos fundamentos da prisão preventiva, de maneira a verificar a sua conformação ou não às recomendações do Sistema Interamericano. Conforme mostrado no capítulo 2, a jurisprudência do SIDH estabelece limites rígidos à justificação da prisão preventiva, que partem dos princípios de presunção de inocência e da excepcionalidade da prisão cautelar.

O artigo 312 do CPP manteve a "garantia da ordem pública e da ordem econômica" como fundamentos da prisão preventiva, ao lado das finalidades de "conveniência da instrução criminal" e "aplicação da lei penal". Conforme já adiantado no item anterior, as duas últimas finalidades estão associadas ao perigo para as atividades persecutórias e ao risco de fuga do imputado, únicos fundamentos considerados válidos pela Corte IDH e pela CIDH.

A problemática continua a ser a prisão para garantia da ordem pública ou econômica. De acordo com interpretação sistemática do CPP a partir da reforma de 2011, as expressões "garantia da ordem pública" e "garantia da ordem econômica" devem ser interpretadas restritivamente, de maneira a compreender apenas o fim de evitar o risco de reiteração delitiva, atribuído às medidas cautelares em geral (artigo 282, inciso I, CPP). Trata-se de fim admitido majoritariamente pela jurisprudência pátria e pelos ordenamentos jurídicos de diversos outros Estados democráticos.⁶²¹

⁶²¹ Com efeito, a Espanha (LECCrim, artigo 503) admite a prisão provisória para evitar o risco de que o imputado cometa novos fatos delitivos; a França (Code de Procedure Penal, artigo 144) autoriza a detenção provisória quando consiste no único meio para fazer cessar a infração ou prevenir a sua reiteração; a Itália (Codice di Procedura Penale, artigo 274) autoriza a decretação de medidas cautelares quando subsiste concreto perigo de que o investigado ou acusado cometa delitos graves com uso de armas ou outra forma de violência pessoal, ou dirigidos contra a ordem constitucional, ou delitos de criminalidade organizada ou da mesma espécie do que é objeto do processo; e Portugal (Código de Processo Penal, artigo 204) admite a decretação de medidas de coação em caso de perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do imputado, que este continue a atividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas: CRUZ, Rogerio Schietti Machado. As medidas cautelares no projeto do novo CPP. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 183, jul./ set. 2009, pp. 220 e 221. Sobre a associação entre a prisão provisória e a finalidade de prevenção de delitos, há quem entenda que, não obstante esta seja uma finalidade atribuída à pena, defende sua aplicação em casos extremos, de forma limitada, como recurso de "legítima proteção de bens jurídicos": VALLÉS, Ramón Ragués I. Prisión y Prevención de Delitos: ¿legítima protección de bienes jurídicos o derecho penal del inimigo? In: MELIÁ, Cancio; DIÉZ, Gómez-Jara (coords.). *Derecho*

No entanto, todas as justificativas associadas pela doutrina e jurisprudência à prisão preventiva para assegurar a ordem pública ou econômica – perigo de reiteração delitiva, clamor público ou repercussão social provocados pelo crime, periculosidade do imputado, gravidade do delito – são rechaçadas categoricamente pelos órgãos do Sistema Interamericano, que os considera fins extra-processuais, de natureza preventiva, e, portanto, atribuíveis somente à pena e não à prisão cautelar. Assim, consoante jurisprudência consolidada da Corte IDH e reafirmada pela CIDH, a prisão para garantia da ordem pública ou econômica é incompatível com o princípio de presunção de inocência, contemplado no artigo 8.2 da CADH, inclusive quando justificada no perigo de o imputado praticar novos delitos em liberdade (perigo de reiteração delitiva). Portanto, este fundamento, mantido no CPP com a reforma de 2011, padece de inconveniência, à luz do entendimento dos órgãos do Sistema Interamericano.

Assim, em síntese, no tocante à regulamentação da prisão preventiva e de seu caráter subsidiário, entende-se que o Código de Processo Penal brasileiro, com a reforma de 2011, não se adequou à lógica de um sistema que privilegia a liberdade e restringe o encarceramento, como deveria ser de acordo com a Constituição e a Convenção Americana. O sistema do CPP não dispõe, de forma expressa, que a liberdade, de acordo com a Constituição, deverá ser a regra e o acautelamento a exceção. Neste sentido, não inseriu a prisão temporária e a prisão preventiva no rol do artigo 319, como modalidades de medida cautelar pessoal, de forma sistemática e integrada às demais medidas, assim como não uniformizou seus pressupostos e fundamentos. E, no tratamento da prisão preventiva, o legislador, além de permitir, com a redação dada ao artigo 282, §6º, do CPP, o desvirtuamento do caráter subsidiário e excepcional da prisão preventiva, assim como a escusa judicial em se decretar uma medida cautelar menos gravosa, manteve a possibilidade de fundamentação inconstitucional e inconveniente desta medida na necessidade de garantia da ordem pública e da ordem econômica, mantendo, portanto, uma cláusula legal aberta para justificativas próprias à resposta punitiva. Ainda que se admita que a prisão preventiva para garantia da

Penal del Inimigo: El discurso penal de la exclusión. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2006, pp. 731-733.

ordem pública e da ordem econômica deva ser interpretada restritivamente, no sentido de abranger apenas a justificativa de evitar a reiteração delitiva, é fundamental se considerar que o sistema pátrio ainda continuará atribuindo à prisão preventiva uma finalidade material, atribuível à pena, que não é aceita pela jurisprudência do Sistema Interamericano. Entende-se que, deste modo, o legislador permitiu que o sistema continue funcionando como sempre, ou seja, com a prisão preventiva sendo decretada como *prima ratio* e com nítida finalidade de impor castigo.

Também vale lembrar que a Corte IDH e a CIDH não admitem que a prisão preventiva seja baseada exclusivamente na espécie de crime, na gravidade do delito e nas características pessoais do imputado, ressaltando que tais critérios não poderão implicar em presunção de fuga. Assim, as hipóteses de admissão da prisão preventiva descritas no artigo 313, incisos I e II, e parágrafo único, do CPP (crime doloso com pena máxima superior a quatro anos; imputado reincidente em crime doloso; dúvida ou falta de esclarecimento sobre a identidade civil do imputado) deverão ser sempre associadas a fatos concretos que demonstrem o perigo de fuga ou o risco para a atividade instrutória. A mesma interpretação é válida para o artigo 1º, inciso II, da lei 7.960/1989 (que prevê como hipóteses legais de prisão temporária do indiciado a ausência de residência fixa e o não fornecimento de elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade).

Ressalte-se ainda que o artigo 44 da Lei 11.343/2006, que veda a liberdade provisória de maneira automática para os crimes de tráfico de drogas, e, portanto, autoriza a prisão preventiva embasada, por si só, na espécie e gravidade do delito, também é manifestamente incompatível com a CADH. Apesar desta posição dos órgãos do SIDH e do entendimento do STF a respeito da inconstitucionalidade do citado dispositivo da lei de drogas, juízes e tribunais continuam a aplicá-la cotidianamente, o que é, conforme já destacado, um dos grandes motivos para o aumento progressivo no número de acusados presos preventivamente no Brasil.

Da mesma forma, o artigo 30 da Lei 7.492/1986 autoriza a prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada por crime contra o sistema financeiro nacional, que consiste em critério substantivista, a saber, a repercussão social e econômica do crime, rechaçado expressamente pela CIDH no caso dos irmãos Peirano Basso (Informe 35/07) e pela Corte IDH.

Ainda no tocante aos fundamentos da prisão preventiva, a redação final do Projeto de Reforma do CPP aprovada no Senado (PLS 156/09) conseguiu ser ainda pior do que a mantida no artigo 312 pela reforma de 2011, apresentando manifesta desconformidade com as exigências do SIDH. O artigo 556 do CPP, de acordo com o referido projeto, dispõe que a prisão preventiva poderá ser decretada: "I- como garantia da ordem pública ou da ordem econômica; II- por conveniência da instrução criminal; III- para assegurar a aplicação da lei penal; IV- em face da extrema gravidade do delito; V- diante da prática reiterada de crimes pelo mesmo autor". Além disso, contempla duas novidades importantes nos §§1º e 2º deste artigo: o primeiro veda expressamente a utilização da prisão preventiva como antecipação de pena; e o segundo dispõe que "o clamor público não justifica, por si só, a prisão preventiva".

Os incisos I, IV e V do artigo 556 do projeto atribuem à prisão preventiva fins preventivos inaceitáveis pela jurisprudência do SIDH, conforme já discutido. O citado dispositivo, além de manter a cláusula da garantia da ordem pública ou econômica, deixando o flanco aberto para a decretação arbitrária de prisão sem finalidade cautelar, incorreu em profundo retrocesso ao admitir a prisão preventiva em face da extrema gravidade do delito. Com esta previsão, retornará o Código às prisões obrigatórias ou automáticas, manifestamente inconstitucionais e contrárias à jurisprudência consolidada de nossos tribunais superiores e do SIDH. Além disso, foi repetitivo, acrescentando a finalidade de evitar a reiteração delitiva. Entende-se que há um descompasso ou incoerência manifesta entre os fins elencados nos incisos do *caput* do citado artigo e os seus parágrafos, uma vez que os primeiros admitem fundamentação preventiva que antecipa a pena. Assim, entende-se que as ressalvas feitas nos parágrafos possuem grande probabilidade de tornarem-se, na prática, letra morta, e que a legitimação da prisão preventiva, como instrumento de punição, seja renovada.

5.1.3

Proporcionalidade e prazo razoável de duração da prisão cautelar

A problemática da prisão provisória excessiva e a preocupação em se criar meios alternativos e efetivos de contê-la, determinou, durante o século XX, um avanço no delineamento dos princípios de excepcionalidade e

proporcionalidade da prisão cautelar: a discussão, no plano dogmático e na jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, em especial do TEDH, passou a girar em torno do prazo razoável da prisão preventiva, e da necessidade de os ordenamentos nacionais contemplarem medidas cautelares alternativas ao encarceramento.

Se o processo penal, por si só, é capaz de afetar gravemente os direitos dos processados, este efeito *se* agiganta quando o imputado deve enfrentá-lo privado de liberdade, especialmente quando se estende de forma prolongada no tempo.⁶²² Não é por outro motivo que o debate jurisprudencial em torno da razoabilidade da duração do processo penal, que surgiu nos anos 60 no âmbito da jurisprudência do TEDH, focou primeiramente no problema da excessiva duração da prisão preventiva, para depois adentrar na discussão mais ampla sobre a razoável duração do processo.⁶²³

Atualmente, tendo em vista o caráter endêmico que o problema da prisão provisória atingiu na América Latina, a Corte IDH e a CIDH têm se esforçado em dotar o princípio da proporcionalidade da prisão preventiva de parâmetros mais concretos, de maneira a restringir efetivamente o uso da prisão como cautela durante o processo e o seu prazo de duração.

⁶²² Parte-se assim da relação estreita entre o processo penal, como fim, e a prisão preventiva, como seu instrumento coercitivo mais gravoso, destacada por Daniel R. Pastor. No entanto, é necessário esclarecer-se que não comungamos do entendimento do autor, para quem a relação sistemática entre ambos leva à conclusão de que, *sem prisão preventiva, como salvaguarda real ou potencial de seus fins, o processo penal não pode existir, pois se pudesse, em todo caso a prisão preventiva seria ilegítima*. Pastor parte do pressuposto de que o processo penal está necessariamente vinculado à prisão preventiva, não podendo subsistir sem ela, ainda que de forma latente. Assim, para o autor argentino, enquanto existir o direito penal, a prisão preventiva é *conditio sine qua non* do processo penal, ainda que como *ultima ratio*, e que, portanto, o processo penal sem ela é impraticável: PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, pp. 439 e 482-485.

⁶²³ O Tribunal Europeu de Direitos Humanos deu início à sua extensa série de decisões sobre o tema em 1968, com os casos *Wenhoff* e *Neumeister*, que se referiam especificamente ao prazo razoável da prisão cautelar. Muitos outros casos posteriores julgados pelo TEDH também se referiam diretamente ao problema da excessiva duração da prisão preventiva (casos *Stögmüller* e *Matznetter*, ambos julgados em 1969 e *Ringeisen*, de 1971, dentre outros). Através desta jurisprudência, o TEDH não indicou aos Estados um limite temporal para a duração do processo penal e da prisão preventiva, passível de medição em dias, semanas, meses e anos, e sim uma doutrina, denominada por Daniel R. Pastor de "doutrina do não-prazo", que apenas discrimina critérios para a avaliação *in concreto* do prazo razoável da prisão cautelar e do processo penal, e que influenciou decididamente a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH): PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, pp. 106 a 222.

Com efeito, o conteúdo que exprime o princípio da proporcionalidade, em seu significado de *inequivalência entre pena e medida cautelar*, abriga reais possibilidades de restrição da prisão preventiva, conferindo maior efetividade ao princípio de presunção de inocência.⁶²⁴ A jurisprudência do SIDH acolheu esta dimensão do princípio da proporcionalidade, desenvolvendo ainda outros aspectos importantes, que relacionam a medida cautelar com seus fins, o que consiste em fundamental substrato para a rediscussão dos limites da prisão preventiva no Brasil.

O Sistema Interamericano desenvolve, para o âmbito das cautelares pessoais, os três sub-princípios decorrentes do *princípio da proporcionalidade em sentido amplo* – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – consagrados pela doutrina de Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano⁶²⁵ para o processo penal, acrescentando-lhe, inclusive, novos matizes.

Primeiramente, as medidas cautelares pessoais deverão ser *adequadas ou idôneas* a cumprir os fins legítimos a elas destinados. Significa dizer que tais medidas deverão ser suficientemente aptas ou eficazes a evitar o risco para as atividades instrutórias e de fuga do imputado, mas não para impedir o perigo de reiteração delitiva, considerado um fim ilegítimo pela CIDH e pela Corte IDH. Destaque-se que o CPP, em desconformidade com esta posição do SIDH, atribui a diversas medidas cautelares o fim de evitar a prática de infrações penais, inclusive à prisão preventiva, conforme considerações já desenvolvidas neste capítulo.⁶²⁶

⁶²⁴ Neste sentido: BOVINO, Alberto. *Contra la inocencia. Ciencias Penales*, Buenos Aires, ano 17, nº 23, nov./2005, pp. 26-28; SERGI, Natalia. *Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo*. In: BAIGÚN, David et al. *Estudios sobre la Justicia Penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, pp. 480 e 481.

⁶²⁵ SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex, 1990. Dentro da perspectiva constitucional, J. J. Gomes Canotilho também desenvolve os sub-princípios constitutivos do princípio da proporcionalidade em sentido amplo (ou da proibição de excesso) em: (i) princípio da conformidade ou adequação de meios; (ii) princípio da exigibilidade ou da necessidade; (iii) princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Explica o constitucionalista que o campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é justamente o da restrição dos direitos, liberdades e garantias dos atos dos poderes públicos, vinculando o legislador, a administração e a jurisdição: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª edição, 2003, pp. 266-273.

⁶²⁶ O CPP atribui expressamente a finalidade de evitar a reiteração criminosa às seguintes medidas cautelares: proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (artigo 319, II); suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira (artigo 319, VI); internação provisória do acusado inimputável ou semi-imputável a quem se imputa a prática de crimes mediante violência ou grave ameaça (artigo 319, VII).

Uma vez constatadas a legitimidade do fim e a idoneidade da medida para alcançar tal finalidade, cumpre verificar se a medida cautelar é *necessária e indispensável* para se alcançar o fim almejado. Para tanto, é fundamental a comparação entre medidas cautelares que sejam suficientemente aptas à satisfação do fim perseguido, de maneira a possibilitar-se a escolha daquela que seja menos lesiva aos direitos fundamentais.⁶²⁷ Assim, o princípio da *necessidade*, também denominado da *intervenção mínima*, ou da *subsidiariedade*, baseia-se na comparação entre distintas alternativas e na posterior eleição da medida menos gravosa, ou seja, daquela que implique menor sacrifício para os direitos do afetado.⁶²⁸ Daí a imprescindibilidade das medidas cautelares alternativas à prisão, previstas nos artigos 319 e 320 do CPP, ressaltando-se, no entanto, que o legislador brasileiro, conforme já discutido em item anterior, não foi claro em regulamentar no artigo 282, §6º, do mesmo diploma, a subsidiariedade da prisão preventiva enquanto sub-princípio fundamental da proporcionalidade em sentido amplo, o que compromete seriamente a aplicação preferencial das medidas cautelares diversas da prisão no sistema brasileiro.

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo exige ainda a *proporcionalidade em sentido estrito*. De acordo com a jurisprudência do SIDH, este princípio comporta duas dimensões fundamentais. Por um lado, a prisão cautelar não pode ser igual ou mais gravosa para o imputado do que a pena que se espera aplicar em caso de condenação. Significa dizer, em outras palavras, que esta medida cautelar não poderá ultrapassar a pena nem equiparar-se a ela, seja em quantidade (tempo de duração), seja em qualidade (não sendo cabível prisão cautelar quando a pena prevista para a infração não seja privativa de liberdade e quando as circunstâncias do caso permitam a suspensão do processo). A SIDH consagrou assim, *o princípio da proporcionalidade como inequivalência entre prisão cautelar e pena*⁶²⁹, conforme destacado no capítulo 2.

⁶²⁷ SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex, 1990, p. 189.

⁶²⁸ Ibid., pp. 196 e 198.

⁶²⁹ Consoante explica Natalia Sergi, o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso tradicionalmente veda que a prisão preventiva *supere* a pena em gravidade, referindo-se tanto à qualidade (impede a prisão preventiva quando a pena não é de prisão) quanto à quantidade (o tempo de prisão preventiva não pode ser superior ao da pena). Não obstante, assevera a autora que este limite acaba por não operar como limite da prisão preventiva e sim como justificação para o seu prolongamento no tempo, uma vez que legitima a equivalência da prisão cautelar à pena, convertendo-a em punição antecipada. Assim, é preciso uma reformulação ou restrição do citado princípio, que deverá passar a ser concebido como princípio de inequivalência ou proibição de

Por outro lado, a jurisprudência do SIDH também exige que, na análise da proporcionalidade (em sentido estrito) da medida cautelar, seja verificado se o sacrifício inerente à restrição ou privação de liberdade imposto ao imputado (e também à sociedade) não seja exagerado em relação às vantagens obtidas com o cumprimento da finalidade da medida.⁶³⁰ Trata-se do princípio da "justa medida", através do qual meios e fim são equacionados através de um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado ou desmedido em relação ao fim.⁶³¹

Pode-se dizer que o Brasil, com a reforma de 2011, acolheu, ainda que parcialmente, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Com efeito, o artigo 283, §1º do CPP veda expressamente a aplicação de medidas cautelares pessoais à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade. Além disso, o legislador também passou a desautorizar, de forma expressa, a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com penal privativa de liberdade máxima igual ou inferior a quatro anos (artigo 313, inciso I, CPP). Assim, fica afastada a imposição de prisão processual naqueles casos em que a pena imposta ao final do processo será eventualmente restritiva de direitos ou multa, e não privativa de liberdade.⁶³² O CPP também vedou a decretação de prisão cautelar quando o juiz verificar, de acordo com as provas constantes dos autos, a incidência de causas excludentes da ilicitude do fato (artigo 314).

Por outro lado, em relação à inequivalência temporal da prisão cautelar e da pena, o CPP, com a reforma de 2011, perdeu a oportunidade de regulamentar o

equivalência entre pena e prisão preventiva. Nas palavras de Sergi, "*de acuerdo con esta nueva formulación del antiguo principio de proporcionalidad, el encarcelamiento preventivo en el Estado de derecho nunca puede equivaler a la duración de la pena, ni a su cualidad. El el Estado de derecho, la medida cautelar debe ser inequivalente a la pena, y dicha equivalencia debe evitarse en calidad y en cantidad*": SERGI, Natalia. Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo. In: BAIGÚN, David et al. *Estudios sobre la Justicia Penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 480. No mesmo sentido: BOVINO, Alberto. Contra la inocencia. *Ciencias Penales*, Buenos Aires, ano 17, nº 23, nov./2005, p. 28.

⁶³⁰ Reserva-se a discutir este aspecto do princípio da proporcionalidade no próximo capítulo, onde se analisará as implicações e impactos humanos e socio-econômicos da prisão provisória.

⁶³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª edição, 2003, p. 270.

⁶³² O artigo 44 do Código Penal Brasileiro dispõe que as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I- aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II- o réu não for reincidente em crime doloso; III- a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que esta substituição seja suficiente.

prazo máximo de duração da prisão preventiva.⁶³³ Também não vedou expressamente a equiparação do prazo de prisão preventiva ao da pena privativa de liberdade. Significa dizer que não há, no CPP, qualquer impedimento neste sentido, o que permite que a prisão preventiva seja mantida até a sentença de mérito, desde que presentes os requisitos de cautelaridade da medida. Entende-se que o Brasil se omitiu em regulamentar no CPP o princípio da razoável duração da prisão cautelar, contemplado no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição, e na CADH, artigo 8.2, seja através de fixação de prazo máximo da prisão preventiva ou de outros critérios de avaliação.

Ressalte-se que, no tocante à duração da prisão cautelar, os órgãos do SIDH, ainda que não imponham a fixação de um prazo de duração de forma abstrata, entendem que uma vez que o Estado-parte tenha estabelecido um limite temporal máximo para a prisão processual, este não poderá ser excedido. Se ultrapassado o prazo fixado em lei, a jurisprudência do SIDH é enfática: o imputado deverá ser colocado em liberdade plena ou submetido à outra medida cautelar, ainda que estejam presentes o pressuposto e fundamento para a prisão preventiva, sendo que esta medida mais gravosa jamais poderá ser novamente decretada.

Entende-se que, ainda que o SIDH não exija a regulamentação estatal de um prazo em abstrato, a previsão da duração máxima da prisão preventiva no Brasil é fundamental, porque imprescindível ao seu controle. A prisão provisória, como expressão máxima do exercício do poder punitivo nos dias de hoje, precisa ter seu prazo de duração delimitado por lei como toda e qualquer medida que prive o homem de sua liberdade. Trata-se de medida legislativa que representa um aperfeiçoamento dos sistemas penais em conformidade com os parâmetros do Estado de direito, que não autoriza o uso ilimitado da força pública estatal.⁶³⁴

⁶³³ Durante a tramitação do Projeto 4.208/2001, a Comissão da AJUFE inseriu proposta de acréscimo do artigo 315-A no CPP, prevendo prazos máximos de prisão preventiva para três momentos processuais: antes do oferecimento da denúncia, até a sentença de primeiro grau, e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Não obstante, o citado artigo não foi incorporado à versão do projeto que foi finalmente transformado na Lei 12.403/2011: SILVA, Danielle Souza de Andrade e. A temporalidade específica da prisão preventiva: um mecanismo de conciliação entre garantias individuais e efetividade do processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 62, set./ out. 2006, pp. 216-217.

⁶³⁴ MAIER, Julio B. J. Limite temporal del encarcelamiento preventivo. *Antología: el proceso penal contemporáneo*. Lima: Palestra, 2008, p. 197. No mesmo sentido: PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009;

Também consiste em medida política de contenção da hiperinflação carcerária e da arbitrariedade no emprego da prisão preventiva, que, quanto mais se prolonga no tempo, mais afeta os direitos fundamentais do processado. A duração da prisão preventiva consiste num dos principais motivos da perversão na utilização da medida e que confronta, de maneira mais evidente, o princípio de presunção de inocência, provocando os problemas de superpopulação e agravamento das condições de encarceramento.⁶³⁵ É preciso frisar que a omissão do Estado brasileiro em regulamentar o prazo máximo da prisão preventiva consiste em desídia inescusável face às condições de prisão e à violação continuada de direitos a que são submetidas milhares de pessoas presas que ostentam o *status* de inocentes.

Os artigos 282, §5º, e 316 do CPP tratam da revogação, da substituição e nova decretação da prisão cautelar. Tais dispositivos não fazem qualquer referência ao prazo razoável de duração do encarceramento como requisito fundamental a impedir tanto a manutenção quanto a nova decretação da prisão preventiva. Assim, é preciso se considerar que quando o legislador brasileiro se omite em limitar a duração da prisão preventiva, está se eximindo em fornecer ao juiz mecanismos concretos para o seu controle real. Esta omissão acaba gerando uma série de dirimentes jurisprudenciais injustificáveis como excesso de trabalho, acumulação de competências dos tribunais, dentre outras.⁶³⁶

Por fim, cabe acrescentar que a Comissão Interamericana indica um critério ou parâmetro para os Estados-partes verificarem, no caso concreto, a razoabilidade da duração da prisão cautelar: o cumprimento de 2/3 da pena mínima cominada ao delito. Entende-se que se trata de uma ferramenta importante para os operadores do direito no Brasil (notadamente aos juízes, no exercício do controle periódico da prisão provisória), ainda que não afaste a necessidade premente de regulamentação dos prazos máximos da prisão preventiva na legislação pátria. Enquanto o Brasil não regula os prazos-limite da prisão preventiva, este parâmetro deveria ser utilizado pelos tribunais brasileiros.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁶³⁵ SERGI, Natalia. La privación de la libertad durante el proceso en el derecho comparado. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 2004/A, p. 151.

⁶³⁶ Conforme aponta ALBANESE, Susana. La garantía del plazo razonable. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1999/A, pp. 171-173.

O PLS 156/09 felizmente estabelece prazos máximos de duração da prisão preventiva, fixando-os por fase: **(i)** 180 dias, se a prisão é decretada no curso da investigação ou antes da sentença condenatória recorrível; **(ii)** 360 dias, se a prisão é decretada ou prorrogada por ocasião da sentença condenatória recorrível, não se computando, em caso de prorrogação, o período anterior, cumprido no curso da investigação ou antes da sentença recorrível; **(iii)** 360 dias, se a prisão é decretada na fase recursal, não tendo sido esta decretada no momento da sentença condenatória recorrível de primeira instância (artigo 558, incisos I e II e §1º). O citado dispositivo ainda prevê acréscimos temporais: de 180 dias, em caso de interposição, pela defesa, de recurso especial e/ou extraordinário; de 60 dias, em caso de investigação ou processo de crimes cuja pena máxima de prisão seja igual ou superior a 12 anos. Além disso, em caso de fuga do custodiado, o projeto prevê a interrupção dos prazos, que, após a captura, serão contados em dobro (artigo 559, §1º). De qualquer forma, o projeto não permite, em nenhuma hipótese, que o prazo de prisão preventiva ultrapasse o limite de quatro anos (artigo 559, §2º).

Outra novidade importante consiste no artigo 561 do Projeto, que permite ao juiz fixar de antemão, ao decretar a prisão preventiva, o prazo certo de sua duração, pautado nos limites máximos previstos no artigo 558.⁶³⁷

Não obstante o avanço em finalmente se regulamentar prazos de prisão preventiva, é preciso questionar se tais limites máximos contemplados no PLS 156/09 são aceitáveis, à luz do princípio da razoável duração do processo e da prisão cautelar. Neste sentido, entende-se que os acréscimos legais, assim como o prazo legal máximo de quatro anos para a duração da prisão cautelar no Brasil são excessivos, autorizando manutenção ou prolongamento irrazoável do encarceramento a título cautelar. Tratam-se de prazos longos para o processo penal, quanto mais para a prisão preventiva.

É preciso ter-se ainda em vista que a CIDH assevera que a fixação de prazos legais máximos não garante a sua conformidade com a Convenção Americana, nem outorga ao Estado a faculdade de privar o acusado de liberdade

⁶³⁷ Trata-se, conforme aponta Julio B. Maier, de ponto fundamental para controle da prisão preventiva: MAIER, Julio B. J. La privación de la libertad durante el procedimiento penal: el encarcelamiento preventivo hoy. In: ANITUA, Gabriel Ignacio; TEDESCO, Ignacio F (Comp.). *La cultura penal: homenaje al professor Edmundo S. Hendler*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 412.

por todo o lapso temporal estipulado em lei, devendo ser sempre analisado, neste interregno, se os motivos que justificaram o encarceramento subsistem.⁶³⁸ O PLS 156/09 avançou neste sentido também, uma vez que prevê o controle ou reexame periódico da prisão preventiva cuja duração exceder 90 dias, estabelecendo o dever judicial de avaliação da persistência dos motivos que ensejaram sua decretação. Este ponto será analisado com mais vagar no próximo item deste capítulo.

5.2

A posição de garantidor do juiz criminal e suas implicações nas decisões sobre prisão e demais medidas cautelares pessoais

Um dos pontos fundamentais para a conformação do novo sistema de cautelares pessoais à Constituição de 1988 e às orientações do SIDH consiste no reforço do papel do juiz de garante dos direitos fundamentais do imputado, com delineamento mais nítido, no plano da legislação infra-constitucional, das linhas de um processo penal acusatório, que retire das mãos do juiz criminal o poder de iniciativa sobre a prisão preventiva, e, ao mesmo tempo, que lhe imponha e permita exercer um controle efetivo e periódico dos limites da prisão cautelar.

Assim, com a previsão de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva pela reforma de 2011, a posição de garante do juiz na investigação e no processo penal renova-se, pois ele torna-se efetivamente um guardião da legalidade da prisão provisória e dos limites que deverão cercá-la enquanto medida cautelar, consubstanciados nos princípios de presunção de inocência, excepcionalidade, proporcionalidade e provisoriedade da prisão preventiva.

Com a Lei 12.403/2011, o sistema processual penal brasileiro avançou neste sentido, passando a determinar, de forma expressa, que toda decisão sobre prisão cautelar seja devidamente fundamentada pelo juiz. Assim, o artigo 283, *caput*, do Código de Processo Penal, reproduziu a norma constitucional (artigo 5º, LXI) que exige que toda e qualquer prisão, à exceção da prisão em flagrante, seja emanada de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Ademais, o Código passou a enfatizar a necessidade de fundamentação de todas

⁶³⁸ CIDH. *Informe sobre o Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/13, 30 de dezembro de 2013, parágrafo 173.

as decisões que envolvam medidas cautelares pessoais, exigindo que a sua decretação, substituição, revogação ou denegação seja sempre motivada (artigos 282, §5º, 315 e 316).

O artigo 310 do CPP passou ainda a explicitar a obrigação do juiz, ao receber o autor de prisão em flagrante, de, fundamentadamente, relaxar a prisão ilegal, ou, em caso de legalidade, convertê-la em prisão preventiva ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, impondo, se for o caso, outra(s) medida(s) cautelar(es) alternativa(s) à prisão preventiva, elencadas no artigo 319 do CPP. Assim, através do artigo 310, o legislador passou a exigir o controle judicial da legalidade da prisão e da necessidade de sua manutenção como medida cautelar.

Não obstante o avanço da reforma de 2011 quanto à exigência de fundamentação e controle da legalidade e dos limites da prisão provisória, esta não foi acompanhada de maiores inovações, de maneira a permitir a reconfiguração do papel do juiz criminal como verdadeiro garantidor dos direitos fundamentais do acusado. As inovações da Lei 12.403/2011 não tiveram um avanço mais profundo, no sentido de criar um mecanismo efetivo e periódico de controle judicial da legalidade e dos limites da prisão provisória, e também não foi capaz de romper com o paradigma inquisitório, retirando do juiz o poder de iniciativa na decretação da prisão preventiva e demais medidas cautelares pessoais.

5.2.1 A omissão legislativa da exigência de apresentação pessoal e imediata do preso ao juiz

O artigo 306, *caput*, do CPP, com redação determinada pela Lei 12.403/2011, exige que a prisão e o local em que se encontre o preso sejam *comunicados* imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou pessoa por ele indicada. A inovação consistiu na exigência de comunicação ao Ministério Público, que harmoniza-se com a necessidade deste órgão acusador de acompanhar o desenrolar dos fatos e, se for o caso, requerer ao juiz a decretação da prisão preventiva ou de outra medida cautelar.⁶³⁹

⁶³⁹ LOPES JR., Aury. *O Novo Regime da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas: Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 51.

O §1º do mesmo dispositivo legal determina ainda que, no prazo de 24 horas após a realização da prisão, *o auto de prisão em flagrante deverá ser encaminhado ao juiz competente*, e, caso o preso não tenha informado o nome de seu advogado, uma cópia integral deste auto deverá ser encaminhada à Defensoria Pública. Neste mesmo prazo de 24 horas, deverá ser entregue ao preso a nota de culpa, assinada pela autoridade, mencionando o motivo da prisão, o nome do condutor e o das testemunhas (artigo 306, §2º, CPP).

Verifica-se que o Código de Processo Penal, com a reforma de 2011, manteve o regime anterior de mera *comunicação* da prisão ao juiz competente, nos mesmos termos do artigo 5º, inciso LXII, da Constituição de 1988, e de encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao juiz em 24 horas após o ato de prisão. Assim, a legislação ordinária não exige a *apresentação pessoal do preso, sem demora, à autoridade judicial competente*, consoante determina o artigo 7.5 da Convenção Americana. Em outras palavras, o artigo 306 do CPP adequa-se ao mandamento constitucional, mas é incompatível com a Convenção Americana e com as recomendações dos órgãos do Sistema Interamericano para um efetivo controle judicial da prisão e da necessidade de sua manutenção como medida cautelar excepcional.

A condução imediata do preso à presença do juiz, exigida pela Convenção Americana, é procedimento fundamental para a efetividade do controle da prisão pelo juiz, regulamentado pelo sistema de justiça criminal de diversos países democráticos.⁶⁴⁰

Ressalte-se que, nos casos contenciosos examinados no capítulo 2, a Corte IDH exige categoricamente que o preso seja apresentado pessoal e imediatamente ao juiz, para que este possa, de maneira fidedigna, decidir sobre a manutenção ou não da prisão a título cautelar. Nestes casos, a Corte IDH assevera que não é suficiente o simples conhecimento judicial da prisão ou da causa, ou a simples remessa do inquérito policial ao juiz competente.

A ausência de regulamentação no CPP da garantia contemplada no artigo 7.5 da CADH consiste numa das mais graves deficiências do sistema brasileiro, que permite que o imputado preso fique à mercê de ilegalidades e arbitrariedades,

⁶⁴⁰ Alemanha, Espanha (artigo 496, LECrim), Itália (artigo 386.3, CPP), Portugal (art. 254, a, CPP) e Argentina (artigos 286 e 287 do Código de Processo Penal), dentre outros prevêm o procedimento de condução imediata do preso ao juiz.

inclusive de graves violações à sua integridade física e psíquica, configuradoras de tortura. A ausência de previsão legal da condução do preso ao juiz, imediatamente após o ato de detenção, determina que, em geral, o imputado permaneça por longo período de tempo sem qualquer contato direto com o juiz, responsável por zelar por seus direitos: o primeiro encontro pessoal do magistrado com o preso ocorrerá, em regra, no momento do interrogatório, último ato instrutório do processo penal.

Além disso, o controle judicial da necessidade da manutenção do encarceramento, a título cautelar, por meio da conversão da prisão em flagrante em preventiva, regulamentado pelo artigo 310 do CPP, também acaba sendo realizado sem a presença do imputado e da defesa. Assim, não obstante a exigência legal do contraditório para a decretação de medidas cautelares (artigo 282, §2º, CPP), a redação do artigo 310 não é expressa neste sentido, o que acaba dando margem para que o juiz convole a prisão em flagrante em preventiva sem ouvir o imputado.

Em síntese, pode-se dizer que os citados artigos 306, *caput* e §1º, e 310, do CPP, são inconventionais ou incompatíveis com a Convenção Americana e também com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Por outro lado, a ausência de previsão expressa na legislação ordinária da garantia da apresentação pessoal e imediata do preso ao juiz não exime os juízes e tribunais brasileiros do dever de adotar este procedimento, uma vez que a Convenção Americana faz parte do direito positivo brasileiro. E nem se diga que a CADH é considerada norma de *status* supra-legal no ordenamento pátrio, estando, assim, abaixo da norma constitucional do artigo 5º, inciso LXII, que não exige a apresentação pessoal do preso ao juiz. Neste caso, a pretensa incompatibilidade entre a legislação interna brasileira e a Convenção Americana deve ser resolvida através do princípio hermenêutico *pro homine*, que exige que seja aplicada no caso concreto a norma mais favorável ao imputado ou que lhe assegure a tutela mais ampla de seus direitos, que, nesta hipótese, é a do artigo 7.5 da CADH e não a do artigo 5º, inciso LXII, da Constituição brasileira.

O Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (PLS 156/09) também não contemplou a exigência de apresentação pessoal e imediata do preso ao juiz competente, exigindo apenas a *comunicação* imediata da prisão ao juiz, à Defensoria Pública e à família do preso ou pessoa por ele indicada (artigo 545).

Não obstante, outro projeto, em trâmite no Senado (PLS 554/2011), que prevê a denominada "*audiência de custódia do preso*", foi aprovado no dia 18 de setembro de 2013. Este projeto propõe a alteração do artigo 306, §1º, do CPP, que passa a exigir que o preso em flagrante delito seja conduzido pessoalmente à presença do juiz, no prazo de 24 horas após a prisão, para uma audiência de custódia. Nesta audiência, serão ouvidos o Ministério Público, o defensor e o preso, e o juiz examinará a legalidade da prisão e a necessidade cautelar para manter o encarceramento. Ressalte-se que o depoimento preliminar do acusado na audiência de custódia não deverá ser confundido com o interrogatório do réu, que consiste no último ato da instrução criminal. Para evitar quaisquer resultados neste sentido, o projeto prevê também a impossibilidade de que o depoimento preliminar do acusado preso, em sede de audiência de custódia, seja utilizado posteriormente para condenar o réu. Trata-se de modificação essencial, que finalmente conformará o sistema brasileiro aos diplomas internacionais de direitos humanos e às exigências do Sistema Interamericano para a implementação do controle judicial efetivo da prisão cautelar no Brasil.

5.2.2

A manutenção de mecanismo inquisitivo de decretação judicial *ex officio* da prisão e demais medidas cautelares pessoais

O artigo 282, §2º, do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei 12.403/2011, autoriza que o juiz decrete, durante o processo, medidas cautelares de ofício. Da mesma forma, o artigo 311, *caput*, do CPP, modificado pela reforma de 2011, estabelece que a prisão preventiva poderá ser decretada de ofício pelo juiz, no curso da ação penal. Além disso, o artigo 310 do CPP não esclarece se a decisão que converte a prisão em flagrante em prisão preventiva pode ser proferida pelo juiz, independentemente de provocação, o que abre a possibilidade para um juízo inadequado de interpretação em sentido positivo.

O legislador vedou a iniciativa do juiz, tanto na decretação da prisão preventiva quanto das demais cautelares pessoais, apenas durante a investigação policial. Nesta fase, a decretação de cautelares estará condicionada à prévia representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, e a decretação da prisão preventiva deverá ser precedida de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente de acusação, ou ainda de

representação da autoridade policial.⁶⁴¹ Tratou-se de inovação da lei 12.403/2011, uma vez que o artigo 311 do CPP, em sua redação anterior à reforma, autorizava a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz na fase do inquérito policial e no curso da instrução criminal.

Grande parte da doutrina brasileira recebeu esta mudança legal com bastante entusiasmo, ao entender que a redação anterior do artigo 311, ao permitir que o juiz decretasse a prisão preventiva de ofício durante a investigação policial, feria o sistema acusatório, consagrado pela Constituição de 1988, sustentado fundamentalmente na oposição e divisão de funções entre juiz e acusação. Com efeito, o citado dispositivo legal, ao permitir que o juiz tivesse a iniciativa da prisão preventiva na fase de investigação policial, autorizava-o a imiscuir-se em atribuições cujos destinatários são os órgãos responsáveis pela persecução penal e pela dedução da pretensão acusatória em juízo. Na fase pré-processual, conferir ao juiz poderes instrutórios ou cautelares ofende, de forma manifesta, o sistema acusatório, devendo o magistrado permanecer inerte e imparcial para que possa estar adstrito a desempenhar o papel de garantidor dos direitos fundamentais do indiciado, e neste sentido, autorizar e controlar a segregação cautelar, mediante provocação do Ministério Público ou da autoridade policial.

Não obstante, parte considerável da doutrina brasileira também entende que, na fase processual, quando a pretensão punitiva já tenha sido deduzida, o juiz está autorizado a decretar de ofício a prisão preventiva, com o objetivo de garantir a efetividade do processo, sem que tal poder ou ativismo a ele conferido represente ofensa ao sistema acusatório recepcionado pela Constituição.⁶⁴²

⁶⁴¹ Artigo 282, §2º, CPP, acrescentado pela Lei 12.403/2011 - "As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público".

Artigo 311, *caput*, CPP, com redação determinada pela Lei 12.403/2011 - "Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial."

⁶⁴² Neste sentido, entendendo que a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz na fase processual não ofende o sistema acusatório, e, portanto, de que o artigo 311, *caput*, do CPP não é inconstitucional: OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Atualização do Processo Penal: Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 44 e 45; CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 118 e 119; GOMES, Luiz Flávio. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coords.). *Prisão e Medidas Cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 64-71; LIMA, Marcellus Polastri. *Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. Rio

No entanto, comunga-se do entendimento oposto, ou seja, de que a decretação *ex officio* da prisão preventiva, seja na fase investigativa, seja na etapa processual propriamente dita, afasta ou interfere na capacidade do juiz de aferir de forma idônea e imparcial a respeito da real necessidade da prisão cautelar e de exercer um controle efetivo sobre ela, de maneira a evitar abusos, deixando o imputado em situação de desamparo.⁶⁴³ Da mesma forma ocorre com a conversão da prisão em flagrante em preventiva, quando autorizada pelo juiz independentemente de provocação do Ministério Público.

É fundamental se considerar que os fins processuais atribuídos à prisão cautelar—evitar a fuga do imputado e preservar a prova—estão instrumentalmente relacionados com a pretensão acusatória e os interesses a ela relacionados no processo penal, e não deve, portanto, ser tutelada pelo juiz criminal, e sim pelo Ministério Público, titular da ação penal pública. Este papel do órgão acusador, na divisão de funções dos atores do processo penal no sistema acusatório, consagrado pela Constituição de 1988 em seus artigos 5º, LIII e LV e 129, I, emancipa o juiz, liberando-o para que possa atuar como efetivo garante da liberdade do imputado durante a persecução penal.⁶⁴⁴ A questão está na posição ou papel do juiz criminal, e não na fase de decretação da medida cautelar.⁶⁴⁵ O Estado, quando autoriza que o Poder Judiciário assuma uma função instrutória, comportando-se como Ministério Público, é um Estado gendarme, incapaz de assegurar os direitos do imputado.⁶⁴⁶

Deste modo, considera-se que a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, autorizada pelo artigo 311 do CPP, e a convolação da prisão em flagrante em preventiva, prevista no artigo 310, inciso II do CPP, se realizada sem prévio requerimento do Ministério Público ou do querelante, são

de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 114 e 115; IENACCO, Reforma do CPP: cautelares, prisão e liberdade provisória. *Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, v. 62, n. 197, abr./jun. 2011, p. 49; LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Prisão Cautelar: doutrina, jurisprudência e prática*. Niterói: Impetus, 2012, pp. 47 e 253.

⁶⁴³ Neste sentido: PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 113.

⁶⁴⁴ PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 114 e 130.

⁶⁴⁵ NICOLLIT, André. *Lei 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 42.

⁶⁴⁶ TAVARES, Juarez. Prisión preventiva. In: ROCHA, Joaquín P. da Rocha; LUCA, Javier A. de (coords). *La prisión preventiva como anticipo de pena en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, p. 47.

inconstitucionais.⁶⁴⁷ Entende-se ainda, pelos mesmos motivos, que a decretação das demais medidas cautelares pessoais previstas no artigo 319 do CPP - que representam, ainda que em menor medida do que a prisão preventiva, uma intervenção no direito de liberdade do imputado - não deverão ser decretadas, substituídas ou cumuladas pelo juiz de ofício, e que os §§2º e 4º do artigo 282 do Código, que autorizam este mecanismo de natureza inquisitiva, também são inconstitucionais.

Este é o entendimento que coincide com uma visão do processo penal condizente com um novo paradigma em matéria de direitos humanos, a nortear a redefinição do papel que os sujeitos processuais ocupam no sistema de justiça criminal brasileiro. Conforme destacado no capítulo 2, o imputado preso encontra-se em situação de intensa vulnerabilidade no interior do sistema carcerário, e, por isso, a jurisprudência do Sistema Interamericano é enfática na exigência de que os Estados-partes assegurem o papel do juiz criminal como garantidor dos direitos do preso, de maneira a evitar ilegalidades e arbitrariedades na decretação da prisão e em sua manutenção. É neste sentido que se justifica o ativismo judicial do juiz, e não no sentido de preservar a efetividade do processo penal. A autorização legal para o juiz decretar de ofício a prisão preventiva, mantida na reforma de 2011, interfere no exercício do controle da legalidade e da idoneidade do encarceramento a título cautelar, e, conseqüentemente, na efetividade da função do magistrado de guardião dos direitos humanos do imputado. Assim, este mecanismo inquisitivo de decretação de cautelares pessoais, além de inconstitucional, porque contrário ao sistema acusatório, e aos princípios de inércia da jurisdição e de imparcialidade do juiz, impossibilita a tutela efetiva dos

⁶⁴⁷ Neste sentido: PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*, p. 130; NICOLLIT, André. *Lei 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 42; LOPES JR., Aury. *O Novo Regime da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas: Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 64 e 65; CÂMARA, Luiz Antonio. *Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória*. Curitiba: Juruá, 2011, pp. 125-126; MOREIRA, Rômulo de Andrade. A prisão processual, a fiança, a liberdade provisória e as demais medidas cautelares - comentários à Lei nº 12.403/2011. *Revista Síntese de Direito Penal e Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v.11, n.69, ago./set. 2011, p. 62. Guilherme de Souza Nucci, ainda que não se expresse de forma manifesta pela inconstitucionalidade, também entende que o magistrado jamais deveria decretar a prisão preventiva de ofício, devendo existir sempre um pedido expresso da parte interessada (Ministério Público, assistente de acusação ou querelante): NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 62.

direitos fundamentais do imputado preso, consistindo em instrumento manifestamente contrário às recomendações dos órgãos do SIDH para a adequação dos sistemas penais às exigências em matéria de direitos humanos.

Ressalte-se que o Projeto de Reforma do CPP (PLS 156/09) também não exige o requerimento das partes para a decretação de medidas cautelares pessoais no curso do processo penal, autorizando a decretação judicial *ex officio* nesta fase. Da mesma forma que a Lei 12.403/2011, o referido projeto veda a decretação de cautelares de ofício apenas na etapa de investigação, quando dependerá de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial (artigo 525, parágrafo único). Assim, com o PLS 156/09, abre-se a possibilidade de permanência de um "ativismo judicial inquisitório" no sistema cautelar brasileiro, incompatível com a função do juiz no processo penal.⁶⁴⁸ Este continuísmo mostra, em verdade, a resistência em se modificar a cultura autoritária na qual se assentam, há muito, as práticas judiciais no Brasil.

5.2.3

Contraditório na decretação de medidas cautelares pessoais

O artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal, com nova redação determinada pela Lei 12.403/2011, trouxe uma importante disposição a respeito do procedimento de autorização judicial de medidas cautelares. O citado artigo dispõe que, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, ato que deverá ser acompanhado de cópia do requerimento e das peças necessárias.

O procedimento previsto no artigo 282, §3º, do CPP, passou a prever no sistema pátrio o contraditório prévio em sede de cautelares pessoais.⁶⁴⁹ Assim, o

⁶⁴⁸ LOPES JR., Aury. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 213, ago./2010, p. 8.

⁶⁴⁹ Neste sentido: LOPES JR., Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 19, n. 223, jun. 2011, p. 06, para quem o artigo 282, §3º do CPP instituiu um "contraditório tímido"; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*, p. 45; PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da lei 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 19, n. 223, jun. 2011, p. 10, que entendem que o citado dispositivo legal, ainda que consagre o contraditório, refere-se apenas ao dever de informação

juiz, após receber o requerimento de medida cautelar formulado pela acusação, encontra-se obrigado a intimar a parte contrária, de maneira a obter uma manifestação a respeito do pedido, antes de decidir sobre o seu deferimento ou indeferimento.

Ressalte-se que, antes da reforma de 2011, prevalecia o entendimento da impossibilidade de intervenção da defesa em momento anterior à decretação da prisão cautelar, sob pena de ineficácia da medida. Assim, em regra, a prisão preventiva era decretada *inaudita altera pars*, e reservava-se à defesa o questionamento da necessidade da medida em momento posterior, por meio de *habeas corpus*. Assim, o artigo 282, §3º, do CPP, com a reforma de 2011, representa importante modificação no sistema brasileiro, que passa a deixar claro que, em regra, não se dispensa a defesa nos procedimentos acautelatórios.⁶⁵⁰ O citado dispositivo consiste em garantia fundamental ao exercício do direito à ampla defesa, que permite que o juiz leve em conta, no momento da decisão, todos os elementos favoráveis ao imputado, ampliando o seu material cognitivo e aperfeiçoando o controle judicial da prisão e demais medidas cautelares pessoais. A audiência ou procedimento oral para a autorização da prisão preventiva, realizada na presença das partes, com requerimento feito pelo órgão acusador e com real possibilidade de resistência pela defesa, é benéfica à celeridade almejada para o processo penal e para a reconfiguração da responsabilidade da função jurisdicional na instrução criminal.⁶⁵¹ Trata-se de procedimento adotado pelos sistemas judiciais de outros países, como Espanha, Portugal e França, como parte do mecanismo de controle judicial das cautelares que o magistrado deve exercer como garante dos direitos fundamentais do imputado.⁶⁵² Também é mecanismo

sobre o todo o conteúdo fático e normativo referente à imputação, faltando ainda estabelecer a forma de reação à medida.

⁶⁵⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (coord.). *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011*, p. 46.

⁶⁵¹ MIRANDA, Jorge A.; LEDESMA, Miguel. Prisión preventiva como anticipo de condena. In: ROCHA, Joaquín P. da Rocha; LUCA, Javier A. de (coords). *La prisión preventiva como anticipo de pena en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, pp. 53.

⁶⁵² ARMENTA DEU, Teresa. El nuevo proceso penal español: proceso abreviado, juicio rápido y prisión provisional. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, 2004, pp. 489 e 490; SILVA, Germano Marques da. Sobre a liberdade no processo penal ou do culto da liberdade como componente essencial da prática democrática. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João (orgs.). *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1371 a 1375; ABOSO, Gustavo Eduardo. El nuevo Código procesal penal francés y el afianzamiento de las garantías de las

adotado em 2005, pelo Estado Chileno⁶⁵³ e pelo CPP da Província de Buenos Aires (artigo 172, Lei nº 2303, de 25-09-2007)⁶⁵⁴.

No entanto, a norma do artigo 282, §3º, é lacunosa, pois não explicita se a intimação seria para uma audiência, ou seja, para oitiva judicial do imputado, ou para que a defesa ofereça uma resposta escrita ao pedido, indicando as razões pelas quais a medida cautelar deveria ser indeferida pelo juiz. O dispositivo legal também não deixa claro se tal procedimento deve ser adotado no momento da decisão sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (artigo 310, II, CPP), quando se confundiria com o controle judicial e imediato da prisão *ab initio*, exigido pelo artigo 7.5 da CADH, e/ou nas hipóteses de pedido posterior de substituição, cumulação e revogação de medidas cautelares (artigo 282, §§4º e 5º, CPP).

Entende-se que cumpre não confundir *a priori* o artigo 282, §3º do Código de Processo Penal com o artigo 7.5 da CADH, que exige a apresentação pessoal e imediata do preso ao juiz com o fim de realização, em audiência, do controle de legalidade da prisão. Entende-se que a citada norma do Código não trata especificamente da exigência de controle judicial e imediato da legalidade da prisão em flagrante, e sim de um controle mais amplo, ou seja, que tenha como objeto toda e qualquer decisão sobre medidas cautelares, abrangendo, assim, a decretação da prisão preventiva, seja ou não através da convalidação da prisão em flagrante, assim como a decretação, substituição ou cumulação de outras medidas cautelares.⁶⁵⁵ Certamente a citada norma do Código não dispensa a necessidade do controle pessoal e imediato da prisão pelo juiz, e, assim, não supre a omissão ou descompasso legislativo do sistema brasileiro, que deveria regulamentar, de forma clara e específica, esta garantia fundamental prevista na Convenção Americana.

personas sometidas a proceso: a propósito de affaire Selmoni resuelto por la Corte Europea de DDHH. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, 7/8, n.11, 2002, p. 590.

⁶⁵³ MIRANDA, Jorge A.; LEDESMA, Miguel. Prisión preventiva como anticipo de condena. In: ROCHA, Joaquín P. da Rocha; LUCA, Javier A. de (coords). *La prisión preventiva como anticipo de pena en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, pp. 65-66.

⁶⁵⁴ LANCMAN, Valéria A.; LÓPEZ, Lorena; ZANAZZI, Sebastián. La prisión preventiva en la ciudad autónoma de Buenos Aires. MIRANDA, Jorge A.; LEDESMA, Miguel. Prisión preventiva como anticipo de condena. In: ROCHA, Joaquín P. da Rocha; LUCA, Javier A. de (coords). *La prisión preventiva como anticipo de pena en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, pp. 104 e 105.

⁶⁵⁵ No sentido de que a providência do artigo 282, §3º do CPP, deva ser aplicada também às hipóteses de substituição, ou cumulação de medidas cautelares (artigo 282, §4º, CPP), desde que não haja urgência ou risco de ineficácia: NICOLLIT, André. *Lei 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 33.

De qualquer forma, entende-se que a interpretação mais adequada, em conformidade com os artigos 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, é de que a intimação a que se refere o artigo 282, §3º do Código seja para que o imputado se apresente pessoalmente em audiência para ser ouvido pelo juiz, na presença do Ministério Público e do defensor.⁶⁵⁶ Desta maneira, se estaria garantindo ao imputado o contraditório e o exercício do direito de defesa em sede de cautelares pessoais, de forma oral e mais efetiva, permitindo ainda ao juiz alcançar um convencimento mais fundamentado sobre a necessidade ou não de decretação de uma medida de caráter coercitivo, que incidirá sobre a liberdade do imputado. Além do mais, se o momento for de decisão sobre a convolação da prisão em flagrante em prisão preventiva ou outra medida cautelar, se estaria, ao mesmo tempo, garantindo ao preso o controle judicial de legalidade de sua prisão.

Ressalte-se que o artigo 282, §3º, do CPP, estabelece que a intimação da parte contrária não deverá ser adotada nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida cautelar. Os doutrinadores em geral entendem que estas exceções se aplicam, por exemplo, em casos de prisão preventiva fundada em risco de fuga ou de perecimento de prova.⁶⁵⁷ No entanto, para tais hipóteses excepcionais, poderia ser instaurado o contraditório *a posteriori*, também denominado contraditório diferido, realizado após a decisão de decretação da prisão preventiva, através de uma audiência onde o imputado tivesse a oportunidade de convencer o juiz da desnecessidade de manter a privação de liberdade a título cautelar.⁶⁵⁸

⁶⁵⁶ Trata-se do procedimento adotado pela legislação espanhola (artigo 505, LECrim, conforme redação conferida pela Lei orgânica 13/2003, relativa à reforma da prisão provisória) que exige que o imputado, seu defensor e o Ministério Público compareçam à audiência para decisão em contraditório sobre a prisão provisória e a liberdade provisória com fiança, dispensada, no entanto, se for o caso de decisão judicial de concessão de liberdade provisória sem fiança. Esta audiência também ocorrerá quando houver necessidade de prorrogação da cautelar. Trata-se de uma exigência legal que visa diluir o princípio da oficialidade e reforçar o caráter contraditório do sistema, evitando que a iniciativa da medida cautelar e a decisão a respeito dela recaiam sobre o mesmo órgão: ARMENTA DEU, Teresa. El nuevo proceso penal español: proceso abreviado, juicio rápido y prisión provisional. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, 2004, p. 489.

⁶⁵⁷ LOPES JR., Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 19, n. 223, jun. 2011, p. 06; GOMES, Luiz Flávio. Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória. In: GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coords.). *Prisão e Medidas Cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 72.

⁶⁵⁸ LOPES JR., Aury. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 19, n. 223, jun. 2011, p. 06; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 60. No mesmo sentido, entende André Nicolitt que "com a ampliação das medidas cautelares o CPP, através da nova redação dada ao artigo 282 (§3º), coloca o contraditório imediato como regra e o

Cumpra alertar que estas ressalvas feitas pelo legislador possibilitam, em verdade, a não aplicação do citado dispositivo legal, inviabilizando o exercício do contraditório prévio nas decisões sobre cautelares, sobretudo em relação à prisão preventiva, que, em essência, fundamenta-se na urgência e na necessidade de se resguardar o processo ou o seu resultado final, o que poderá configurar na prática um recorrente subterfúgio judicial para a manutenção do *status quo*.⁶⁵⁹

Anote-se, por fim, que o projeto de reforma total do CPP (PLS 156/09) manteve a norma que institui o contraditório, exigindo expressamente a intimação do Ministério Público, da parte contrária e dos demais interessados, para que se manifestem no prazo comum de dois dias (artigo 531). Assim, o Projeto não exige a realização de audiência com tal desiderato.

5.2.4

A omissão legislativa do dever judicial de reexame periódico dos limites da prisão preventiva

O CPP, com a reforma de 2011, também se omitiu em prever o dever do juiz de reavaliar, de ofício e periodicamente, os motivos que ensejaram a prisão preventiva, bem como de verificar o escoamento de seu prazo razoável de duração.

Com efeito, ainda que os §§4º, 5º e 6º do artigo 282 do CPP façam referência à possibilidade de substituição e revogação de medidas cautelares, o que deveria pressupor, para tanto, um reexame periódico das mesmas, o Código de Processo Penal não regulamentou expressamente este procedimento.

Da mesma forma, o CPP, com a reforma de 2011, passou a prever a possibilidade de o juiz substituir a prisão preventiva (artigo 315) e também de revogá-la, se, no curso do processo, verificar a ausência de motivo para mantê-la,

diferido como exceção, reservado aos casos de urgência ou perigo de ineficácia": NICOLLIT, André. *Lei 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 32.

⁶⁵⁹ Assim, por exemplo, Eugenio Pacelli de Oliveira entende que, não obstante o contraditório prévio possa, em regra, ser adotado sem maiores problemas para as medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, também entende que, dada a excepcionalidade e subsidiariedade da prisão preventiva face às demais medidas cautelares, ela somente poderá ser decretada quando considerada indispensável, o que pressupõe, em qualquer caso, sua urgência e perigo de ineficácia, impossibilitando o contraditório prévio: OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Atualização do Processo Penal: Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 30. No mesmo sentido: LIMA, Marcellus Polastri. *Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 209.

bem como de decretá-la novamente se sobrevierem novas razões que a justifiquem (artigo 316). No entanto, também não tratou do reexame periódico dos limites e do prazo de duração da prisão preventiva, a ser realizado de ofício pelo juiz, considerado mecanismo fundamental ao controle desta medida cautelar pela jurisprudência do Sistema Interamericano. Assim, o CPP apenas abriu a possibilidade para as partes suscitarem ou provocarem o juiz a efetuar tal reavaliação das medidas cautelares pessoais, mas não instituiu o reexame obrigatório, a ser realizado *ex officio* pelo juiz.

Este procedimento ou instrumento de controle das decisões sobre prisão preventiva, ainda que decorra do dever de garante que possui o juiz criminal, reforçado no sistema brasileiro a partir da previsão de novas medidas cautelares pessoais, deveria constar do texto do CPP de forma expressa, como verdadeira obrigação judicial. Relembre-se que, de acordo com o Sistema Interamericano, o dever do juiz de garantir os direitos fundamentais do preso abrange não só o controle judicial imediato à prisão, mas também a revisão contínua da necessidade do encarceramento ao longo do tempo. É neste sentido que se justifica um amplo ativismo judicial no processo penal.

Felizmente, o Projeto de Reforma do CPP (PLS 156/09) contempla o dever do juiz ou tribunal competente de reexaminar periodicamente os decretos de prisão preventiva. O artigo 562 do CPP, de acordo com a redação final do referido projeto no Senado, regulamenta o reexame judicial obrigatório da prisão preventiva que exceder o prazo de 90 dias, para avaliar se persistem ou não os motivos determinantes de sua aplicação, podendo substituí-la, se for o caso, por outra medida cautelar. Acrescenta ainda o citado dispositivo que, se o reexame não for realizado no prazo devido, a prisão preventiva será considerada ilegal. Além disso, o projeto não exige que o reexame seja precedido de pedido das partes, entendendo-se que o reexame é de fato um dever judicial a ser realizado *ex officio*, conforme estabelece a Corte IDH.

Trata-se de avanço notável, que, uma vez instituído mediante a aprovação do referido projeto, consistirá certamente em medida fundamental ao controle dos limites da prisão preventiva no Brasil. No entanto, a proposta padece de algumas deficiências ou lacunas, que ainda não permitem que a referida garantia seja afinal incorporada ao sistema pátrio com todas as recomendações do SIDH.

Primeiramente, a proposta não especifica que o referido reexame judicial deverá perquirir também a respeito da proporcionalidade da prisão preventiva e do prazo razoável de sua duração. Ressalte-se que se a prisão preventiva ultrapassa o prazo legal de duração, não será sequer necessário, em sede de reexame periódico, examinar se sua fundamentação inicial persiste, pois já estará configurada a arbitrariedade do encarceramento. Restará ao juiz, neste caso, apenas as alternativas da imposição de liberdade ou de decretação de outra medida cautelar, se julgar ser esta necessária. Daí ser de fundamental importância que o juiz verifique, *a priori*, em sede de reexame necessário, se o prazo legal de duração da prisão preventiva já escoou.

Além disso, a CIDH recomenda que o reexame periódico da medida cautelar indique expressamente os fatos atuais relacionados à causa que comprovem a continuidade do perigo de fuga, bem como os atos instrutórios que ainda devem ser realizados no processo, justificando a impossibilidade de cumprimento destes em liberdade ou a insuficiência das demais medidas cautelares no caso concreto. Entende-se que seria recomendável que o CPP especificasse tais critérios de avaliação para pautar as decisões judiciais de reexame periódico, de maneira a se permitir um controle judicial amplo e efetivo dos limites da prisão preventiva no Brasil.

5.3 Considerações finais

Após a recapitulação e análise do tratamento jurídico que a prisão provisória recebeu no Brasil ao longo do tempo, e das reformas e contra-reformas legislativas correspondentes, sobretudo as mais recentes (2008 e 2011), cumpre tecer algumas considerações finais.

Não obstante as mudanças empreendidas pelas recentes reformas, notadamente pela Lei 12.403/2011, as esperadas modificações no sistema de justiça criminal brasileiro não ocorreram.⁶⁶⁰ São poucos os juízes que aderiram concretamente ao novo sistema e passaram efetivamente a decretar medidas cautelares menos gravosas do que a prisão. A prática ainda dominante consiste na

⁶⁶⁰ PRADO, Geraldo. *El proceso penal brasileño veinticinco años después de la Constitución: transformaciones, permanencias*. Fala proferida no âmbito do II Congreso de Derecho Penal y Criminología, Buenos Aires, ALPEC, 07-11-2013.

decretação da prisão preventiva como *prima ratio*, e a sua fundamentação na necessidade de se garantir a ordem pública é uma realidade da qual juízes e tribunais ainda teimam em não se afastar, não obstante o posicionamento contrário da jurisprudência de nossos tribunais superiores e do Sistema Interamericano. Além disso, os tribunais brasileiros têm subvertido a sistemática da prisão em flagrante e convalidado prisões ilegais através do decreto de prisão preventiva.

Em síntese, a previsão legal de um leque diversificado de medidas cautelares pessoais não foi acompanhada por uma efetiva alteração do cotidiano forense, que ainda insiste no encarceramento massivo durante o processo, com explícito descaso para com as medidas cautelares diversas da prisão. A prática não acompanhou a transição democrática e continua desvirtuando o axioma jurídico da excepcionalidade da prisão provisória. A cultura punitiva e encarceradora, as práticas de violência policial, tortura e extermínio, e outras que afrontam a igualdade e a dignidade das pessoas mais vulneráveis, tratando-as como inimigos, ainda estão presentes no sistema penal brasileiro, encobertas sob o manto da democracia e da normalidade institucional.⁶⁶¹

Consoante Geraldo Prado, este quadro de "permanências autoritárias no processo penal brasileiro", que decorre, dentre outros fatores, de nossas raízes políticas, fundaram um modelo teórico e epistemológico de processo penal que permitiu *a acomodação de tradições inquisitoriais no âmbito de novas experiências políticas democráticas e republicanas*.⁶⁶² Este é um dos pontos centrais para se entender a perseverança da lógica encarceradora no Brasil e da cultura de violação sistemática de direitos humanos.

O processo penal brasileiro assentou suas bases em categorias da teoria geral do processo, construídas para o processo civil, e foi concebido através de uma dogmática que desprezava a realidade em nome de uma pretensa neutralidade técnico-científica, que não reconhecia a autonomia do Direito Processual Penal. Este isolamento científico em relação a outros saberes e ao mundo dos fatos, que somente começou a ser modificado no Brasil nos anos 90 do século passado, através da interlocução dos saberes penal e processual com a Criminologia Crítica, permitiu que a inquisitorialidade se instalasse no plano legal e nas práticas penais e que as incoerências do processo penal brasileiro fossem disfarçadas. O

⁶⁶¹ Ibid., pp. 05-10.

⁶⁶² Ibid., p. 05.

sistema constitucional democrático, orientado pelo princípio de presunção de inocência e pela supremacia dos direitos fundamentais, passou a conviver com uma legislação infra-constitucional que contemplava prisões processuais obrigatórias e negava o exercício efetivo dos direitos e garantias processuais.⁶⁶³

E isso segue acontecendo nos dias atuais, não obstante algumas mudanças legais recentes. Pela análise realizada a respeito das mudanças carreadas pela Lei nº 12.403/2011 face às exigências do Sistema Interamericano, pode-se concluir que a pretendida mudança paradigmática no sistema de cautelares pessoais brasileiro, pautada na efetividade dos direitos humanos, ainda não se realizou.⁶⁶⁴ A ausência de coerência epistemológica persiste, causada por um modelo assistemático e conflitante, que prevê, ao mesmo tempo, medidas cautelares alternativas ao encarceramento e mecanismos que permitem a manutenção da prisão preventiva como principal instrumento de acautelamento do processo, e que, além disso, mantém a lógica encarceradora sem sequer cercar a prisão de garantias processuais efetivas e de procedimentos concretos para a proteção dos direitos humanos do imputado. Assim, torna-se bastante claro que a lei e as práticas inquisitoriais se retroalimentam no Brasil, gerando uma verdadeira impossibilidade de mudança no quadro de graves violações de direitos humanos presente no sistema penitenciário brasileiro, conforme se pretende evidenciar no próximo capítulo. O Projeto de reforma do CPP (PLS 156/09) mostra um maior compromisso com a sistematicidade e mudança do *status quo*, não obstante algumas continuidades e o grave retrocesso no tocante à fundamentação da prisão preventiva, motivado por contra-reformas políticas que poderão comprometer futuramente a real transformação que se espera no sistema de cautelares pessoais.

⁶⁶³ PRADO, Geraldo. *El proceso penal brasileño veinticinco años después de la Constitución: transformaciones, permanencias*. Fala proferida no âmbito do II Congreso de Derecho Penal y Criminología, realizado em Buenos Aires por ALPEC, em 07-11-2013, pp. 17 e 18.

⁶⁶⁴ Assim também entende COUTINHO, Jacinto Néson de Miranda. Lei 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 13, n.73, abr./ maio 2012, pp. 84-86: o autor entende que a reforma parcial da lei 12.403/2011 ainda encontra-se vinculada ao sistema do Código de Processo Penal de 1941, e que as mudanças somente poderão advir com a reforma global do Código, com mudança epistêmica que conduzirá as alterações no atuar dos operadores do Direito.

Como se fora possível mensurar a extensão da dor: vulnerabilidade, exclusão social e impactos humanos, sociais e econômicos da prisão provisória

É freqüente a alusão às prisões como fábricas de dor. Não obstante tal afirmativa tenha se tornado lugar-comum, não existe uma definição mais exata do cárcere, ainda que, no decorrer da história do Direito Penal, busque-se através das teorias mais diversas e aperfeiçoadas às necessidades de seu tempo, uma justificativa racional para a violência do poder de punir através da privação de liberdade. A história do cárcere se confunde com a história de sua justificação, mas, em verdade, apresenta-se como degradação e sofrimento, ainda que sob a tentativa sempre presente de tornar invisíveis as práticas reais do sistema penal.

Massimo Pavarini descreve a tentativa de Van Gogh de exprimir a dor através da tela denominada *A ronda dos presos*, pintada em 1890 e que hoje pode ser vista no Museu Puskin, em Moscou:

"No cenário claustrofóbico de um pátio interno de um prisão - sob o olhar severo e atento de guardas - é colocada em cena a imagem grotesca de alguns prisioneiros (eu conto 25), entorpecidos em seus uniformes quase *clownescos* de detentos no final do século XIX, vultos embrutecidos, infantilizados no jogo da ronda, cada um apoiando a mão no ombro do companheiro de desventura que o precede, etc., compondo, no final, uma espécie de grotesco carrossel. Alguns anos antes de pintar esse quadro, o delirante gênio flamengo assim se exprimia, a propósito do que a pintura significava para ele: 'seja na figura, seja na paisagem, eu queria exprimir não uma melancolia sentimental, mas a dor verdadeira'. E como não concordar que *A ronda dos presos* transmite uma dor verdadeira?"⁶⁶⁵

Ainda que Pavarini saiba que nos dias de hoje esta imagem compassiva do corpo dócil e útil do preso não corresponda à realidade da pena no século XXI, ele explica que *é a ideia da ronda e do carrossel que o retém, fazendo-o pensar nos processos de re-encarceramento em curso no mundo.*⁶⁶⁶ Também Foucault se valeu da arte de utilizar as palavras para descrever com precisão o espetáculo do poder soberano de punir através do sofrimento explícito e de sua transformação, no limiar do século XIX, na utilidade da pena de prisão para o sistema capitalista

⁶⁶⁵ PAVARINI, Massimo. Encarceramento em massa. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 293.

⁶⁶⁶ Ibid.

então emergente.⁶⁶⁷ Esta é uma aproximação necessária que o encontro com a arte facilita: a proximidade com a dor do preso e com a extensão dela nos muitos *outros* que sofrem com o encarceramento através dos séculos.

Nas palavras de Costas Douzinas, o "signo do Outro é o rosto"⁶⁶⁸: é o contato ou encontro com a singularidade do *Outro* concreto que se dirige a mim e me interpela em sua vulnerabilidade, em sua dor, que cria a experiência da alteridade, do reconhecimento da diferença como, ao mesmo tempo, semelhança e estranheza. Este verdadeiro encontro com o *Outro* singular gera a responsabilidade ética, que legitima os direitos humanos: antes de mim e do meu direito, que somente existe e tem significado em relação a outro direito, está a obrigação ou compromisso de respeitar a integridade existencial do *Outro*, de salvá-la e de protegê-la.⁶⁶⁹ A consciência da situação de vulnerabilidade de um grupo de *Outros*, ainda que não haja um encontro face a face, faz com que a responsabilidade ética pelo *Outro* singular se concretize num sentimento mais amplo de obrigação moral com o sofrimento de muitos *Outros*, que está na base de legitimação dos direitos humanos.⁶⁷⁰

Assim, o enfoque da prisão como sofrimento coincide com a crueza necessária para o enfoque do problema do encarceramento processual em sua dimensão ética/moral, um enfoque que parta do imputado como ser humano que vivencia esta realidade e que pretenda reconhecê-lo não apenas como titular de direitos fixados em lei, mas também como cidadão com dignidade. É necessário se aproximar do padecimento deste *outro* que representa a exclusão social mais extrema, ainda que jamais possamos experimentar e mensurar com exatidão a sua verdadeira dor.

Consoante adverte Odone Sanguiné⁶⁷¹, a prisão provisória, em sua complexidade, exige um enfoque realista e interdisciplinar, e não puramente dogmático, que a dimensione nos planos ético, sociológico, econômico e processual. Neste capítulo, tendo como principal objetivo o aprofundamento da abordagem do tema no plano ético e moral dos direitos humanos, serão expostos e

⁶⁶⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Ligia M. Ponde Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1983.

⁶⁶⁸ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 355.

⁶⁶⁹ Ibid., pp. 353 e 354.

⁶⁷⁰ Ibid., p. 359.

⁶⁷¹ SANGUINÉ, Odone. Os Efeitos Colaterais da Prisão Cautelar. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coords.). *Setenta anos do Código de Processo Penal Brasileiro: balanços e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 313.

analisados os profundos impactos que a prisão provisória produz sobre o imputado, suas famílias, comunidades e Estados. Também serão estudados tais impactos do ponto de vista processual, destacando as implicações da prisão do acusado para o devido processo, e também da perspectiva econômica, expondo os altos custos financeiros da prisão preventiva. Além disso, se buscará sublinhar os impactos da prisão provisória sobre os grupos sociais mais expostos e vulneráveis à dor do cárcere, dando-se ênfase à realidade brasileira e procurando situá-la, sobretudo, no contexto da América Latina. Por fim, a partir destes impactos, será possível discutir o significado mais amplo da prisão provisória do ponto de vista dos direitos humanos.

6.1

A realidade de violações de direitos humanos e a extensão dos impactos decorrentes da prisão provisória

A Comissão Interamericana aponta o uso excessivo da prisão preventiva como um dos problemas mais graves e complexos da região, presente na absoluta maioria dos países americanos.⁶⁷² Mas, conforme destacado no capítulo 1, o uso desmedido da prisão provisória não é um fenômeno social específico das Américas: trata-se de uma problemática de contingência mundial, que, atinge milhões de pessoas anualmente, tanto em países desenvolvidos quanto em desenvolvimento.⁶⁷³ A magnitude do problema tem levado a denúncias freqüentes de que a prisão provisória consiste em negligenciada ou tolerada forma de violação dos direitos humanos.⁶⁷⁴

É fundamental se destacar que a prisão provisória consiste num dos piores e mais dramáticos episódios que pode vivenciar uma pessoa: o preso, presumidamente inocente, perde imediatamente a sua liberdade, e possui grandes

⁶⁷² CIDH. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* (2011), parágrafo 2. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/informes/tematicos.asp>, acesso em 29-08-2012. No mesmo sentido: ONU. Grupo de Trabalho sobre Prisões Arbitrárias. Informe Anual E/CN.4/2006/7, 12 de dezembro de 2005, parágrafo 64, disponível em http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=117, acesso em 01-10-2012.

⁶⁷³ Open Society Institute. *The Socioeconomic Impact of Pretrial Detention: A Global Campaign for Pretrial Justice Report*. New York: Open Society Justice Initiative and United Nations Development Program, 2011, p. 5. Disponível em <http://www.opensocietyfoundations.org/reports/socioeconomic-impact-pretrial-detention>, acesso em 05-01-2012.

⁶⁷⁴ Open Society Institute. *The Socioeconomic Impact of Pretrial Detention: A Global Campaign for Pretrial Justice Report*. New York: Open Society Justice Initiative and United Nations Development Program, 2011, p. 5.

chances de também perder sua família, saúde, segurança, lar, emprego e vínculos afetivos e comunitários. O impacto da prisão provisória sobre o imputado é profundo, mas também o ultrapassa, afetando famílias, comunidades e Estados.⁶⁷⁵

6.1.1

Impactos da prisão provisória sobre o imputado e seus familiares

É preciso sair do plano etéreo e ideal das normas e descer ao mundo dos fatos – ou como diz Zaffaroni, ao "humilde mundo sensível" –, para verificar que a prisão de pessoas que ainda não foram definitivamente condenadas opera de maneira muito pior do que a pena privativa de liberdade.⁶⁷⁶ O preso provisório sujeita-se à mesma carga infamante e deteriorante da pena, mas de forma ainda mais grave e aflitiva, na medida em que se trata de cidadão presumidamente inocente e submetido às angústias e incertezas com relação ao tempo e ao resultado do processo, bem como ao seu destino.

O preso provisório está exposto à superlotação dos estabelecimentos de custódia e a toda sorte de violência e degradação humana inerentes ao cárcere e causadoras de danos físicos e psicológicos muitas vezes permanentes: tortura, abuso sexual, ações arbitrárias e extorsivas praticadas pela polícia, por agentes penitenciários e outros presos, ambiente criminógeno, com condições de precária higiene e altamente propagador de doenças.

A prisão provisória gera um alto custo em vidas humanas: como elemento decisivo para o incremento populacional do cárcere, ela determinará também um aumento das possibilidades de que os presos sejam gravemente feridos ou mortos em enfrentamentos e outros atos de violência dentro dos estabelecimentos prisionais.⁶⁷⁷

Dentre as quase dez milhões de pessoas presas em todo o mundo, aquelas que se encontram em prisão provisória são as que correm os maiores riscos de

⁶⁷⁵ Open Society Institute. *The Socioeconomic Impact of Pretrial Detention: A Global Campaign for Pretrial Justice Report*. New York: Open Society Justice Initiative and United Nations Development Program, 2011, p. 12.

⁶⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Introducción. In: VITALE, Gustavo L. *Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbarie*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 21.

⁶⁷⁷ GARCÍA, Gerardo Nicolás. La prisión preventiva es una pena. In: VITALE, Gustavo L.; GARCÍA, Gerardo Nicolás (compiladores). *Abolicionismo de la prisión sin condena: una corriente latinoamericana en siglo XXI*. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 35.

serem torturadas.⁶⁷⁸ Ainda que a tortura como meio legítimo de prova não mais subsista nos ordenamentos jurídicos, ainda é frequentemente praticada na fase investigativa do processo penal.

A prisão provisória, por si só, não é considerada pelos tribunais internacionais de direitos humanos como um ato de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, mas as condições de encarceramento caracterizadas pela superlotação, insalubridade e ausência ou deficiência de serviços médicos, os atos de violência física e mental contra os presos, a duração excessiva da prisão, o regime de incomunicabilidade do preso e a não-separação entre presos processados e condenados são considerados critérios para a configuração no caso concreto de atos de tortura e tratamento cruel, desumano e degradante.⁶⁷⁹

A prisão provisória é capaz de produzir graves danos à saúde e à integridade física e psíquica dos presos e das pessoas que ali transitam. Consoante Rob Allen, investigador e diretor do *Centre for Prison Studies (King's College London)*, a saúde dos presos em todo o mundo é muito pior do que a da população em geral: estima-se que 10 a 50% dos presos possuem o vírus HIV e entre 20 a 50%, o vírus da tuberculose; os problemas de saúde mental estão presentes em cerca de 40 a 80% dos presos, e o uso de drogas está estimado em 40%.⁶⁸⁰

Ademais, os presos provisórios estão expostos a maiores riscos à saúde do que os presos condenados, por vários motivos: (i) os estabelecimentos destinados aos presos provisórios são mais frequentemente superlotados, sem acesso a ar fresco, condições sanitárias e alimentação adequadas, nos quais não há prestação de serviços médicos e de saúde ou estes são limitados e inadequados; (ii) não se disponibilizam em geral aos presos provisórios o devido tratamento continuado para doenças contagiosas como tuberculose, hepatite C e AIDS, bem como para dependência de drogas e problemas mentais, o que faz com que voltem

⁶⁷⁸ Open Society Institute. *Pretrial Detention and Torture: Why Pretrial Detainees Face the Greatest Risk*. In: *Open Society Initiative: The Global Campaign for Pretrial Justice*. Disponível em: <http://www.opensocietyfoundations.org/publications/pretrial-detention-and-torture-why-pretrial-detainees-face-greatest-risk-0>, acesso em 14-03-2013.

⁶⁷⁹ SANGUINÉ, Odone. Os Efeitos Colaterais da Prisão Cautelar. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coords.). *Setenta anos do Código de Processo Penal Brasileiro: balanços e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 313-317.

⁶⁸⁰ ALLEN, Rob. Implicaciones epidemiológicas de las condiciones carcelarias. In: VILLANUEVA, Gabriel Cavazos; BOCANEGRA, Martín Carlos Sánchez; TOMASINI-JOSHI, Denise (coords.). *Retos de la Reforma Penal: equilibrando la presunción de la inocencia y la seguridad pública*. México: Institución Renace: Cátedra Estado de Derecho de la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey (EGAP), 2009, p. 50.

ao convívio social ou sejam trasladados ao sistema penitenciário em piores condições de saúde; (iii) os presos provisórios não tem em geral acesso a programas desportivos, educativos e profissionalizantes que são destinados aos condenados; (iv) muitos presos provisórios possuem o vírus HIV e são obrigados a conviver com outros presos num ambiente de alto risco de contágio sexual e consumo de drogas.⁶⁸¹

Além disso, independentemente das condições de encarceramento, a prisão preventiva consistirá em experiência gravemente traumática e estressante, com potencial para interferir não apenas no físico, mas também na psique de uma pessoa, de maneira transitória ou permanente. A perda da liberdade e da segurança bem como o afastamento de familiares e amigos é capaz de produzir no imputado impactos psicológicos duradouros.

Gorski e Rivera Beiras, citando importantes referências médicas no assunto, descrevem as patologias relacionadas ao mal-estar carcerário e as graves afetações psíquicas e psicológicas decorrentes do estado de privação de liberdade observados em cárceres europeus.⁶⁸² O trauma do cárcere é capaz de produzir distúrbios de adaptação que terão como principais sintomas a labilidade (agressividade), estados de angústia, ansiedade e depressão, déficits de atenção, percepção e capacidade intelectual, além de privações sensoriais e alterações de conduta (síndrome de Ganser), que tem como sintomas psiquiátricos graves

⁶⁸¹ Open Society Institute. *Pretrial Detention and Health: Unintended Consequences, Deadly Results. Literature Review and Recommendations for Health Professionals*. New York: Open Society Justice Initiative, 2011, pp. 29-32. Disponível em: <http://www.opensocietyfoundations.org/reports/pretrial-detention-and-health-unintended-consequences-deadly-results>, acesso em 16-03-2013.

⁶⁸² Segundo estudo feito por Gonin, são efeitos da "enfermidade carcerária": vertigem; atrofia dos sentidos, com prejuízo da visão e dores de cabeça devido aos ambientes obscuros e contraste com a luz artificial, redução da capacidade de audição, concentração e alterações do sono, e de olfato e gosto, devido à pobreza olfativa e de sabores no interior da prisão; carência de energia nos primeiros meses de prisão; sensações de frio, mesmo nos meses de verão e perda da capacidade de sensação térmica; afecções de pele, como herpes, pestes e escoriações, muitas de natureza psicossomática; transtornos digestivos, como úlceras e vômitos contínuos; afecções das vias respiratórias, que somente se reduzem após o sexto mês de prisão. As patologias decorrentes da privação de liberdade no interior de uma instituição total, são identificáveis por Goffman como: fobias, que se não tratadas, evoluem para um quadro psicótico; depressões que podem desembocar em suicídio; alucinações; transtornos psicossomáticos; diminuição das capacidades cognitivas; quadros neuróticos e psicóticos; transtornos de personalidade, de comportamento e de humor; síndrome de prisionização; síndrome ganseriana; dependências e toxicomanias: GORSKI, Héctor C. Silveira; RIVERA BEIRAS, Iñaki. La biopolítica ante los flujos migratorios y el universo carcelario. Una reflexión sobre el regreso de los "campos" en Europa. In: BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki; BOMBINI, Gabriel (comp.). *Violencia y sistema penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2008, pp. 24 e 25.

distúrbios de consciência, desorientação, manifestações histéricas, alucinações auditivas e visuais e auto-lesionamento.⁶⁸³

As pessoas privadas de liberdade, de acordo com a Organização Mundial de Saúde, são indivíduos que apresentam alto risco de cometer suicídio, tendo-se em vista, dentre outros motivos, o seu pertencimento a grupos vulneráveis que se inserem tradicionalmente entre aqueles com a mais alta propensão a tal prática, ou seja, são em geral, homens jovens, pessoas com transtornos mentais, marginalizadas socialmente ou com problemas de consumo de drogas e álcool).⁶⁸⁴ Além disso, a OMS destaca que a taxa de suicídios entre presos provisórios é muito maior do que entre presos condenados. Os presos provisórios correm maior risco de cometer suicídio no período inicial de confinamento, quando desencadeiam-se múltiplos fatores de tensão e ansiedade, denominados *confinement shock*, associados à separação de seus familiares, ao isolamento e perda do controle da vida e à indeterminação quanto ao destino dos processos judiciais.⁶⁸⁵

Há também que se ter em vista que o cumprimento da coerção processual se dá de forma idêntica ao da sanção penal.⁶⁸⁶ No entanto, o processado, por estar em tese cumprindo uma medida cautelar, sob o manto da presunção de inocência, deveria estar sujeito a um regime menos gravoso e diferenciado em relação àquele previsto para o condenado que cumpre pena privativa de liberdade, o que em regra não ocorre. As condições dos centros de prisão provisória são, em geral, piores que a dos estabelecimentos penitenciários de cumprimento da pena de prisão e ainda mais suscetíveis a abusos.

Em muitos países da América Latina, os presos provisórios, considerados população transitória, são freqüentemente custodiados em delegacias de polícia⁶⁸⁷,

⁶⁸³ Impactos sobre a saúde do preso provisório descritos por SANGUINÉ, Odone. Os Efeitos Colaterais da Prisão Cautelar. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coords.). *Setenta anos do Código de Processo Penal Brasileiro: balanço e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro, 2011, p. 325.

⁶⁸⁴ World Health Organization (WHO). *Preventing Suicide in Jails and Prisons* (2007), disponível em: http://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/resource_jails_prisons.pdf, acesso em 02-02-2013.

⁶⁸⁵ SCHÖNTEICH, Martin. The scale and consequences of the pretrial detention around the world. In: *Justice Initiatives: Pretrial Detention*. New York: Open Society Institute, 2008, p. 19.

⁶⁸⁶ RUSCONI, Maximiliano Adolfo. Prisión preventiva y límites del poder penal del Estado en el sistema de enjuiciamiento. In: VITALE, Gustavo L. *Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbarie*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 46.

⁶⁸⁷ DAMMERT, Lucía; ZÚÑIGA, Liza. *La cárcel: problemas y desafíos para las Américas*. Chile: FLACSO, 2008, p. 21.

onde não lhe são assegurados os mesmos direitos e serviços prestados aos condenados, inclusive serviços médicos e de saúde.⁶⁸⁸ Conforme observado nos capítulos 1 e 2, a custódia conjunta de presos provisórios e de condenados e o encarceramento de acusados em delegacias de polícia são práticas arbitrárias comuns na América Latina, fartamente denunciadas pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A CIDH reconhece que a prisão provisória prolongada, cumprida precariamente em delegacias de polícia, locais que não se destinam à custódia de presos, constitui, por si só, forma de tratamento cruel, desumano e degradante, e recomenda aos Estados-partes que o preso seja mantido em estabelecimento policial somente enquanto aguarda o controle da prisão pelo juiz.⁶⁸⁹

No Brasil, não obstante a lei nº 7.210/1984 (lei de execuções penais) se aplique também aos presos provisórios, sendo-lhe assegurados, no que couber, os mesmos direitos e benefícios penitenciários do condenado⁶⁹⁰, na prática os mesmos lhes são negados, e um dos motivos que contribuem para esta realidade é a custódia de presos em delegacias de polícia.

A permanência de presos provisórios em sede policial é prática freqüente no Brasil, locais onde os presos estão sujeitos à superlotação de celas sem estrutura física e sanitária e expostos a toda sorte de violência, insalubridade e doenças. Em dezembro de 2012, o Ministério da Justiça divulgou que 34.290 mil pessoas, entre homens e mulheres, se encontravam presos em delegacias da Polícia Civil.⁶⁹¹ Trata-se, conforme apontado no capítulo 1, de realidade presente não apenas no Brasil, mas em quase toda a América Latina. Na Argentina, a

⁶⁸⁸ CIDH. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* (2011), parágrafo 544: "La CIDH observa también que por regla general en la región, la provisión de servicios de salud en comisarías, estaciones de policía y otros centros transitorios de detención es aún más precaria que en los centros penitenciarios. Por regla general, estos establecimientos, destinados en principio a la detención transitoria de personas, carecen de servicios de salud adecuados y muchas veces de los recursos necesarios para llevar a los reclusos a centros hospitalarios externos cuando sea necesario".

⁶⁸⁹ CIDH. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* (2011), parágrafos 127 e 459.

⁶⁹⁰ BRASIL, Lei 7.210, de 11-7-1984: "Artigo 2º - A jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal. Parágrafo único: Esta Lei aplicar-se-á ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito a jurisdição ordinária". "Artigo 42 - Aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta seção".

⁶⁹¹ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Relatório Estatístico - Analítico do Sistema Prisional Nacional (dezembro de 2012). Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen>, acesso em 10-03-2013.

situação insustentável de superlotação e descumprimento dos parâmetros mínimos de prisão em estabelecimentos policiais da Província de Buenos Aires impulsionou a impetração de *habeas corpus* coletivo pelo Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), a favor de todos os presos custodiados em tais unidades.⁶⁹²

Consoante a Lei de Execuções Penais brasileira (Lei nº 7.210/1984), os presos provisórios não devem ser mantidos em unidades da Polícia Civil, órgão que, de acordo com o artigo 144, §4º da Constituição brasileira, tem competência para a apuração das infrações penais e para exercer funções de polícia judiciária, e não para custodiar presos a título cautelar. Além disso, por força dos tratados internacionais e das leis internas do país (artigo 5.4, CADH; artigo 30, Código de Processo Penal brasileiro e artigo 84, Lei nº 7.210/1984), os acusados presos devem ser mantidos em celas separadas dos presos condenados, o que também é amplamente descumprido.

Sobre as condições das Delegacias de Polícia Civil do Rio de Janeiro, pesquisa desenvolvida pela *Associação para a Reforma Prisional (ARP)*⁶⁹³ aponta que as celas, superlotadas, não possuem camas nem cobertas, e sequer um vaso sanitário ou local de banho privado, onde presos com doenças de pele, tuberculose e portadores de HIV convivem entre si e com funcionários e visitantes. Além disso, não há separação entre presos primários e reincidentes, bem como entre acusados de praticar crimes sem violência e detidos por crimes graves, em aberta desconformidade com a legislação nacional e internacional; o critério de divisão de presos que de fato ocorre nos locais de custódia no Rio de Janeiro é o relativo às facções criminosas. Esta é uma realidade que, em maior ou menor medida, estende-se por todo país.

A situação das penitenciárias e delegacias de polícia brasileiras tem sido constantemente denunciada por organizações nacionais e internacionais de defesa dos direitos humanos. No âmbito da OEA, a Corte IDH e a CIDH já analisaram vários casos de violações de direitos humanos em centros prisionais do país, com

⁶⁹² Trata-se do caso *Verbitsky* (2005), no qual a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina proferiu decisão emblemática ao obrigar a Suprema Corte de Justiça da Província de Buenos Aires e aos demais tribunais inferiores a rever as medidas privativas de liberdade e realizar um controle periódico da situação carcerária nos estabelecimentos policiais bonaerenses. Sobre o caso, ver capítulo 3.

⁶⁹³ LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia. *Impacto da Assistência Jurídica presos provisórios: um experimento na cidade do Rio de Janeiro*, p. 49.

adoção de medidas cautelares e provisórias a favor de pessoas privadas de liberdade em diferentes estados brasileiros.⁶⁹⁴

Em 2005, a CIDH outorgou medidas cautelares a favor de todos os presos da carceragem da DC-POLINTER (Delegacia de Capturas e Polícia Interestadual), no Rio de Janeiro, que custodiava massivamente presos provisórios. Na ocasião, constatou-se uma situação estrutural crítica e condições desumanas de prisão. Em outubro de 2006, a CIDH outorgou novamente medidas acautelatórias contra o Brasil, a favor de aproximadamente 400 presos da delegacia de polícia nº 76, em Niterói-RJ, mantidos em celas de 2 por 3 metros, com capacidade para 140 pessoas, onde presos provisórios permaneciam juntamente com réus condenados, sem assistência médica e em precárias condições de higiene.⁶⁹⁵ Em junho de 2009, também se concedeu medidas cautelares a favor das pessoas privadas de liberdade na POLINTER de Neves, situada em São Gonçalo-RJ, que não tinham atendimento médico adequado, de modo que os internos com tuberculose compartilhavam com os demais presos celas sem ventilação e luz solar, com temperatura de 56° Celsius, fétidas e úmidas. Neste caso, a CIDH levou ainda em consideração que o estabelecimento prisional, cuja capacidade era de 250 vagas, custodiava, nas condições descritas, 759 pessoas.⁶⁹⁶

Ante a visibilidade do problema, denunciado por organismos internacionais e organizações não governamentais de defesa dos direitos humanos, o governo do Estado do Rio de Janeiro, proibiu, em janeiro de 2011, novos ingressos de presos em delegacias da POLINTER, que passaram a dar entrada nos centros penitenciários estaduais, sendo que os que ali se encontravam deveriam ser transferidos paulatinamente para o sistema penitenciário. Em junho de 2011, o Ministério da Justiça informou a existência de um remanescente de 1.980 presos custodiados em delegacias de polícia do Rio de Janeiro, número que decresceu

⁶⁹⁴ Destaque-se que a Corte IDH e a CIDH tem adotado medidas de urgência destinadas a salvaguardar a integridade pessoal das pessoas presas não apenas para o Brasil, mas também para outros Estados latino-americanos, em casos de condições carcerárias especialmente graves, como as medidas provisórias outorgadas no caso das Penitenciárias de Mendoza (Argentina) e no caso do Presídio de Uribana (Venezuela): GONZÁLEZ, Felipe. As medidas de urgência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, v. 7, n. 13, dez. 2010, pp. 61 e 71.

⁶⁹⁵ CIDH. MC 130/06 - *Personas detenidas en la Delegación 76 de Policía*. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/proteccion/cautelares.asp>, acesso em 10-02-2013.

⁶⁹⁶ CIDH. MC 172/05 - *Internos de la Comisaría de POLINTER en Río de Janeiro*. Disponível em <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/proteccion/cautelares.asp>, acesso em 10-02-2013.

para 1.686 presos em dezembro do mesmo ano. No entanto, em 2012, o número de presos em delegacias do Estado passou a crescer novamente: em junho de 2011, eram 1.919, e, em dezembro de 2012, 2.920 presos.⁶⁹⁷

Ressalte-se ainda a crise do sistema carcerário brasileiro, exposta publicamente em 2013, motivada pela eclosão de um quadro de violência e total descontrole estatal em presídios nos Estados do Rio Grande do Sul e do Maranhão, com, inclusive, atos de violência praticados fora do presídio por ordem de facções criminosas, o que ocasionou a manifestação de diversos organismos nacionais e internacionais de defesa dos direitos humanos, e a outorga pela CIDH de medidas cautelares contra o Brasil.

Em outubro e dezembro de 2013, a CIDH outorgou medidas cautelares - MC 8/13 e MC 367/13 -, a favor de todos os presos custodiados em estabelecimentos de Porto Alegre/RS e de São Luis, no Maranhão.⁶⁹⁸ Na primeira delas, a CIDH solicitou ao Estado brasileiro a adoção das medidas necessárias para salvaguardar a vida e a integridade pessoal dos presos do Presídio Central de Porto Alegre, provendo condições de higiene e tratamento médico adequado, e a implementação de medidas com o objetivo de recuperar o controle da segurança no estabelecimento prisional, de acordo com os parâmetros internacionais. Na segunda medida, a CIDH entendeu que as pessoas privadas de liberdade no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no Maranhão, encontram-se em situação de grave risco, que ameaça suas vidas e integridade pessoal, devido a denúncias de ocorrência de uma série de atos de violência, com diversas mortes, no interior do presídio, que, ademais, apresenta péssimas condições de detenção, alto grau de superlotação carcerária e domínio de facções criminosas, com ausência de controle pelas autoridades públicas.⁶⁹⁹

⁶⁹⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Relatórios Estatísticos - Analíticos do Sistema Prisional do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen>, acesso em 11-03-2013. No entanto, é preciso salientar que os dados divulgados com relação ao Estado do Rio de Janeiro não se mostram confiáveis: em junho e dezembro de 2010, o sistema InfoPen - Estatística não informa quantos presos se encontravam custodiados nas delegacias de polícia do Estado. Em dezembro de 2009, foi informado que esta população era de 3.493 presos.

⁶⁹⁸ CIDH. Medidas cautelares 8/13 e **367/13**. Disponíveis em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>, acesso em 10-01-2014.

⁶⁹⁹ CIDH. Resolução 11/2013. Medida Cautelar nº 367/13 – *Assunto Pessoas Privadas de Liberdade no "Complexo Penitenciário de Pedrinhas" sobre o Brasil*. 16 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>, acesso em 10-01-2014.

Com efeito, a CPI sobre o Sistema Carcerário (2009) e o Conselho Nacional de Justiça constataram um quadro gravíssimo de violações de direitos humanos no sistema penitenciário do Estado do Maranhão, que apresenta rebeliões constantes, violência explícita e reiteradas mortes de presos. O presidente da seccional maranhense da OAB, em entrevista concedida em janeiro de 2014, declarou que em todas as unidades do Complexo de Pedrinhas, a situação é de superlotação (exceto no presídio feminino), com 55% de presos provisórios, vigilância terceirizada, insalubridade e presença de organizações criminosas.⁷⁰⁰ Estas organizações têm comandado rebeliões e mortes de presos e ordenado ataques à população, mediante incêndios a ônibus e tiros disparados contra unidades policiais. Ainda consoante o presidente da OAB/MA, desde 2011, as rebeliões no referido complexo têm resultado em diversas mortes, com decapitações de presos pertencentes a facções rivais. Em janeiro de 2014, o jornal Folha de São Paulo mostrou, através de vídeo publicado *on line*, cenas macabras que insinuam a decapitação de três vítimas em dezembro de 2013, com exposição, em sequência, de seus restos mortais.⁷⁰¹ Além disto, o CNJ, em relatório realizado após inspeções no sistema carcerário maranhense, denunciou outros atos bárbaros de violações de direitos humanos praticados em Pedrinhas, como a violência sexual cometida contra familiares de presos durante as visitas íntimas realizadas nos presídios do complexo.⁷⁰² A onda de violência dentro e fora do sistema carcerário de São Luis suscitou uma forte reação da ONU e de diversos organismos nacionais e internacionais de defesa dos direitos humanos.⁷⁰³

A CIDH, na medida cautelar referente ao caso, solicitou que o governo brasileiro: **(i)** adote medidas efetivas para evitar a perda de vidas e danos à integridade pessoal de todas as pessoas privadas de liberdade no Complexo Penitenciário de Pedrinhas; **(ii)** reduza de forma imediata os níveis de superlotação carcerária; **(iii)** investigue os fatos que motivam a adoção destas

⁷⁰⁰ OAB. *Pedrinhas: OAB-MA ressalta apoio do presidente da OAB Nacional*. Disponível em: <http://www.oab.org.br>, acesso em 10-01-2014.

⁷⁰¹ <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1394160-presos-filmam-decapitados-em-penitenciaria-no-maranhao-veja-video.shtml>, acesso em 10-01-2014.

⁷⁰² <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/27250-juiz-do-cnj-cobra-fim-da-violencia-a-familias-de-presos-durante-visitas-intimas-em-pedrinhas>, acesso em 10-01-2014.

⁷⁰³ ONU. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Declaração do Escritório da ONU para os Direitos Humanos sobre a situação das prisões no Maranhão. Disponível em: <http://www.onu.org.br/declaracao-do-escritorio-da-onu-para-direitos-humanos-sobre-a-situacao-das-prisoas-no-maranhao/>, acesso em 10-01-2014.

cautelares, de maneira a evitar a sua repetição.⁷⁰⁴ Além disso, sublinhou o entendimento da Corte IDH de que os Estados ocupam uma posição especial de garantidor das pessoas privadas de liberdade, uma vez que exercem um controle total sobre elas.⁷⁰⁵

A situação do sistema prisional brasileiro também já foi tema dos Relatórios emitidos pela ONU. O Comitê Contra a Tortura da ONU expressou sua preocupação pela persistência de uma cultura que aceita abusos perpetrados por agentes públicos, caracterizados muitas vezes como atos de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, tanto em centros policiais como em cárceres e quartéis das forças armadas.⁷⁰⁶ Dentre outras preocupações, denunciou ainda as péssimas condições materiais e higiênicas dos estabelecimentos penitenciários brasileiros e a falta de serviços essenciais para os presos.

A prisão provisória determina ainda o afastamento do imputado do lar, o rompimento de seus laços familiares e comunitários e a interrupção do estudo ou do trabalho, com grandes possibilidades de perda do emprego e de abandono escolar no futuro. O perverso estigma de ter estado em prisão, combinado com a perda das possibilidades de estudo, imporá àqueles que tiveram o contato com o cárcere severos limites ao longo da vida.⁷⁰⁷ Neste sentido, Zaffaroni adverte que a estigmatização social do preso provisório é a mesma sofrida pelo condenado: as dificuldades de inserção social se equivalem, pois a sociedade em geral não é permeável às diferenças jurídicas, baseando-se em preconceitos arraigados e facilmente manejáveis e difundidos pela mídia.⁷⁰⁸

Não apenas o imputado, mas toda a sua família é afetada pela prisão provisória.⁷⁰⁹ Em regra, as consequências do encarceramento sobre o imputado

⁷⁰⁴ CIDH. Resolução 11/2013. Medida Cautelar nº 367/13 – *Assunto Pessoas Privadas de Liberdade no "Complexo Penitenciário de Pedrinhas" sobre o Brasil*, parágrafo 15. 16 de dezembro de 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp>, acesso em 10-01-2014.

⁷⁰⁵ Ibid.

⁷⁰⁶ ONU. Comitê contra a Tortura. Informe sobre o 56º Período de Sessões. Suplemento n. 44 (A/56/44) de 18 de junho de 2001. Os Relatórios do Comitê contra a Tortura encontram-se disponíveis em <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/reports.htm>, acesso em 10-03-2012.

⁷⁰⁷ Open Society Institute. *The Socioeconomic Impact of Pretrial Detention: A Global Campaign for Pretrial Justice Report*. New York: Open Society Justice Initiative and United Nations Development Program, 2011, p. 28.

⁷⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Introducción. In: VITALE, Gustavo L. *Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbarie*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 23.

⁷⁰⁹ A consciência da imoralidade da prisão provisória, e de sua afetação à dignidade pessoal do imputado e de suas famílias, já se fazia presente em 1872, no pensamento de Francesco Carrara: *"Todos reconocen que la privación de libertad de los imputados antes de su condena es una*

produzem um efeito dominó sobre suas famílias e comunidades, impactos que são muitas vezes ocultos ou ignorados nos debates sobre prisão preventiva.⁷¹⁰ O cárcere provoca intenso sofrimento aos familiares do preso e um enfraquecimento das relações afetivas, agravados pelas dificuldades de acesso da família e de amigos aos longínquos locais de custódia. Os filhos de pessoas presas são mais propensos a ter auto-estima baixa, depressão, dificuldade para estabelecer laços afetivos, comportamento anti-social e apresentam maior risco de praticar crimes no futuro, sobretudo os filhos de mães encarceradas.⁷¹¹ Ressalte-se, por outro lado, que o apoio dos familiares é fundamental para a sobrevivência do preso, tanto do ponto de vista material, quanto afetivo e psicológico.⁷¹² Assim, a prisão provisória, ao distanciar o preso de seus entes queridos e fragilizar as relações de afeto, atinge psicologicamente tanto o preso quanto seus familiares.

A prisão provisória repercutirá intensamente na vida dos filhos e demais familiares dos presos, que serão afetados não apenas pela separação que o cárcere impõe e por seus desdobramentos emocionais e psicológicos, mas também em razão do desemprego daqueles que os assistiam economicamente, da redução ou ausência da renda familiar e às implicações que esta acarretará na formação e educação de crianças e adolescentes.

Assim, a prisão provisória causa ao imputado e aos seus familiares prejuízos irreparáveis.⁷¹³ A prisão de pessoas que ainda não foram condenadas

injusticia, porque por sospechas falaces demasiadas veces llega el tormento a las familias, y se priva de libertad a ciudadanos frecuentemente honestísimos, y de las cuales el 60 por 100 al final del proceso o al término del juicio son posteriormente declarados inocentes": CARRARA, Francesco. Imoralidad de la prisión provisional. Trad. Manuel Quintanar. Cuadernos de Política Criminal, Madrid, Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, nº 67, 1999, p. 7.

⁷¹⁰ SCHÖNTEICH, Martin. The scale and consequences of the pretrial detention around the world. In: *Justice Initiatives: Pretrial Detention*. New York: Open Society Institute, 2008, p. 17.

⁷¹¹ Ibid., p. 22.

⁷¹² CIDH. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* (2011), parágrafo 579: "Para las personas privadas de libertad, el apoyo de sus familiares es esencial en muchos aspectos, que van desde lo afectivo y emocional hasta el sustento material. En la mayoría de las cárceles de la región, los elementos que necesitan los presos para satisfacer sus necesidades más elementales no le son suministrados por el Estado, como debería ser, sino por sus propios familiares o por terceros. Por otro lado, a nivel emocional y psicológico, el mantenimiento del contacto familiar es tan importante para los reclusos, que su ausencia se considera un factor objetivo que contribuye a incrementar el riesgo de que éstos recurran al suicidio."

⁷¹³ Gustavo L. Vitale descreve, em síntese, os prejuízos irreparáveis mais frequentes que a vida carcerária produz sobre os presos provisórios: "Los presos, en general, salen de la cárcel bastante peor do que ingresaron. Han perdido su trabajo y la posibilidad de mantenerse a sí mismos y a sus familias; han sido estigmatizados y señalados como 'delinquentes' por una buena parte de la comunidad en la que viven; han roto sus vínculos familiares y, sobre todo, con sus parejas y hijos;

antecipa o possível resultado condenatório do processo e produz danos em sua vida e na de suas famílias que são impossíveis de se reparar com uma medida de igual natureza, pois a liberdade, a existência e as perspectivas que lhes foram ceifadas não poderão ser devolvidas na mesma espécie, ou seja, em tempo de vida.

Conforme verificado através dos casos contenciosos analisados no capítulo 2, a Corte Interamericana, ao reconhecer a prisão preventiva ilegal ou arbitrária, determina, em geral, que o Estado condenado devolva ao imputado o pleno gozo de seu direito de liberdade violado (*restitutio in integrum*), investigue e puna os responsáveis pelos abusos praticados durante a privação de liberdade, e pague justa indenização pelos danos morais e materiais causados não somente ao preso, mas também aos seus familiares, reconhecendo-os todos como vítimas de violação de direitos humanos.⁷¹⁴

Além disso, a Corte já ordenou, em determinados casos, que o Estado publicasse uma declaração formal de reconhecimento de sua responsabilidade internacional, com pedido de desculpas às vítimas; que adotasse as medidas necessárias para assegurar à população carcerária atendimento médico e condições físicas e sanitárias adequadas; e que criasse programa de capacitação em direitos humanos para todos os atores do sistema penal.⁷¹⁵

*han perdido las relaciones sociales con amigos o allegados, han internalizado normas propias de la vida carcelaria, las que en nada se parecen a las de la vida libre; han soportado inimaginables humillaciones, tanto por parte de los guardias de la prisión como de sus propios compañeros de celda; han sido víctimas, en general, de violencia física y psíquica cotidiana, han debido ingerir comida muchas veces apesada; en diversas ocasiones han debido tolerar sufrimientos enormes hasta obtener asistencia médica o directamente por no recibirla; es común que se vean envuelto en motines en reacción con los cuales poco podían hacer para mantenerse al margen, involucrándose, a veces, en nuevas causas penales en su contra que prolongan el tiempo de la prisión; han tenido que solidarizarse con reclamos de sus compañeros de pabellón, aunque más no sea para no recibir represalias por parte de ellos, perdiendo por esa razón 'conduta' y 'concepto' y, de ese modo, los que muchos llaman 'beneficios' carcelarios - que son, en verdad, derechos de todo recluso -": VITALE, Gustavo L. *Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbarie*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 58.*

⁷¹⁴ Assim, consideram-se vítimas tanto os legitimados diretos quanto os indiretamente prejudicados, que, na condição de familiares estarão em condições de invocar direitos distintos dos pleiteados na demanda principal, como os danos à integridade psíquica e moral infligidos aos parentes como motivo de sofrimento adicional padecido como produto das circunstâncias particulares da violação sofrida por seus afetos: HITTERS, Juan Carlos. Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; DE LARREA, Arturo Zaldivar. *Constitución, Derecho y Proceso: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Lima: UNAM: IDEMSA, 2010, pp. 648-649.

⁷¹⁵ As formas de reparação pela Corte foram evoluindo progressivamente, consoante artigo 26 da Convenção Americana, que prevê o desenvolvimento progressivo dos direitos humanos. Assim, nos primeiros casos, o dever de indenizar cumpria-se com a indenização às vítimas.

Com efeito, a Convenção Americana prevê formas diversificadas de se reparar o dano causado pela violação de direitos humanos,⁷¹⁶ dentre elas, medidas positivas a serem impostas aos Estados como obrigações de fazer⁷¹⁷, que não se restringem às indenizações pecuniárias às vítimas (obrigações de pagar quantia certa).⁷¹⁸ Neste sentido, exemplos importantes de reparação referem-se a casos nos quais a Corte pronunciou-se sobre a importância de se reparar *os danos causados ao projeto de vida das vítimas*, submetidas à prisão ilegal e arbitrária. No caso *Loayza Tamayo vs. Peru* (1998), a Corte pronunciou-se pela primeira vez a respeito do conceito de "dano ao projeto de vida", que não se refere a perdas patrimoniais passíveis de se mensurar objetivamente, e sim à negação da *realização integral da pessoa, sustentada nas opções que o sujeito possui para conduzir sua vida (como vocação, atitudes, circunstâncias, potencialidades e aspirações), e que lhe permitem estabelecer razoavelmente determinadas expectativas e alcançá-las*.

Posteriormente, a Corte passou a entender que a satisfação pecuniária não era suficiente e passou a exigir dos Estados uma atividade mais intensa, como a supressão de normas e práticas que violavam a Convenção Americana, bem como a imposição de práticas a favor das vítimas. Em alguns casos, a Corte determinou que o Estado pedisse perdão ou desculpas em público, a implementar medidas educativas e cursos de formação em direitos humanos, a edificar monumentos em homenagem às vítimas, dentre outras formas de reparação. Em muitos casos, a Corte determinou sanções aos Estados pela infração ao devido processo no âmbito penal: HITTERS, Juan Carlos. Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; DE LARREA, Arturo Zaldivar. *Constitución, Derecho y Proceso: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Lima: UNAM: IDEMSA, 2010, pp. 645-646.

⁷¹⁶ A reparação do dano, no sistema interamericano de direitos humanos, abrangerá: (i) a plena restituição ou restabelecimento da situação anterior, assegurando-se à vítima o gozo de seu direito violado; (ii) a reparação das conseqüências que a infração ou violação de direitos humanos produziu, e o pagamento de uma indenização justa à vítima, como compensação pelos danos a ela ocasionados, consoante artigo 63.1, da Convenção Americana.

⁷¹⁷ No Brasil, as obrigações de fazer ou não fazer impostas em sentença poderão ser exigidas, judicialmente, por exemplo, através de ação do Ministério Público, com base no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição. O artigo 461 do Código de Processo Civil dispõe que o juiz poderá conceder a tutela específica da obrigação ou determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente.

⁷¹⁸ Por exemplo, no caso *Barrios Altos vs. Perú* (2001), a Corte determinou que o Estado levantasse um monumento de homenagem às vítimas de execução extrajudicial por militares durante o governo Fujimori, além do pagamento de indenizações e de bolsas de estudos aos familiares das vítimas; no caso *Trujillo Oroza vs. Bolívia* (2002), a Corte ordenou que o Estado desse o nome da vítima - estudante universitário desaparecido após sua prisão por militares - a um centro educacional boliviano, mediante cerimônia pública na presença de seus familiares, a pedido da mãe, que solicitou a medida *para que as gerações futuras conhecessem esta parte da história do país e de maneira a perpetuar a memória de uma juventude que morreu por não estar de acordo com o ordenamento jurídico*: Corte IDH. **Caso Cantoral Benavides Vs. Perú**. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88. **Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia**. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92. Parágrafo 122. Disponíveis em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 02 de fevereiro de 2013.

O dano ao projeto de vida determinará a perda ou comprometimento grave de oportunidades de desenvolvimento pessoal, de forma irreparável ou de difícil reparação: a existência de uma pessoa é modificada por fatores que lhe são impostos de forma injusta e arbitrária, com violação das normas vigentes e quebra da confiança nos órgãos do poder público.⁷¹⁹ No caso *Loayza Tamayo*, a Corte entendeu que as violações sofridas pela vítima em decorrência de sua prisão, impediram a realização de suas expectativas de desenvolvimento pessoal e profissional e causaram danos irreparáveis à sua vida.⁷²⁰ No caso *Cantoral Benavides vs. Peru* (2001), a Corte determinou que a medida mais ajustada para restabelecer o projeto de vida da vítima era a determinação da responsabilidade do Estado por sua formação superior, arcando com os custos de sua manutenção em universidade de reconhecida qualidade acadêmica.⁷²¹

A Corte também já se pronunciou que haverá um agravamento do dano quando se verifica uma falta de proporcionalidade no uso da força estatal, aplicável em particular nas hipóteses de conflitos armados e de violência coletiva em estabelecimentos penitenciários.⁷²²

No Brasil, a posição dominante no Supremo Tribunal Federal reconhece que o Estado tem o dever objetivo de garantir a integridade física e moral do preso sob sua custódia, atraindo assim a sua responsabilidade civil objetiva, tanto em face de sua conduta comissiva quanto em razão de sua conduta omissiva, sendo devida a indenização cabível no caso concreto, de acordo com os artigos 5º, XLIX e 37, §6º da Constituição.⁷²³ Acrescente-se que encontram-se pendentes de julgamento em plenário do STF os recursos extraordinários nº 580.253/MS e nº

⁷¹⁹ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42. Parágrafos 147 a 150. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, acesso em 02-02-2013.

⁷²⁰ Ibid., Parágrafo 152.

⁷²¹ Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C No. 88. Parágrafo 80.

⁷²² A Corte IDH pronunciou-se sobre a responsabilidade agravada do Estado sobretudo nos casos *Penal Miguel Castro vs. Perú* e *Universidad de La Cantuta vs. Perú*. A gravidade do dano aos direitos humanos se multiplica quando há uma desproporcionalidade na utilização da força estatal, impondo-se consequências mais rigorosas ao agressor: HITTERS, Juan Carlos. Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; DE LARREA, Arturo Zaldivar. *Constitución, Derecho y Proceso: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Lima: UNAM: IDEMSA, 2010, pp. 643-645.

⁷²³ STF. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 700.927/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 17-09-2012; AI-AgR nº 799.789, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 01-02-2011; RE-AgR nº 59.902/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 02-02-2010; RE-AgR nº 418.566/PB, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 28-03-2008.

638.467/RS, nos quais foi reconhecida a existência de repercussão geral de questões constitucionais atinentes ao reconhecimento de responsabilidade estatal objetiva em razão de morte de preso por homicídio ou suicídio, e à contraposição entre a cláusula da reserva financeira do possível e a pretensão da parte de obter indenização por dano moral decorrente de submissão a tratamento desumano e degradante em face de excessiva população carcerária.⁷²⁴

6.1.2

Impactos da prisão provisória sobre os direitos e garantias processuais do imputado

O princípio de presunção de inocência, assim como os demais direitos e garantias processuais reconhecidos nas Constituições Políticas e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, são considerados pautas indeclináveis para a preservação do devido processo e para a busca da igualdade de armas entre acusação e defesa.⁷²⁵

Ainda que o devido processo legal esteja assegurado no plano normativo a todos os acusados, independentemente da condição jurídica que ostentem, a prática revela que a prisão provisória tem como consequência uma restrição de direitos e garantias que vão muito além da privação de liberdade do imputado. A prisão antes da condenação produz, indubitavelmente, impactos nos direitos e garantias processuais do imputado, em especial no direito de defesa, que comprometerão o devido processo, com consideráveis chances de também influenciar o resultado do processo penal.

Em verdade, a prisão preventiva contradiz todos os princípios de proteção do imputado, traduzidos em garantias processuais consubstanciadas nos brocardos latinos *nulla poena, nullum crimen sine iudicio*, e *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione, et sine defensione*⁷²⁶, de maneira que é possível se

⁷²⁴ STF. Repercussão Geral no RE nº 580.252/MS, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto. DJe 08-06-2011; Repercussão Geral no RE com Agravo nº 638.467, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 04-10-2012.

⁷²⁵ HERENCIA CARRASCO, Salvador Martín. El derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Ed.). *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional - Tomo I*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung; Calle (Colômbia): Temis, 2011, p. 360.

⁷²⁶ Os princípios ou axiomas garantistas são implicações deônticas, normativas ou de dever-ser, e que, portanto, não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deve ocorrer, informando, em seu conjunto, um modelo normativo de direito penal e de processo penal, fruto de uma opção

afirmar seguramente que, através deste instrumento, *julga-se o Estado de direito*.⁷²⁷

É evidente que o abuso da prisão preventiva e seu emprego, ainda que de forma encoberta, como meio coercitivo, violam o princípio de presunção de inocência: isso ocorre não apenas em países americanos e africanos, onde tal fenômeno é mais explícito, mas também em países europeus.⁷²⁸ Ademais, a prisão processual debilita a presunção de inocência, numa perspectiva menos óbvia, ao restringir outros direitos e garantias processuais.

Com efeito, a prisão preventiva prejudica a preparação da defesa técnica do acusado, que necessita estar livre para manter um contato mais próximo e reservado com seu advogado, auxiliá-lo na identificação de elementos de prova e, enfim, para contribuir de forma efetiva na construção das teses defensivas. A defesa do acusado preso terá grande probabilidade de não ser a mesma que a do imputado que permaneceu livre durante a investigação preliminar e o processo, teve contato estreito com seu defensor e a possibilidade de contribuir para a formação de material defensivo e probatório que possa fazer frente à potência da acusação.

Ao dificultar o exercício pleno do direito de defesa do acusado, a prisão processual agrava a já manifesta desigualdade de armas entre as partes existente

ético-política. Cada princípio ou implicação deontica enuncia uma garantia jurídica, ou seja, designa um pressuposto, uma condição necessária para a afirmação da responsabilidade penal. Ferrajoli chama de sistema garantista, cognitivo ou de legalidade estrita ao conjunto de dez princípios ou axiomas que formam “un modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisfacible”, ou seja, o modelo garantista em seu grau máximo, enunciados através das seguintes expressões latinas: *nulla poena sine crimine* (ou princípio da retributividade); *nullum crimen sine lege*, (ou princípio da legalidade em sentido lato ou em sentido estrito); *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (ou princípio da necessidade ou economia do direito penal); *nulla necessitas sine iniuria* (ou princípio da lesividade ou da ofensividade do ato); *nulla iniuria sine actione* (ou princípio da materialidade ou da exterioridade da ação); *nulla actio sine culpa* (ou princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal); *nulla culpa sine iudicio* (ou princípio da jurisdicionalidade em sentido lato ou em sentido estrito); *nullum iudicium sine accusatione* (ou princípio acusatório ou da separação entre acusação e juiz); *nulla accusatio sine probatione* (ou princípio do ônus da prova ou da verificação); *nulla probatio sine defensione* (ou princípio do contraditório ou da defesa). Os seis primeiros princípios referem-se às garantias penais, uma vez que *delito*, *lei*, *pena*, *necessidade*, *ofensa* e *culpabilidade* são requisitos ou condições penais, enquanto os quatro últimos designam garantias processuais, já que *juízo*, *acusação*, *prova* e *defesa* são requisitos ou condições processuais. Os dez princípios estão conectados entre si e são a matriz de outras quarenta e cinco derivações ou axiomas: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2005, pp. 93 e 94.

⁷²⁷ PASTOR, Daniel R. Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, A, 1996, p. 286.

⁷²⁸ VAGG, Jon; DÜNKEL, Frieder. *Waiting for Trial: International Perspectives on the Use of Pretrial Detention and the Rights and Living Condition of Prisoners Waiting for Trial*. Freiburg: Max Planck, 1994, p. 927.

no processo penal, face à superioridade do aparato persecutório do Estado.⁷²⁹ O processo penal padece em geral de uma dupla desigualdade: o suspeito, indiciado ou acusado, além de pertencer aos segmentos sociais mais marginalizados e desfavorecidos economicamente, encontra-se também sujeito a um modelo processual que favorece a acusação em detrimento da defesa. A realidade mostra explicitamente que o processo penal reflete as desigualdades sociais e econômicas presentes na sociedade e não oferece às partes igualdade de condições para o exercício equilibrado de suas funções no processo, o que ocorre especialmente na busca da prova e nas medidas cautelares pessoais⁷³⁰. Conforme sublinha Paula Bajer Martins da Costa⁷³¹, a partir do momento em que uma das partes no processo penal está presa cautelarmente ou pode vir a estar, perde-se de vista qualquer perspectiva de igualdade entre acusação e defesa. Assim, um sistema jurídico que contemple a prisão antes da condenação, ainda que, ao seu lado, exista previsão expressa do princípio de presunção de inocência, jamais permitirá que o processo penal alcance uma efetiva e necessária igualdade, comprometendo o exercício pleno do direito de defesa pelos acusados presos.

Ressalte-se que é por tais motivos que Luigi Ferrajoli defende que o imputado deve comparecer livre perante seus julgadores, de maneira a se garantir a sua dignidade enquanto cidadão, mas também e acima de tudo, para que lhe seja assegurada uma condição paritária com a acusação, para que após o interrogatório e antes do julgamento possa organizar de forma eficaz a sua defesa e não seja enredado em armadilhas e manipulações de prova provocadas pela acusação.⁷³² Assim, a prisão provisória se opõe a uma concepção cognoscitiva e acusatória de

⁷²⁹ VITALE, Gustavo L. Un proceso penal sin prisión (base mínima para el juicio justo y previo a la pena). In: VITALE, Gustavo L.; GARCÍA, Gerardo Nicolás (compiladores). *Abolicionismo de la prisión sin condena: una corriente latinoamericana en siglo XXI*. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 15.

⁷³⁰ COSTA, Paula Bajer Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. Coleção de estudos de processo penal prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 06. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 10.

⁷³¹ “As providências cautelares, possíveis de concretização em toda a persecução penal, inviabilizam a isonomia processual. Nem mesmo por ficção se dirá que o acusado, ainda que representado por advogado, ostenta posição jurídica equivalente à do membro do Ministério Público no processo, ou dispõe das mesmas armas para encontrar e expor a sua verdade. A constante possibilidade de prisão processual, ou outra providência constritiva no curso do processo, ameaça qualquer tentativa de equilíbrio real entre as partes da persecução”: COSTA, Paula Bajer Martins da. *Igualdade no direito processual penal brasileiro*. Coleção de estudos de processo penal prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 06. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 94.

⁷³² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2005, p. 558.

processo, pois é medida prejudicial para a averiguação da verdade através de um juízo contraditório e justo.⁷³³

Ressalte-se que, quanto maior for a duração do processo penal e da prisão cautelar, mais comprometidos estarão os direitos dos acusados e suas garantias processuais.⁷³⁴ Além de afetar o direito fundamental à duração razoável do processo e da prisão cautelar, o tempo é determinante para, através de uma relação inversa e proporcional, aprofundar a estigmatização do acusado e, ao mesmo tempo, enfraquecer a presunção de inocência, *sepultando a credibilidade da versão do acusado*.⁷³⁵ O direito de defesa e o contraditório são igualmente atingidos pelo prolongamento excessivo do processo, sobretudo quando o acusado encontra-se preso, pois cria ainda maiores dificuldades para "*o exercício eficaz da resistência processual*".⁷³⁶

No plano legal e na prática, muitos outros direitos e garantias fundamentais dos imputados, como a vedação de tortura para fins investigativos, o controle judicial pessoal e imediato da prisão, a liberdade provisória e o *habeas corpus*, são, conforme analisado nos capítulos 2 e 4, negados aos presos provisórios em diversos países latino-americanos, muitos deles acusados de delitos como terrorismo e tráfico ilícito de drogas que, afetarão intensamente a isonomia e o direito de defesa.

Os problemas de duração irrazoável da prisão cautelar, número excessivo de presos e sistemática violação de direitos humanos em vários países latino-americanos estão intrinsecamente relacionados com as deficiências dos sistemas penais da região e de suas instituições, o que engloba a atuação de todos os atores do sistema de justiça criminal. A CIDH aponta como causas da hiperinflação carcerária e do abuso da prisão preventiva na região as deficiências da defensoria pública gratuita, a ausência de efetivo e imediato controle da prisão pelos juízes, a morosidade na apresentação do preso às autoridades judiciais, o descumprimento

⁷³³ Ibid.

⁷³⁴ PASTOR, Daniel R. Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, A, 1996, p. 288.

⁷³⁵ LOPES JR., Aury. Direito ao processo penal no prazo razoável. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 65, mar./abr. 2007, pp. 216-217.

⁷³⁶ Ibid., p. 217.

de prazos legais e o encarceramento massivo de pessoas em delegacias de polícia.

737

No Brasil e em muitos outros países latino-americanos, os acusados são, em sua grande maioria, pessoas pobres, sem condições econômicas de contratar um advogado particular, assistidos gratuitamente por defensorias públicas deficientes e carentes de profissionais para prover uma defesa de qualidade a um extenso número de pessoas.

O Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Detenções Arbitrárias, em visita ao Brasil em março de 2013, declarou que as reformas legais aprovadas no país, ainda que positivas, não foram suficientes para reverter o quadro de superlotação nos estabelecimentos prisionais, número excessivo de presos provisórios e duração irrazoável da prisão preventiva.⁷³⁸ Asseverou ainda que, na prática, o acesso à justiça para as pessoas presas no Brasil é deficiente em vários aspectos, englobando a inexistência de assistência jurídica efetiva e a insuficiência de defensores públicos para atender a todos presos. Consoante as Nações Unidas, a sobrecarga de trabalho dos defensores públicos no Brasil é um problema crítico, que impactou negativamente o direito à igualdade e ao julgamento justo.⁷³⁹

O defensor público no Brasil muitas vezes terá o primeiro contato pessoal com o indiciado tempos depois de sua prisão, quando deveria atuar desde a notícia da prisão em flagrante. Foi o que observou o Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Detenções Arbitrárias⁷⁴⁰, e também o que concluíram os pesquisadores da ONG *Associação para a Reforma Prisional* (ARP) em importante pesquisa desenvolvida no Rio de Janeiro sobre os impactos da assistência jurídica a presos provisórios, no período de janeiro de 2010 a junho de 2011.⁷⁴¹

⁷³⁷ CIDH. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* (2011), parágrafos 125 a 133: a CIDH faz referência, em especial, aos Estados do Haiti e Guatemala.

⁷³⁸ ONU. Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária. *Declaração após a conclusão de sua visita ao Brasil (18 a 28 de março de 2013)*, p. 3. Disponível em: <http://www.onu.org.br/grupo-de-trabalho-sobre-detencao-arbitraria-declaracao-apos-a-conclusao-de-sua-visita-ao-brasil-18-a-28-marco-de-2013/>, acesso em 10-04-2013.

⁷³⁹ ONU. Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária. *Declaração após a conclusão de sua visita ao Brasil (18 a 28 de março de 2013)*, p. 4.

⁷⁴⁰ Ibid.

⁷⁴¹ LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia. *Impacto da assistência jurídica a presos provisórios: um experimento na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: ARP/CESeC, outubro de 2011. Disponível em: <http://www.ucamcesec.com.br/projeto/atendimento-juridico-a-presos-provisorios-no-rio-de-janeiro/>, acesso em 02-01-2012.

Os pesquisadores constataram, a partir de entrevistas a 479 acusados presos nas carceragens da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, que a grande maioria daqueles que eram assistidos pela Defensoria Pública só conheceram seu defensor em juízo, no momento da audiência de instrução e julgamento, ao contrário dos presos defendidos por advogados particulares, que, em sua maioria, tiveram o primeiro contato nas delegacias e carceragens.⁷⁴² Também se observou que mais de 22% dos acusados presos em flagrante e quase 30% dos demais presos provisórios (casos de não-flagrante) assistidos pelo projeto não tinham recebido, até a data da entrevista, qualquer tipo de assistência jurídica. Na segunda fase da pesquisa, constatou-se ainda que 52,7% dos presos provisórios que foram objeto do projeto permaneceram no cárcere por falta de pedidos da defesa, e que, em 70% dos casos atendidos pela Defensoria Pública, não foram feitos pedidos de liberdade nos primeiros 20 dias após a distribuição do auto de prisão em flagrante.⁷⁴³

Ressaltou-se, na mesma pesquisa, que as carceragens da POLINTER não possuíam locais reservados para a prestação de assistência jurídica, em franca desconformidade com o artigo 7º, III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (lei 8.906/1994), que contempla o direito do defensor de comunicar-se com seus clientes, de forma pessoal e reservada, quando estes se encontrem presos, ainda que em regime de incomunicabilidade.

Em síntese, os resultados da pesquisa desenvolvida no Rio de Janeiro apontam que o direito de defesa de significativa parcela de presos provisórios é restringido, porque não recebem efetiva assistência jurídica. O direito do preso em ter contato com seu defensor imediatamente após a prisão não é cumprido, o que gera, indubitavelmente, prejuízos à defesa dos acusados, na medida em que toda a fase inicial do processo, até a data da audiência, se resumirá ao que foi produzido pelos órgãos responsáveis pela persecução penal.⁷⁴⁴

Os resultados da pesquisa mostram como a prisão preventiva contribui para a manutenção de um viés fortemente inquisitorial no processo penal brasileiro, onde a fase de investigação preliminar se dá, no mais das vezes, sem a interferência da defesa e sem um efetivo controle judicial da legalidade e da

⁷⁴² LEMGRUBER, Julita e FERNANDES, Marcia. Op.cit., pp. 19-20.

⁷⁴³ Ibid. p. 45.

⁷⁴⁴ LEMGRUBER, Julita e FERNANDES, Marcia. *Impacto da assistência jurídica a presos provisórios: um experimento na cidade do Rio de Janeiro*, p. 22.

arbitrariedade do encarceramento, uma vez que a legislação infra-constitucional no Brasil não exige a apresentação pessoal do preso ao juiz, através de audiência de controle da prisão em flagrante.

Há que se considerar que o imputado preso permanece, neste período inicial do processo, à mercê de toda a sorte de arbitrariedades, inclusive de tortura e tratamento cruel, desumano ou degradante. Organismos internacionais ligados à ONU e à OEA têm observado que a maioria das práticas aflitivas cometidas contra pessoas custodiadas pelo Estado ocorre durante o ato de detenção e nas primeiras horas ou dias seguintes, e que se tratam de atos de tortura para fins de investigação criminal e para obter confissão.⁷⁴⁵ A menor transparência e controle na investigação policial e a ausência do advogado nesta fase propiciam maior liberdade às práticas de tortura, que se dão com frequência durante os traslados de presos e na fase investigativa, antes de seu comparecimento perante o juiz. As pessoas pobres são as mais expostas a tais práticas, pois a discriminação perpetua-se no interior do cárcere, somada à impossibilidade de pagar um advogado particular e às maiores dificuldades de pagamentos de subornos.⁷⁴⁶

Também há que se ter em vista o papel fundamental dos juízes na prevenção e saneamento da prisão processual arbitrária, através de um efetivo controle judicial da prisão em flagrante, por meio da apresentação pessoal do preso ao juiz e da periodicidade da revisão das decisões judiciais sobre prisão preventiva, de maneira a evitar a perpetuação das arbitrariedades, inclusive a duração irrazoável do encarceramento.

Por fim, é importante examinar o impacto da prisão preventiva sobre as decisões finais de mérito: o tratamento e as condições carcerárias a que é submetido o imputado preso, a restrição ao seu direito de defesa e às demais garantias processuais são fatores que influenciam o resultado do processo penal. Pesquisas empíricas desenvolvidas nos Estados Unidos e na Inglaterra apontam que acusados presos, com perfis e acusações similares aos daqueles que

⁷⁴⁵ De acordo com a Comissão Interamericana, a tortura e os tratamentos cruéis, desumanos e degradantes para fins de investigação criminal são práticas altamente frequentes em países como Guatemala, República Dominicana, Paraguai, México, Equador e em alguns países do Caribe (Bahamas e Guiana), citando ainda a prisão de Guantánamo com exemplo paradigmático do emprego de tortura nos tempos atuais para fins investigativos: CIDH. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, parágrafos 351 a 363.

⁷⁴⁶ Open Society Institute. *Pretrial Detention and Torture: Why Pretrial Detainees Face the Greatest Risk*. In: *Open Society Initiative: The Global Campaign for Pretrial Justice*. Disponível em: <http://www.opensocietyfoundations.org/publications/pretrial-detention-and-torture-why-pretrial-detainees-face-greatest-risk-0>, acesso em 14-03-2013.

respondem ao processo em liberdade, possuem uma probabilidade maior de confessar o crime, de ter seus pedidos de suspensão da pena ou do processo negados, e conseqüentemente, de serem condenados à pena privativa de liberdade.⁷⁴⁷ Assim, os imputados presos encontram-se também em situação de desvantagem em relação ao direito a um julgamento em pé de igualdade com os demais processados.

Se a prisão provisória, por si só, independentemente das condições carcerárias e do tratamento dado ao preso, inviabiliza a isonomia entre as partes e o exercício pleno do direito de defesa do acusado, a situação de hiperinflação carcerária, condições desumanas de custódia e sistemas penais deficientes, que é a realidade do Brasil e de muitos outros países latino-americanos, não poderia ter como outro resultado senão a sistemática violação dos direitos fundamentais dos acusados presos, o que tenderá a acentuar o plano de desigualdade em seu processo e julgamento.

O Grupo de Trabalho sobre Prisões Arbitrárias das Nações Unidas manifestou entendimento de que o preso provisório submetido a condições de encarceramento inadequadas, que afetam sua saúde e segurança, encontra-se em situação de desigualdade flagrante em relação à parte acusadora, e não se poderá garantir um juízo imparcial, inclusive quando as garantias processuais relativas ao devido processo sejam rigorosamente observadas.⁷⁴⁸ Em outras palavras, a desigualdade de armas reinante no processo penal estará ainda mais desequilibrada quando o preso provisório encontra-se em situação de intensa

⁷⁴⁷ Neste sentido: WILLIAMS, Marian R. The effect of pretrial detention in imprisonment decisions. In: *Criminal Justice Review*, v. 28, n. 2, autumn 2003, pp. 299-316; GOTTFREDSON, Michael R.; GOTTFREDSON, Don M. *Decision making in criminal justice: toward a rational exercise of discretion*. New York: Plenum Press, 1988; DAVIES, Clive. Pre-trial imprisonment: a Liverpool study. In: *The British Journal of Criminology*, v. II, january 1971, pp. 32-48; RANKIN, Anne. The effect of pretrial detention. In: *New York University Law Review*, v. 39, 1964, pp. 641-655; MORGAN, Rod. England/Wales. In: VAGG, Jon; DÜNKEL, Frieder. *Waiting for Trial: International Perspectives on the Use of Pretrial Detention and the Rights and Living Condition of Prisoners Waiting for Trial*. Freiburg: Max Planck, 1994, p. 198; KING, Michael. *Bail or Custody*. London: Cobden Trust, 1973, pp. 73-75.

⁷⁴⁸ ONU. Grupo de Trabalho sobre Detenções Arbitrárias. Informe E/CN.4/2005/6, 1 de dezembro de 2004, parágrafo 69. Disponível em http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=117, acesso em 01-10-2012: "Uno de los principios fundamentales del debido proceso legal es la igualdad entre la acusación y la defensa. Un recluso que ha sido sometido a condiciones de reclusión que han afectado su salud, seguridad o bienestar participa en los procedimientos en condiciones menos favorables que la parte acusadora (...). Cuando las condiciones de reclusión son tan inadecuadas que debilitan gravemente al detenido en prisión preventiva, esa igualdad se ve perjudicada y ya no se puede garantizar un juicio imparcial, incluso cuando las garantías procesales de un juicio imparcial se respetan escrupulosamente."

vulnerabilidade no interior do estabelecimento prisional, o que influenciará a imparcialidade do juízo.

A análise das sentenças finais de mérito em processos criminais onde o acusado esteve preso também é importante para verificar a necessidade, proporcionalidade e justiça no emprego da prisão preventiva e avaliar a atuação dos órgãos da justiça criminal. No Brasil, a pesquisa realizada pela ARP verificou que apenas 30,1% dos presos provisórios assistidos efetivamente pelos advogados do projeto foram condenados ao final a penas privativas de liberdade, e que 27,7% fizeram jus à suspensão condicional do processo.⁷⁴⁹ Essa realidade coincide com a constatação de que muitas das pessoas assistidas pelo projeto encontravam-se presas em delegacias de polícia acusadas de delitos de menor gravidade, praticados sem violência, sobretudo crimes de furto. Trata-se de uma perspectiva de análise, que, paralelamente à verificação da ausência de efetiva prestação de assistência jurídica aos acusados presos, mostra também a arbitrariedade, a falta de proporcionalidade e a injustiça que permeia o emprego da prisão preventiva, aplicada a imputados que poderiam ter respondido ao processo em liberdade.⁷⁵⁰

Esta não é uma realidade apenas do Brasil. No México, 2/3 dos acusados de delitos graves, mantidos em prisão preventiva e que receberam sentença condenatória em 2007, foram condenados ao final a penas inferiores a três anos, ou seja, foram responsabilizados por delitos menores e não-violentos, comutáveis por sanção pecuniária ou multa. Assim, consoante Guillermo Zepeda Lecuona⁷⁵¹, a prisão preventiva no México é empregada indiscriminadamente em casos de cometimento de crimes menores, o que levou o pesquisador a concluir que os argumentos de que a prisão preventiva aplica-se aos imputados perigosos e de que é necessária para evitar a fuga são, na verdade, mitos. Da mesma forma, na Inglaterra, 39% dos 55.207 mil acusados em prisão preventiva em 2009 não receberam ao final uma sentença condenatória de prisão, e pouco menos de 2/3

⁷⁴⁹ LEMGRUBER, Julita e FERNANDES, Marcia. *Impacto da assistência jurídica a presos provisórios: um experimento na cidade do Rio de Janeiro*, p. 44.

⁷⁵⁰ Esta conclusão não afasta a possibilidade de que presos acusados de crimes que não teriam por lei direito à suspensão condicional do processo e que não receberam efetiva assistência jurídica possam ter uma maior chance de serem condenados do que outros que tenham respondido ao processo em liberdade e não tenham sido cerceados em seu direito de defesa, ainda que não haja pesquisas sobre esse aspecto no Brasil.

⁷⁵¹ LECUONA, Guillermo Zepeda. *Los mitos da prisión preventiva en México*. México: Open Society Initiative, 2009, pp. 17-20.

deles foram acusados de delitos não-violentos, destacando-se que 12% das imputações eram relativas a crimes contra o patrimônio.⁷⁵²

Assim, este espectro de análise, que cruza informações sobre o perfil sociodemográfico dos presos, natureza e gravidade da imputação e o resultado das decisões finais de mérito, é importante para desvelar alguns falsos estereótipos criados para justificar a prisão preventiva.

Por outro lado, o tratamento desigual a que é submetido o preso provisório durante o processo e seu impacto na garantia de um julgamento justo também decorrem da atuação da mídia, que o condena antecipadamente, influencia a opinião pública e pressiona as autoridades judiciais, interferindo muitas vezes na independência dos juízes e na imparcialidade de suas decisões. O impacto da falta de independência judicial nas decisões sobre prisão provisória é apontado por diversas organizações de defesa dos direitos humanos como uma questão extremamente preocupante em vários países latino-americanos, como México, Argentina, Bolívia, Peru e Brasil.⁷⁵³

6.1.3

A extensão dos impactos sociais da prisão provisória e seus custos econômicos

Conforme apontado, a prisão provisória terá como consequência a interrupção do trabalho ou dos estudos do imputado, com grandes chances de perda do emprego e de evasão escolar no futuro. Ela atinge em geral os jovens (pessoas entre 20 e 40 anos), representando, assim, uma interrupção brusca no desenrolar de uma vida potencialmente produtiva, muitas vezes selando para sempre o destino desgraçado de tantos seres humanos.⁷⁵⁴

Ademais, a perda do emprego e a consequente restrição da renda familiar em razão da prisão do imputado repercutirão intensamente na vida de sua família, produzindo efeitos colaterais em cadeia. É comum que os filhos de presos sejam

⁷⁵² Prison Reform Trust. *Innocent until proven guilty: tackling the overuse of custodial remand*. London, october, 2011. Disponível em: <http://www.innocentuntilproven guilty.com/>, acesso em 18-06-2013.

⁷⁵³ Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas. Informe presentado en el 146º período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington, DC, 1 de noviembre de 2012), pp. 22-26.

⁷⁵⁴ Open Society Institute. *The Socioeconomic Impact of Pretrial Detention: A Global Campaign for Pretrial Justice Report*. New York: Open Society Justice Initiative and United Nations Development Program, 2011, p. 28.

forçados a abandonar os estudos para trabalhar e ajudar no sustento familiar, bem como nas despesas geradas pela prisão. As oportunidades para uma vida melhor são restringidas e este impacto provocado pela prisão provisória na família atingirá, muitas vezes, mais de uma geração.

Ao encaminhar as pessoas para a incerteza e o desamparo, para o desemprego e para a ausência ou deficiência de formação escolar, a prisão provisória está empurrando as pessoas para a pobreza, e, em última medida, para a miséria. Assim, a prisão provisória excessiva determina a perda contingencial de potencial humano e, conseqüentemente, uma restrição no desenvolvimento social e econômico de comunidades e Estados desenvolvidos e em desenvolvimento, sendo que os mais pobres são os mais impactados por ela.⁷⁵⁵

Dentre os muitos enfoques de estudo e pesquisa sobre a prisão preventiva, existe uma perspectiva relativamente recente que se debruça sobre os custos econômicos desta modalidade de encarceramento, encarada como política pública destinada a assegurar o funcionamento da justiça criminal. Trata-se essencialmente de uma análise de custo-benefício, que tem como objetivo *mensurar os recursos que a prisão preventiva exige e oferecer ferramentas para compará-los com os benefícios obtidos, os perigos possivelmente evitados e para a avaliação de alternativas.*⁷⁵⁶

A novidade consiste na inserção desta espécie de abordagem na discussão da prisão preventiva no plano dos direitos humanos, que deverá ser feita de forma cuidadosa, tendo em vista a dessemelhança entre o enfoque tradicional das análises de custos e o discurso dos direitos humanos, impregnado de forte carga moral. Em geral, o enfoque de custos econômicos deixa de lado considerações éticas e obrigações normativas em matéria de direitos humanos em prol de princípios eficientistas, o que não poderá acontecer no discurso humanista, onde as razões éticas deverão predominar ainda quando uma medida implique menores benefícios em termos de eficiência.⁷⁵⁷ A questão se torna mais difícil

⁷⁵⁵ Ibid., p. 22.

⁷⁵⁶ LITVSKHY, Paula (coord.) Los costos de la prisión preventiva en perspectiva de derechos humanos: documento elaborado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). In: DERDOY, Malena; VALLE, Mariano Fernandez; FREEDMAN, Diego; MALAJOVICH, Laura; ROTH, Laura; SALINA, Raul. *El costo social y económico de la prisión preventiva en la Argentina*. Documento de Trabajo n° 29, CIPPEC, Buenos Aires, setembro de 2009, p. 54.

⁷⁵⁷ DERDOY, Malena; VALLE, Mariano Fernandez; FREEDMAN, Diego; MALAJOVICH, Laura; ROTH, Laura; SALINA, Raul. *El costo social y económico de la prisión preventiva en la Argentina*. Documento de Trabajo n° 29, CIPPEC, Buenos Aires, setembro de 2009, p. 9.

numa perspectiva profundamente crítica da prisão preventiva no plano dos direitos humanos, que pretenda denunciar a sua ilegitimidade e a sua imoralidade intrínseca e não tolerar o seu uso comedido, quando a análise de custo-benefício poderá parecer inaceitável ou ao menos de fraca utilidade argumentativa.

Ainda que seja necessária cautela na utilização, inclusive metodológica e epistemológica, desta perspectiva de análise da prisão preventiva, não se pode perder de vista que o enfoque utilitarista dos custos, além de fornecer um intercâmbio rico de ideias pouco manejáveis pelo Direito, poderá ser particularmente interessante e estratégico para a avaliação da prisão preventiva como política pública. A análise de custos poderá revelar as práticas nocivas das quais o sistema penal padece, e também ser um instrumento para conferir maior transparência à atuação das autoridades públicas e a dados relevantes sobre a prisão preventiva, proporcionando maior visibilidade e fomentando interesse público no tema.⁷⁵⁸

Por outro lado, a utilização de dados sobre os custos poderá ser incorporada para fortalecer o discurso crítico da prisão preventiva no plano dos direitos humanos, ainda que de forma limitada e contingente, ou seja, como argumento coadjuvante ou ferramenta política, ao mostrar que *a imoralidade de certas práticas tampouco corresponde a um padrão racional em termos econômicos*.⁷⁵⁹

O desafio é inserir os custos como uma variável a mais, regulada e controlada rigorosamente pelos princípios que regem os direitos humanos, que deverão ser considerados de maior relevância.⁷⁶⁰ Atentos ao compromisso ético que deverá cercar todo e qualquer debate sobre direitos humanos, sem pretender traduzir em termos econômicos o sofrimento dos que padecem com o cárcere, a informação sobre os custos complementará a identificação da extensão dos danos e da violação de direitos causados pela prisão preventiva, sendo instrumento importante para avaliar as políticas governamentais e as reformas penais. Neste

⁷⁵⁸ LITVSKY, Paula (coord.) Los costos de la prisión preventiva en perspectiva de derechos humanos: documento elaborado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). In: DERDOY, Malena; VALLE, Mariano Fernandez; FREEDMAN, Diego; MALAJOVICH, Laura; ROTH, Laura; SALINA, Raul. *El costo social y económico de la prisión preventiva en la Argentina*. Documento de Trabajo n° 29, CIPPEC, Buenos Aires, setembro de 2009, pp. 58 e 63.

⁷⁵⁹ Ibid., p. 62.

⁷⁶⁰ DERDOY, Malena; VALLE, Mariano Fernandez; FREEDMAN, Diego; MALAJOVICH, Laura; ROTH, Laura; SALINA, Raul. *El costo social y económico de la prisión preventiva en la Argentina*. Documento de Trabajo n° 29, CIPPEC, Buenos Aires, setembro de 2009, p. 9.

sentido, entende-se que a perspectiva de custos poderá ser uma aliada para a discussão da prisão provisória no plano dos direitos humanos e, deste ângulo de análise, ela será inserida neste capítulo.

Há certa dificuldade em se encontrar análises confiáveis que quantifiquem os custos da prisão provisória.⁷⁶¹ Dentre outros motivos, isso se dá devido à inexistência ou escassez de dados estatais precisos e desagregados sobre sistemas prisionais e prisão preventiva (conforme já apontado no capítulo 1), além da dificuldade de quantificação da informação existente.⁷⁶² Alguns países americanos, como Argentina, México, Chile e Bolívia, possuem estudos que quantificam estes impactos, estimados em milhões de dólares por ano.⁷⁶³

É certo que a prisão provisória implica custos para o acusado e seus familiares relacionados à perda de emprego, renda, educação (custos indiretos), bem com relativos aos gastos pessoais (alimentação, roupas, medicamentos), legais (honorários advocatícios, despesas processuais), e extra-legais (por exemplo, pagamento de subornos). Além disso, a prisão provisória excessiva produz impactos econômicos de extensa magnitude sobre comunidades e Estados, implicando em custos: com a manutenção dos presos, administração dos estabelecimentos prisionais e com o sistema de justiça criminal (custos diretos);

⁷⁶¹ Open Society Institute. *The Socioeconomic Impact of Pretrial Detention: A Global Campaign for Pretrial Justice Report*. New York: Open Society Justice Initiative and United Nations Development Program, 2011, p. 27.

⁷⁶² Esta é uma realidade no Brasil, onde os custos da prisão preventiva ainda não foram objeto de estudo e pesquisa. Julita Lemgruber e Marcia Fernandes fazem uma ligeira estimativa do quanto custa ao Estado a manutenção de cada preso provisório no Brasil. Considerando que, em 2008, um preso no Estado custava em média R\$ 1.500,00 por mês e que grande parte dos acusados no Rio de Janeiro permanece presa por cerca de três a quatro meses até a audiência de instrução e julgamento, apontam que "cada acusado em prisão provisória pode custar aos cofres públicos algo como 6 mil reais": LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia. *Impacto da Assistência Jurídica a presos provisórios: um experimento na cidade do Rio de Janeiro*, p. 31. No México, Guillermo Lecuona descreve as dificuldades encontradas para a investigação dos custos da prisão preventiva, coincidentes com o contexto brasileiro: a literatura sobre custos institucionais no México é reduzida; não existe informação desagregada em matéria penitenciária e prisão preventiva; a informação existente é de difícil mensuração; necessidade de trabalho de campo para obter certas variáveis. Em razão destas dificuldades, foi necessário um apoio em estudos realizados por organizações internacionais, a consideração de fontes secundárias de informação, a exclusão de determinadas variáveis subjetivas, insuficientemente quantificadas e a adoção de cenários conservadores: LECUONA, Guillermo Zepeda. *Mitos y costos económicos de la prisión preventiva en México*. In: VILLANUEVA, Gabriel Cavazos; BOCANEGRA, Martín Carlos Sánchez; TOMASINI-JOSHI, Denise (coords). *Retos de la Reforma Penal: equilibrando la presunción de la inocencia y la seguridad pública*. México: Institución Renace: Cátedra Estado de Derecho de la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey (EGAP), 2009.

⁷⁶³ Open Society Institute. *The Socioeconomic Impact of Pretrial Detention: A Global Campaign for Pretrial Justice Report*. New York: Open Society Justice Initiative and United Nations Development Program, 2011, pp. 28-31.

relativos à redução de receita, produtividade perdida e enfermidades transmitidas à comunidade (custos indiretos); e em razão do investimento de menos recursos para outros programas sociais (custos de oportunidade).

Os gastos com a prisão preventiva, especialmente em países pobres, onde em geral os pressupostos públicos não são suficientes para suprir as necessidades básicas dos cidadãos, representam um alto custo de oportunidade, implicando em menores recursos para os serviços essenciais de saúde, educação e moradia.⁷⁶⁴ Além disso, os gastos em prisões poderiam ser utilizados de maneira mais eficiente para políticas de prevenção do delito diferenciadas e para o incremento do quadro de policiais e equipamentos de investigação.⁷⁶⁵

Segundo o Instituto para a Segurança e a Democracia (organização mexicana), os países europeus gastam aproximadamente 19,2 bilhões de euros por ano com a prisão preventiva, o que equivale ao orçamento das Nações Unidas relativo a um período de 10 anos.⁷⁶⁶ Em 2010, o custo anual do governo federal nos Estados Unidos para manter uma pessoa presa foi estimado em US\$ 28,284.16, sendo que o custo diário com um condenado no mesmo ano foi de US\$ 77,49 e para se manter um acusado em prisão preventiva foi de US\$ 70,56.⁷⁶⁷

De acordo com pesquisa conduzida no México por Guillermo Lecuona, o custo total da prisão preventiva, consoante dados de 2006 (quando a população de presos provisórios no país era de 92.265 mil pessoas), foi estimado em mais de 9,750 milhões de pesos anuais, o que corresponde à renda de cerca de 91 mil famílias mexicanas e equivale a 62% dos gastos federais programáveis para a segurança pública em 2006.⁷⁶⁸ Este valor abrange os custos para os presos

⁷⁶⁴ SCHÖNTEICH, Martin. The scale and consequences of the pretrial detention around the world. In: *Justice Initiatives: Pretrial Detention*. New York: Open Society Institute, 2008, p. 33.

⁷⁶⁵ SCHÖNTEICH, Martin. Op.cit., p. 33. CHISHOLM, John. Benefit-Cost Analysis and Crime Prevention. In: *Trends and Issues in Crime and Criminal Justice*, n. 147, february 2000, Australian Institute of Criminology. Disponível em: <http://www.aic.gov.au/publications/current%20series/tandi/141-160/tandi147.html>, acesso em 19-06-2013.

⁷⁶⁶ Instituto para la Seguridad y la Democracia. *El problema de la prisión preventiva*. Disponível em <http://www.insyde.org.mx/expages/problemaprision.asp>, acesso em 27-05-2013.

⁷⁶⁷ Costs of Incarceration and Supervision in FY 2010. *The Third Branch News*, United States Courts, june 23, 2011. Disponível em: http://www.uscourts.gov/news/newsView/11-06-23/Newly_Available_Costs_of_Incarceration_and_Supervision_in_FY_2010.aspx, acesso em 19-06-2013.

⁷⁶⁸ O cálculo total da prisão preventiva abarcou: os custos para os presos (laborais - ausência de atividade econômica; risco de morte e enfermidades; pagamentos à previdência social de empregados; pagamentos extra-legais - corrupção); os custos para as famílias (auxílio na manutenção dos presos; tempo de visita aos presos; pagamentos a advogados; pagamentos extra-legais - corrupção); custos para o Estado (manutenção dos presos; processo penal; assistência

provisórios, de mais de 2 milhões de pesos; para as famílias dos presos, cerca de 1,9 milhões de pesos ao ano; para o Estado mexicano 5,8 milhões; e, para a comunidade, 1,4 milhões. Esta estimativa, consoante Lecuona, é conservadora, subestima o custo real da prisão preventiva no país e não inclui custos relevantes relativos à infra-estrutura dos estabelecimentos carcerários nem aos danos morais causados ao preso e suas famílias.⁷⁶⁹

Em 2009, com a continuidade da pesquisa, o mesmo autor estimou que os gastos estatais apenas com alimentação e vestuário para a população de mais de 95 mil presos provisórios no México, foi de treze milhões de pesos por dia.⁷⁷⁰ A conclusão é de que os crescentes gastos com a manutenção do hiperinflado sistema carcerário mexicano vem desviando recursos públicos que deveriam ser destinados à prevenção do delito e ao serviço de inteligência policial: em 2009, o governo federal destinou às prisões federais quase quatro milhões de pesos (7% da verba federal relativa à segurança e à justiça penal) e, no âmbito estadual, foram destinados 67 milhões de pesos ao sistema prisional (24% da receita relativa à segurança e justiça penal).⁷⁷¹

Na Argentina, segundo pesquisa realizada em 2009, o custo anual da prisão preventiva foi estimado em 435,2 milhões de pesos, englobando: (i) os custos para o preso (custos de oportunidade em matéria laboral, pelo risco de morte e enfermidades no interior do cárcere, pela perda de contribuições feitas pelo empregador para programa de previdência social, e em razão de pagamentos extra-legais); (ii) custos para as famílias (custos de manutenção do preso, em tempo investido em visitas, com pagamentos extra-legais e a advogados); e (iii) custos para o Estado (custos com a manutenção dos presos, o processo penal, a defesa pública e com a atenção dispensada a portadores do HIV após terem contraído o vírus na prisão).⁷⁷²

médica a familiares dos presos; contribuição de empregadores à previdência social); os custos para a comunidade (serviços de organizações sociais; produtividade): LECUONA, Guillermo Zepeda. *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*. México: Open Society Initiative, 2009, pp. 17 e 18.

⁷⁶⁹ LECUONA, Guillermo Zepeda. *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*. México: Open Society Initiative, 2009, pp. 39-40.

⁷⁷⁰ LECUONA, Guillermo Zepeda. *Los mitos de la prisión preventiva en México*. México: Open Society Institute, 2009, pp. 10-11.

⁷⁷¹ LECUONA, Guillermo Zepeda. *Los mitos de la prisión preventiva en México*. México: Open Society Initiative, 2009. p. 15.

⁷⁷² DERDOY, Malena; VALLE, Mariano Fernandez; FREEDMAN, Diego; MALAJOVICH, Laura; ROTH, Laura; SALINA, Raul. *El costo social y económico de la prisión preventiva en la Argentina*. Documento de Trabajo n° 29, CIPPEC, Buenos Aires, setembro de 2009, p. 23.

Na divisão de custos, a mesma pesquisa apontou que 68% deles consistem em custos para o Estado argentino, 20% para as famílias e 12% para os presos, destacando que a estimativa feita subestima consideravelmente o impacto sobre as pessoas encarceradas e suas famílias, na medida em que não quantifica os custos relativos aos danos morais, à estigmatização e à interrupção do projeto de vida de milhares de pessoas.⁷⁷³ O estudo acusou uma perda de montante de rendimentos por presos provisórios próximo de quarenta milhões de pesos por ano, e, relativo às expensas extra-legais, em cerca de 9 milhões de pesos. O total de custos diretos das famílias foi estimado em 88,7 milhões de pesos por ano. O custo estatal diário com a manutenção de cada preso provisório foi estimado em 130 pesos e o custo anual total para a manutenção de toda a população de presos provisórios foi de 256,6 milhões de pesos.

Em síntese, a prisão provisória excessiva implica para o Estado maiores custos, ingressos mais reduzidos e uma diminuição de recursos para programas e serviços sociais essenciais, como saúde, educação e moradia. É forçoso concluir que os Estados investem em prisões que prejudicam o desenvolvimento social e econômico, valendo-se de recursos que poderiam ser aproveitados para a educação, para políticas de prevenção do crime, inclusive com a assistência jurídica dos desfavorecidos economicamente.

Por fim, também é fundamental se ter em vista a extensão e complexidade dos impactos sociais da prisão preventiva em termos de incremento da violência, de práticas corruptas e também de propagação de doenças.

A prisão provisória é um fator de reprodução do crime, atuando como um multiplicador da violência. Há que se ter em vista a influência criminógena do cárcere, o estigma e as restrições que a prisão pode acarretar para a vida futura do imputado e o impacto social que poderá causar em termos de reiteração delitiva. A prisão provisória, ao separar o acusado de sua família e da sociedade, obrigá-lo a suportar toda sorte de privações, insegurança pessoal e sofrimentos permanentes, impedir a manutenção de sua fonte de trabalho remunerado e obstaculizar a sua educação, contribui para o aumento dos níveis de insegurança - entendida no

⁷⁷³ Ibid., p. 24.

sentido de insegurança cidadã ou dos direitos - e cria as condições para a reiteração delitiva.⁷⁷⁴

É preciso se inverter o ponto de vista corrente e considerar que as sociedades não estarão mais seguras quando pessoas pobres, acusadas muitas vezes de delitos de reduzida gravidade e ofensividade, são presas por longo período de tempo antes da condenação, mas que poderão vir a incrementar a taxa de criminalidade ao retornarem ao convívio social, após a experiência dolorosa e violenta do cárcere, com poucas chances de manter uma vida digna. A violência praticada dentro do sistema carcerário e seus impactos, inclusive extra-muros, ficam em geral fora do âmbito das discussões sobre segurança pública, construindo-se assim diferentes categorias de cidadãos e vítimas.⁷⁷⁵ Elías Carranza aponta, com base em investigação patrocinada pelo ILANUD, que as mortes por homicídio no interior das prisões na América Latina ocorrem em uma relação 25 vezes mais alta do que a vida em liberdade e que o número de mortes por suicídio é, pelo menos, oito vezes mais alto.⁷⁷⁶

Outro problema grave, que prospera em retroalimentação com as prisões preventivas prolongadas, é a corrupção. A etapa de investigação policial é particularmente vulnerável às práticas corruptas, pois em geral possui menos visibilidade e fiscalização, estando sujeita à maior discricionariedade e à atuação de funcionários mal remunerados. Os presos provisórios ficam muitas vezes à mercê das autoridades carcerárias, notadamente quando o advogado de defesa não se faz presente, estando sujeitos a subornos para ter acesso a alimentos, medicamentos e visitas de familiares, e também para evitar a tortura e outras violações de direitos humanos.⁷⁷⁷

⁷⁷⁴ VITALE, Gustavo L. Un proceso penal sin prisión (base mínima para el juicio justo y previo a la pena). In: VITALE, Gustavo L.; GARCÍA, Gerardo Nicolás (compiladores). *Abolicionismo de la prisión sin condena: una corriente latinoamericana en siglo XXI*. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 03.

⁷⁷⁵ DERDOY, Malena; VALLE, Mariano Fernandez; FREEDMAN, Diego; MALAJOVICH, Laura; ROTH, Laura; SALINA, Raul. *El costo social y económico de la prisión preventiva en la Argentina*. Documento de Trabajo n° 29, CIPPEC, Buenos Aires, setembro de 2009, p. 8.

⁷⁷⁶ LUCERO CARRANZA, Elías. Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa. *Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, año 11, n° 16, mayo, 1999, p. 65.

⁷⁷⁷ Open Society Institute. *Pretrial detention and corruption*. In: *Open Society Initiative: The Global Campaign for Pretrial Justice*. Disponível em: <http://www.opensocietyfoundations.org/publications/pretrial-detention-and-corruption-unable-pay-bribes-millions-languish-detention>, acesso em 14-03-2013.

A corrupção encontra-se profundamente enraizada na prática dos estabelecimentos carcerários dos países americanos: a ausência de controles institucionais e de transparência na administração penitenciária, bem como a insuficiência de recursos para o seu funcionamento e de pessoal capacitado, motivado e bem remunerado, fez com que, na maioria dos países da região, se tenha assentado uma cultura de corrupção, vista como uma prática normal que administra e gere o cotidiano e a sobrevivência nos cárceres.⁷⁷⁸ As práticas corruptas que estão em geral associadas à prisão preventiva atingem não apenas os presos provisórios e suas famílias, que estão sujeitos a pagar pelos serviços e direitos mais básicos, mas também afetam a credibilidade do sistema judicial e impactam a sociedade, que paga o preço em prisões desnecessárias, maiores custos de saúde pública, aproveitamento inadequado de recursos públicos, obstaculização do desenvolvimento social e econômico e aprofundamento da pobreza.⁷⁷⁹

Ademais, o uso abusivo da prisão preventiva em todo o mundo consiste também num problema de saúde pública⁷⁸⁰, que implica em extensos gastos para a sociedade e para o Estado. A prisão provisória, sobretudo em ambientes de superlotação carcerária, tem a potência de disseminar doenças infecto-contagiosas como tuberculose, AIDS e hepatite C, não apenas entre os presos, mas também àqueles que transitam nos estabelecimentos de custódia, como funcionários e visitantes, e, conseqüentemente, à sua comunidade.

Conforme se discutirá a seguir, a prisão provisória ainda promove a exclusão social, tratando de forma discriminatória e impactando de forma ainda mais dolorosa as pessoas pertencentes aos grupos sociais mais vulneráveis.

6.2

Vulnerabilidade, exclusão e invisibilidade social do preso provisório

⁷⁷⁸ CIDH. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, parágrafos 182 a 185.

⁷⁷⁹ Open Society Institute. Pretrial detention and corruption. In: *Open Society Justice Initiative: The Global Campaign for Pretrial Justice*. Disponível em: <http://www.opensocietyfoundations.org/publications/pretrial-detention-and-corruption-unable-pay-bribes-millions-languish-detention>, acesso em 14-03-2013.

⁷⁸⁰ Open Society Foundations. *Pretrial Detention and Health: Unintended Consequences, Deadly Results. Literature Review and Recommendations for Health Professionals*. 2011. Disponível em: <http://www.opensocietyfoundations.org/reports/pretrial-detention-and-health-unintended-consequences-deadly-results>, acesso em 16-03-2013.

Percebe-se que é possível apontar com clareza os efeitos negativos e perversos da prisão provisória, ainda que seja difícil mensurá-los. Da mesma forma, não há dúvidas sobre o perfil de vulnerabilidade característico dos imputados presos e dos impactos diferenciados da prisão provisória sobre eles.

Não obstante existam variações em relação a países, os presos provisórios pertencerem em geral às camadas sociais mais pauperizadas, são cidadãos de pouca ou nenhuma instrução, desempregados ou em situação de trabalho informal, vindos de uma estrutura familiar frágil.⁷⁸¹ Além disso, pertencem em geral a grupos mais expostos à exclusão, marginalização e não integração à sociedade, como pessoas doentes e portadoras de deficiências físicas ou mentais, homossexuais, bissexuais e transexuais, estrangeiros, e pessoas pertencentes a minorias religiosas e étnicas.⁷⁸²

Estudos recentes realizados com o fim de identificar as características demográficas da população carcerária indicam que há uma prevalência de pessoas pobres, que não tiveram acesso à assistência jurídica adequada; muitos são acusados de delitos afiançáveis e que permaneceram presos por não possuírem condições financeiras de arcar com o pagamento da fiança estabelecida; muitos cometeram delitos no nível mais baixo da escala delitiva, possuindo baixo grau de periculosidade; alguns estão presos por questões não-penais relativas à migração, tem enfermidades mentais ou terminais, ou foram presos ilegalmente; muitos permaneceram presos esperando sentença por mais tempo do que deveriam.⁷⁸³

Conforme apontado no capítulo 1, não há no Brasil dados oficiais específicos sobre as características e o perfil dos presos provisórios, nem especificação sobre as imputações, ou seja, sobre a espécie e natureza dos crimes que lhe são atribuídos. Há apenas a referência à população masculina e feminina de presos provisórios custodiados no sistema penitenciário e nas delegacias de polícia. Através de uma aproximação feita através do perfil de condenados presos no sistema penitenciário, disponível no site do Ministério da Justiça em dezembro

⁷⁸¹ Open Society Institute. *The Socioeconomic Impact of Pretrial Detention: A Global Campaign for Pretrial Justice Report*. New York: Open Society Justice Initiative and United Nations Development Program, 2011, p. 22.

⁷⁸² Ibid. p. 23.

⁷⁸³ STAPLETON, Adam. Herramientas útiles de medición de la prisión preventiva. In: VILLANUEVA, Gabriel Cavazos; BOCANEGRA, Martín Carlos Sánchez; TOMASINI-JOSHI, Denise (coords). *Retos de la Reforma Penal: equilibrando la presunción de la inocencia y la seguridad pública*. México: Institución Renace: Cátedra Estado de Derecho de la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey (EGAP), 2009, p. 49.

de 2012, é possível constatar-se que os presos são, em sua maioria, homens, jovens (18 a 29 anos), solteiros, com ensino fundamental incompleto, pardos, condenados majoritariamente por crimes de roubo e furto (49%), e por tráfico de drogas (25.33%).⁷⁸⁴

O perfil do preso no Brasil coincide com o de outros países da América Latina. Em Estados como El Salvador, Peru e Chile, a maioria dos presos são processados ou cumprem pena por crimes contra a propriedade, e há considerável porcentagem de presos por tráfico de drogas⁷⁸⁵, fenômeno que também se repete no México⁷⁸⁶ e na Argentina⁷⁸⁷.

A experiência do contato próximo com a realidade do sistema penal contribui para a identificação mais clara do perfil do preso provisório no Brasil. A pesquisa desenvolvida pela Associação para a Reforma Prisional, já citada aqui, descreve os presos custodiados nas delegacias da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro que foram alvo do projeto: homens pobres, muitos moradores de rua, usuários de *crack* e/ou portadores de transtornos mentais, acusados de cometer crimes sem gravidade ou violência, em sua maioria, pequenos furtos.⁷⁸⁸

Da mesma forma, a experiência da Defensoria Pública é capaz de identificar o perfil de sofrimento que é a marca do encarceramento provisório no Brasil:

"Nas Defensorias Públicas das Varas Criminais pelas quais a subscritora passou no exercício profissional, restou visível que o grande encarceramento começa, na realidade,

⁷⁸⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Relatório Estatístico - Analítico do Sistema Prisional Nacional (dezembro de 2012). Disponível em <http://portal.mj.gov.br>, acesso em 10-03-2013.

⁷⁸⁵ DAMMERT, Lucía; ZÚÑIGA, Liza. *La cárcel: problemas y desafíos para las Américas*. Santiago, Chile: FLACSO, 2008, p. 70.

⁷⁸⁶ LECUONA, Guillermo Zepeda. *Los mitos de la prisión preventiva en México*. México: Open Society Initiative, 2009.

⁷⁸⁷ Na Argentina, o perfil das pessoas presas nos cárceres federais e provinciais aproxima-se do perfil do preso no Brasil, em muitos outros aspectos: 40% dos presos são condenados, 59% são processados (provisórios) e 1% são inimputáveis; 95% são homens e 5% são mulheres; 27% tem entre 18 e 24 anos e 41% tem entre 25 e 34 anos; 94% são nacionais e 6% são estrangeiros; 75% tem educação primária completa ou menos; são acusados ou cumprem pena em sua maioria por roubo e furto, consumados ou tentados, que juntamente com as infrações relativas a entorpecentes, totalizam 60% do total de crimes; 67% dos condenados são primários; e 68% das condenações estabelecem penas inferiores a 9 anos, sendo que 34% são relativas a penas entre 3 e 6 anos de privação de liberdade; no momento da prisão, 40% se encontrava desocupada, 41% trabalhava algumas horas por semana e apenas 19% tinha trabalho em tempo integral; 51% não tinha emprego ou profissão: PACECCA, María Inés (coord.). *Detenidos y familiares: el doble castigo del sistema penal*. In: PACECCA, María Inés (coord.). *Prevenir no es curar. La prisión preventiva en Argentina: prácticas y discursos*. Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles, 2012, p. 22.

⁷⁸⁸ LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia. *Impacto da Assistência Jurídica a presos provisórios: um experimento na cidade do Rio de Janeiro*, p. 52.

com as prisões denominadas cautelares, as provisórias. (...) Todos os acusados, e não eram poucos, chegavam presos às Varas Criminais. Na maioria presos por roubo, pequenos furtos e tráfico. Todos, sem exceção, possuíam o mesmo perfil, a mesma forma de se apresentar: o andar e o olhar silenciosos e humilhados, gestos angustiados, mas conformados, e traços físicos idênticos: cor, corte de cabelo; ou seja, eram eles os suspeitos de sempre."⁷⁸⁹

As mulheres constituem grupo vulnerável atingido pela prisão provisória em todo o mundo, população que vem crescendo com rapidez: em alguns países, observa-se que grande parte das mulheres presas não foram sentenciadas, sendo que, em outros, a prisão cautelar de mulheres supera a masculina.⁷⁹⁰

Roy Walmsley aponta que a população prisional feminina vem crescendo nos cinco continentes, e que os países que mais encarceram mulheres em todo mundo são Estados Unidos (201.200 presas), China (onde há 84.600 presas provisórias), Rússia (59.200 presas), Brasil (35.596 presas) e Tailândia (29.175 presas), seguidos por Índia, Vietnã (12.591 presas provisórias), México, Ucrânia e Filipinas.⁷⁹¹

Na Europa, Gorski e Rivera Beiras⁷⁹² observam que as subjetividades cativas das últimas décadas são constitutivas de grupos de pessoas especialmente vulneráveis, como jovens, mulheres e estrangeiros. No continente americano, existe uma alta porcentagem de mulheres em prisões provisórias: na Argentina, cerca de 58% das mulheres encarceradas se encontram em prisão preventiva, e no

⁷⁸⁹ BALDEZ, Maria Ignez. Dispositivos legais desencarceradores. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 333.

⁷⁹⁰ Na Bolívia, um estudo da *Quaker United Nations Office*, realizado em 2005, mostrou que 77% das mulheres presas se encontravam em prisão preventiva. Na Índia, estudo realizado pela *Penal Reform and Justice Association* em 2000 acusou que mais de 70% das presas se encontravam custodiadas provisoriamente; na Escócia, dados estatísticos de 2007 acusavam que 25% da população feminina total diária em prisão ali estava por prisão preventiva, em comparação com 17% do total diário de homens na mesma condição. Na Inglaterra e país de Gales, entre 1992 a 2002, houve um incremento de 196% no número de mulheres que ingressaram no cárcere através de prisão preventiva, em comparação com 52% de incremento no número de homens na mesma condição: TOWNHEAD, Laurel. *La detención preventiva de la mujer y el impacto en sus hijos*. Genebra: Quaker United Nations Office, fevereiro de 2007, pp. 09-10. Disponível em: <http://www.quno.org/humanrights/women-in-prison/womenPrisonLinks.htm>. Acesso em 10-01-2012.

⁷⁹¹ WALMSLEY, Roy. *World Female Imprisonment List (Women and girls in penal institutions, including pre-trial detainees/remand prisoners)*. London: International Centre for Prison Studies (ICPS), University of Essex, 2012. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/publications/list.html>, acesso em 28-03-2012.

⁷⁹² GORSKI, Héctor C. Silveira; RIVERA BEIRAS, Iñaki. La biopolítica ante los flujos migratorios y el universo carcelario. Una reflexión sobre el regreso de los "campos" en Europa. In: BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki; BOMBINI, Gabriel (comp.). *Violencia y sistema penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2008, p. 22.

Peru, esta taxa corresponde a 61% das presas.⁷⁹³ No Brasil, conforme apontado no capítulo 1, aproximadamente 40% das mulheres encarceradas são presas provisórias.

Sobre o perfil da mulher encarcerada no Brasil, estudo realizado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres⁷⁹⁴ aponta que a presa brasileira é jovem, mãe solteira, afro-descendente, em sua maioria condenada por tráfico de drogas, ainda que em geral ocupe uma posição secundária na estrutura do narcotráfico.⁷⁹⁵ Antes de serem presas, moravam com seus filhos, e buscam na prisão manter os vínculos familiares, inclusive revertendo para a família a verba remuneratória eventualmente recebida dentro do cárcere. Para tanto, preferem muitas vezes permanecer em cadeias públicas superlotadas e insalubres, sem acesso a direitos, trabalho e cursos profissionalizantes, mas próximas da família e com maiores possibilidades de receber visitas. A tutela de um percentual expressivo dos filhos de mulheres encarceradas no Brasil é transferida aos avós maternos, indicando que, em geral, é a família da mulher que assume a criação dos filhos. As mulheres presas são mais abandonadas, recebendo pouca ou nenhuma visita da família e principalmente de cônjuges e companheiros, ao contrário dos homens presos que são regularmente visitados. O direito à visita íntima não é garantido às mulheres na maioria dos presídios femininos brasileiros, ao contrário dos homens, a quem em geral se garante este direito. Esta é uma realidade da mulher encarcerada não apenas no Brasil, mas também em muitos países da América Latina.⁷⁹⁶

Seguindo-se uma tendência verificada no continente americano, existe no Brasil uma relação estreita entre o encarceramento de mulheres e delitos relacionados ao tráfico de drogas. Em grande parte dos países americanos, a

⁷⁹³ Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas. Informe presentado en el 146º período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington, DC, 1 de noviembre de 2012), p. 14.

⁷⁹⁴ BRASIL. Presidência da República. Ministério da Justiça. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Grupo de Trabalho Interministerial. Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino. Relatório Final. Brasília, dezembro de 2007, p. 35. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen>, acesso em 10-03-2013.

⁷⁹⁵ As mulheres em geral atuam como pequenos traficantes, muitas vezes apoiando seus companheiros e levando drogas àqueles que estão presos: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14913:tráfico-de-drogas-esta-ligado-a-70-das-prisoas-de-mulheres-no-brasil>, acesso em 12-11-2011.

⁷⁹⁶ Conforme aponta CASTRO, Lola Aniyar de. El pecado de Eva: ls mujeres infractoras. Impacto y amplificación de los efectos de la pena. In: CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminología de los derechos humanos: criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010, p. 215.

maioria das mulheres estão presas por delitos desta natureza: na Argentina, elas correspondem a aproximadamente 70% das mulheres encarceradas no sistema penitenciário federal; no Peru, cerca de 63.5%, e no Brasil, 62%.⁷⁹⁷ Na Venezuela, conforme aponta Aniyar de Castro, a proporção de mulheres encarceradas por delitos relacionados às drogas é, em todo o país, maior do que a de homens.⁷⁹⁸

Em muitos países da América Latina, as mulheres, ainda que denunciadas por delitos relacionados às drogas, raramente são as protagonistas do narcotráfico.⁷⁹⁹ Na cadeia de produção, distribuição e comercialização de drogas, as mulheres ocupam em geral as posições inferiores, onde não manejam grandes quantidades de substâncias ilícitas, dinheiro ou informação, mas onde estão mais expostas às delações e à atividade persecutória do Estado.⁸⁰⁰ As políticas que reforçam estereótipos sobre gênero e criminalizam atividades frequentemente realizadas por mulheres (como aborto, prostituição e atividades relacionados ao comércio sexual e ambulante ilegal) também contribuem para o abuso da prisão preventiva na região.⁸⁰¹

A criminologia feminista assinala que as mulheres são objeto de um controle social ainda mais severo que o infligido aos homens, exercido deste cedo através de instituições como a família, a escola e a religião, que se estenderá ao longo da vida. Ainda que as mulheres encarceradas representem em geral um grupo menor do que o de homens na mesma condição, elas se caracterizam por uma especial vulnerabilidade, que diz respeito a três fatores: foram presas por delitos contra a propriedade e relacionados às drogas (delitos de pessoas "sem poder"); viveram na pobreza durante grande parte de suas vidas; e pertencem

⁷⁹⁷ Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas. Informe presentado en el 146º período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington, DC, 1 de noviembre de 2012), p. 13. Este dado sobre a situação brasileira foi obtido através de organizações não-governamentais envolvidas com a elaboração do relatório e não através dos dados do DEPEN, que não fornecem tais informações.

⁷⁹⁸ CASTRO, Lola Aniyar de. El pecado de Eva: ls mujeres infractoras. Impacto y amplificación de los efectos de la pena. In: CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminología de los derechos humanos: criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010, p. 212.

⁷⁹⁹ Open Society Institute. Mujeres y Prisión Preventiva: presuntas inocentes sufriendo castigos anticipados y abusos. In: *Open Society Justice Initiative: Campaña Global para La Justicia Previa al Juicio - Región América Latina*, 2009.

⁸⁰⁰ PACECCA, María Inés. Detenidos y familiares: el doble castigo del sistema penal. In: PACECCA, María Inés (coord.). *Prevenir no es curar. La prisión preventiva en Argentina: prácticas y discursos*. Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles, 2012, p. 30

⁸⁰¹ Open Society Institute. Mujeres y Prisión Preventiva: presuntas inocentes sufriendo castigos anticipados y abusos. In: *Open Society Justice Initiative: Campaña Global para La Justicia Previa al Juicio - Región América Latina*, 2009.

muitas vezes a grupos étnicos minoritários.⁸⁰² Na América Latina, muitas delas são estrangeiras, indígenas, pobres e analfabetas, o que faz com que a discriminação sofrida se multiplique através de outras formas de vulnerabilidade.⁸⁰³

Além disso, as mulheres encarceradas são vítimas de uma condenação moral exacerbada, que as considera duplamente desviadas: por terem infringido a lei penal e por terem violado o seu dever inerente ao gênero, como esposa e mãe.⁸⁰⁴ Lola Aniyar de Castro assevera que grande quantidade das mulheres encarceradas na América Latina são prostitutas, alcoólatras ou consideradas de conduta "desordenada", o que a faz pensar que *é a violação das normas socio-religiosas ordenadoras de seu papel sexual que determina a reação social que as conduz à prisão*.⁸⁰⁵

A especial vulnerabilidade da mulher presa caracteriza-se, notadamente, pela intensidade da dor causada em razão da ruptura dos laços com os filhos, com a quebra da estrutura familiar e do isolamento e abandono que sofrem no cárcere.⁸⁰⁶

É preciso considerar os impactos físicos, emocionais e sociais extremos e duradouros do encarceramento de mulheres. Há certos aspectos da prisão provisória que as atingem com maior intensidade do que aos homens, como o contato restrito com a família, especialmente com relação àquelas que possuem filhos. As mulheres encarceradas possuem necessidades específicas, que são em

⁸⁰² GORSKI, Héctor C. Silveira; RIVERA BEIRAS, Iñaki. La biopolítica ante los flujos migratorios y el universo carcelario. Una reflexión sobre el regreso de los "campos" en Europa. In: BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki; BOMBINI, Gabriel (comp.). *Violencia y sistema penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2008, p. 22.

⁸⁰³ CASTRO, Lola Aniyar de. El pecado de Eva: ls mujeres infractoras. Impacto y ampliación de los efectos de la pena. In: CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminología de los derechos humanos: criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010, p. 212. Por exemplo, na Argentina, 40% das presas no sistema penitenciário federal em 2008 eram estrangeiras, acusadas de crimes contra a lei de estupefacientes, que não tinham domicílio em seu nome: DERDOY, Malena; VALLE, Mariano Fernandez; FREEDMAN, Diego; MALAJOVICH, Laura; ROTH, Laura; SALINA, Raul. *El costo social y económico de la prisión preventiva en la Argentina*. Documento de Trabajo n° 29, CIPPEC, Buenos Aires, setembro de 2009, p. 8.

⁸⁰⁴ GORSKI, Héctor C. Silveira; RIVERA BEIRAS, Iñaki. La biopolítica ante los flujos migratorios y el universo carcelario. Una reflexión sobre el regreso de los "campos" en Europa. In: BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki; BOMBINI, Gabriel (comp.). *Violencia y sistema penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2008, p. 22.

⁸⁰⁵ CASTRO, Lola Aniyar de. El pecado de Eva: ls mujeres infractoras. Impacto y ampliación de los efectos de la pena. In: CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminología de los derechos humanos: criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010, p. 205.

⁸⁰⁶ MARTINS, Dora. Mulheres encarceradas e a CIDH. *Juízes para a Democracia*, São Paulo, v. 11, n. 40, dez.2006/fev. 2007, p. 10.

geral negligenciadas e que estão relacionadas com a gravidez, a amamentação, com a responsabilidade e o cuidado com as crianças, com sua saúde mental e emocional e a dificuldade de acesso aos serviços de saúde.⁸⁰⁷ Em geral, as presas provisórias não contam com serviços de saúde especializados e estão sob constante risco de abuso sexual e violência, o que exacerba transtornos mentais e aumenta o risco de contrair HIV e outras doenças.⁸⁰⁸

A prisão preventiva tem distintas implicações para homens e mulheres, no entanto, as instituições legais, as normas jurídicas e as práticas judiciais e penitenciárias em diversos países do continente americano ignoram este impacto diferenciado e tornam invisíveis as demandas de gênero.⁸⁰⁹ Não há, em vários países da região, normas que regulem políticas penitenciárias direcionadas para as mulheres ou estas são amplamente descumpridas.

Além de em geral a população feminina ser inferior à masculina, as mulheres não correspondem ao estereótipo da população carcerária e, desta forma, encontram-se em situação de invisibilidade ainda mais acentuada do que a população carcerária em geral.⁸¹⁰ Além disso, considerando-se que a população carcerária feminina é menor que a masculina, o número de estabelecimentos prisionais para as mulheres é reduzido, o que gera a custódia em locais distantes de sua origem, o que implicará no rompimento do vínculo familiar com seus filhos.⁸¹¹

⁸⁰⁷ TOWNHEAD, Laurel. *La detención preventiva de la mujer y el impacto en sus hijos*, pp. 06-07. No continente americano, verifica-se uma deficiência de assistência médica especializada para mulheres, como a ginecologia: Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas. Informe presentado en el 146° período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington, DC, 1 de noviembre de 2012), p. 13.

⁸⁰⁸ Open Society Foundations. *Pretrial Detention and Health: Unintended Consequences, Deadly Results. Literature Review and Recommendations for Health Professionals*, 2011, p. 48. Disponível em: <http://www.opensocietyfoundations.org/reports/pretrial-detention-and-health-unintended-consequences-deadly-results>, acesso em 16-03-2013.

⁸⁰⁹ Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas. Informe presentado en el 146° período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington, DC, 1 de noviembre de 2012), p. 12.

⁸¹⁰ DAROQUI, Alcira; RANGUGNI, Victoria. Mujeres encarceladas en Argentina, una investigación sociojurídica. In: BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki; BOMBINI, Gabriel (comp.). *Violencia y sistema penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2008, p. 90.

⁸¹¹ Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas. Informe presentado en el 146° período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington, DC, 1 de noviembre de 2012), p. 12.

Com base em pesquisa realizada em unidades do sistema penitenciário da província argentina de Neuquén, a antropóloga Beatriz Kalinsky⁸¹² concluiu que a prisão provisória, ao afastar as mulheres da criação de seus filhos, as coloca num estado de *morte social* no exato momento em que são encarceradas e, que as imputadas reconheciam esta modalidade de prisão imediatamente como lugar de castigo:

*"Como lugar de castigo, muchos relatos muestran que, desde el primer momento, el de la llegada y despojo rápido y mudo de la identidad, la cárcel —como lugar de puro castigo— 'cumple' su función hasta los seis u ocho primeros meses, período en donde estaría más vigente el principio de inocencia. Ellas cuentan que, después de esta etapa de aprendizaje de reglas de convivencia (...) empieza un nuevo momento en que 'se acostumbran', se adaptan y ya la vida se hace cotidiana. En otras palabras, el 'verdadero' castigo sobreviene en ese primer tiempo, que es el que más coincide con el de la 'prisión preventiva.'"*⁸¹³

Ademais, o impacto da prisão de mulheres se estende sobre seus filhos e demais familiares. Assim, o Estado deveria se pautar, no tratamento de mulheres presas, pelo princípio de preservação da família, e assim, da implementação de alternativas ao encarceramento feminino.⁸¹⁴

Além das mulheres, a prisão provisória possui também uma grande e crescente "clientela" de estrangeiros e de pessoas sem cidadania, muitos pertencentes a minorias raciais ou étnicas. O Comitê da ONU para a Eliminação da Discriminação Racial⁸¹⁵ expressou preocupação com o perfil das pessoas em prisão preventiva, verificando que há um número exagerado de estrangeiros, pessoas pertencentes a determinados grupos raciais ou étnicos e, em especial, pessoas sem cidadania: são imigrantes, refugiados, apátridas, indivíduos que

⁸¹² KALINSKY, Beatriz. Antropología de la prisión preventiva. El caso del delito femenino. In: VITALE, Gustavo L.; GARCÍA, Gerardo Nicolás (compiladores). *Abolicionismo de la prisión sin condena: una corriente latinoamericana en el siglo XXI*. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 244.

⁸¹³ Ibid., p. 246.

⁸¹⁴ CASTRO, Lola Aniyar de. El pecado de Eva: las mujeres infractoras. Impacto y ampliación de los efectos de la pena. In: CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminología de los derechos humanos: criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010, p. 216: "El Estado debe evaluar qué prefiere; si tener una reclusa más o una familia menos, menos menores sin el afecto materno o abandonados y en peligro de convertirse también en carne de prisión. A fin de cuentas, estas mujeres lo que hacen es convalidar su rol sexual: dar familia, recursos a los niños y ancianos de los que deben responsabilizarse. Si esas no son las motivaciones de su infracción, entonces la jueza debería evaluar si lo que se está castigando es la ruptura del rol".

⁸¹⁵ ONU. Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (2005). Comentário Geral n. 31 sobre a Prevenção da Discriminação Racial na Administração e Funcionamento do Sistema de Justiça Penal, preâmbulo e parágrafo 1.III.2.

buscam asilo em outro país, indígenas⁸¹⁶ e outras pessoas discriminadas por sua descendência. Também se reconheceu que as mulheres e as crianças pertencentes a tais grupos minoritários tem mais possibilidades de sofrer discriminação múltipla, ou seja, não apenas em razão do sexo, mas também da raça, ascendência ou outra variante discriminatória.

Na Europa, a sobre-representação de estrangeiros encarcerados em países como Alemanha, Espanha, França, Itália e Grécia, está intimamente relacionada com uma política que controla penalmente os fluxos migratórios, através da militarização das fronteiras, de expulsões generalizadas e encarceramento massivo daqueles estrangeiros que não podem ser expulsos.⁸¹⁷

Conforme apontado, o número de presos estrangeiros no Brasil, migrantes ou não, é reduzido - são 3.284 presos, o que corresponde a aproximadamente 0,6% do total de presos no sistema penitenciário nacional - e não há especificação sobre quantos deles são provisórios.⁸¹⁸

A Corte Interamericana, na Opinião Consultiva OC-18/03⁸¹⁹ reconhece que, em geral, os migrantes encontram-se em situação de vulnerabilidade como sujeitos de direitos, caracterizada por uma condição individual de ausência ou diferença de poder em relação aos nacionais ou estrangeiros residentes. Esta condição tem um componente ideológico, difere de acordo com o contexto histórico estatal, e é mantida pelos Estados através de situações de direito (desigualdades legais) e de fato (desigualdades estruturais), que conduzem à fixação de diferenças no acesso a serviços estatais. Também é preciso considerar

⁸¹⁶ Nas Américas, não existem estatísticas penais com informações a respeito da população indígena processada criminalmente, e não obstante os avanços normativos em matéria de interculturalidade e garantias processuais em alguns países com diversidade étnica, como Peru, Equador e Bolívia, não há, em matéria de prisão preventiva, qualquer tipo de consideração socio-cultural específica na hora de se definir medidas cautelares para imputados membros de povos indígenas: *Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas. Informe presentado en el 146º período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington, DC, 1 de noviembre de 2012)*, pp. 14-15.

⁸¹⁷ GORSKI, Héctor C. Silveira; RIVERA BEIRAS, Iñaki. La biopolítica ante los flujos migratorios y el universo carcelario. Una reflexión sobre el regreso de los "campos" en Europa. In: BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki; BOMBINI, Gabriel (comp.). *Violencia y sistema penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2008, p. 23.

⁸¹⁸ A maioria dos estrangeiros presos são de nacionalidade americana (1.539 presos, a maioria bolivianos, paraguaios, peruanos, colombianos e chilenos), africana (987 presos) e europeia (613 presos, a maioria espanhóis e portugueses): BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Relatório Estatístico - Analítico do Sistema Prisional Nacional (dezembro de 2012). Disponível em: <http://www.mj.gov.br/depen>, acesso em 20-04-2013.

⁸¹⁹ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Parágrafo 112*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>, acesso em 22-05-2013.

que as pessoas geralmente migram porque, em seu país de origem, seus direitos fundamentais são violados ou negados e que a irregularidade migratória é causada principalmente por obstáculos legais ou administrativos.⁸²⁰

No Brasil, a Constituição de 1988 não se refere, no artigo 5º, *caput*, à tutela dos direitos fundamentais do estrangeiro não-residente; apenas aos brasileiros e estrangeiros residentes. No entanto, de acordo com os princípios do Estado Democrático de Direito consubstanciados no artigo 1º do texto constitucional e em face do reconhecimento dos direitos decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (artigo 5º, §2º, da Constituição), esta restrição não pode ser admitida e atualmente é pacífico na doutrina que os direitos fundamentais estendem-se, consoante imperativo da Convenção Americana e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a todos os estrangeiros, residentes ou não.⁸²¹

De acordo com o censo do IBGE⁸²², divulgado em 2012, o Brasil, em dez anos (2000 - 2010), quase dobrou o número de imigrantes residentes (de 143,6 mil imigrantes em 2000, para 268,5 mil imigrantes em 2010), mas existe um contingente não-mensurável de migrantes irregulares, cuja invisibilidade é potencialmente geradora de violações de direitos humanos.⁸²³

Há elementos importantes para análise do crescimento da prisão provisória de mulheres, estrangeiros e outros grupos vulneráveis. Primeiramente, conforme já apontado, é claro que o incremento da prisão nos dias de hoje se

⁸²⁰ CERNADAS, Pablo Ceriani; MORALES, Diego R. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la condición jurídica y los derechos humanos de los migrantes indocumentados - materiales para recuperar pasos perdidos. Buenos Aires: *Nueva Doctrina Penal*, 2004/B, p. 624.

⁸²¹ RAMOS, André de Carvalho. Direitos dos Estrangeiros no Brasil: a Imigração, Direito de Ingresso e os Direitos dos Estrangeiros em Situação Irregular. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 730.

⁸²² "Em 2010, o país recebeu 268,5 mil imigrantes internacionais, 86,7% a mais do que em 2000 (143,6 mil). Os principais países de origem dos imigrantes foram os Estados Unidos (51,9 mil) e Japão (41,4 mil). Do total de imigrantes internacionais, 174,6 mil (65,0%) eram brasileiros e estavam retornando; já em 2000, foram 87,9 mil imigrantes internacionais de retorno, 61,2% do total dos imigrantes. A migração de retorno dentro do país, referente às pessoas que nasceram no estado em que residiam na data de referência do Censo e que moravam em outra unidade da Federação cinco anos antes, passou de 22,0% do total de migrantes (1,1 milhão de pessoas) para 24,5% dos migrantes (1,2 milhão de pessoas)": http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/resultados_gerais_amostra/default_resultados_gerais_amostra.shtm, acesso em 22-05-2013.

⁸²³ RAMOS, André de Carvalho. Direitos dos Estrangeiros no Brasil: a Imigração, Direito de Ingresso e os Direitos dos Estrangeiros em Situação Irregular. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 731.

deve, em grande parte, à severa criminalização de condutas relacionadas ao narcotráfico e à persecução penal orientada pela política criminal dominante de guerra às drogas, e que mulheres e estrangeiros são frequentemente envolvidos na cadeia do tráfico como pequenos traficantes.

Na América Latina, a política de guerra às drogas nas últimas décadas, em países como Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, México e Peru, impactou fortemente os sistemas de justiça criminal, determinando um grande aumento do número de pessoas encarceradas, muitas detidas por posse de quantidade relativamente pequena de droga, mesmo naqueles Estados onde tal conduta não é ilegal.⁸²⁴ Neste sentido, a vedação da liberdade provisória para pessoas acusadas de tráfico de drogas, determinou, em vários países, um aumento considerável da prisão preventiva, dentre eles, o Brasil.⁸²⁵ Ainda que exista uma tendência nos Estados americanos a questionar a constitucionalidade de tais disposições legais que autorizam a prisão preventiva obrigatória, e que os órgãos do Sistema Interamericano tenham consolidado entendimento de que a gravidade do delito não é critério legítimo para justificar, por si só, a decretação da prisão preventiva, a realidade mostra que a periculosidade – seja do imputado, seja de sua fuga ou de destruição de elementos de prova – ainda é medida pela pretensa gravidade do delito.

Por outro lado, tais grupos minoritários são alvo da prisão provisória porque se encontram em circunstâncias ou condições particulares, que são em geral interpretadas pelos juízes como *indicadores de instabilidade econômico-social* impeditivos da concessão de liberdade durante o processo, mediante pagamento ou não de fiança. Os indicadores mais comuns de estabilidade são a renda (ou emprego) estável e o endereço ou residência fixa. Aqueles que não se encaixam nestas exigências são considerados sem vínculos com sua comunidade, e, assim, mais propensos à fuga, a não arcar com o pagamento de fiança, ou ainda

⁸²⁴ Transnational Institute e Washington Office on Latin America. *Sistemas sobrecargados: leyes de drogas y cárceles en América Latina*. Amsterdam/Washington, dezembro de 2010, p. 6.

⁸²⁵ Na Bolívia, no Equador, no México e no Peru, assim como no Brasil, a legislação veda a liberdade provisória, impondo a prisão preventiva, de maneira obrigatória, para o crime de tráfico de drogas: Transnational Institute e Washington Office on Latin America. *Sistemas sobrecargados: leyes de drogas y cárceles en América Latina*. Amsterdam/Washington, dezembro de 2010, p. 94. No México, a extensa lista de delitos para os quais se vedava a liberdade provisória determinou que a população em prisão preventiva duplicasse entre 1994 e 2004: TOWNHEAD, Laurel. *La detención preventiva de la mujer y el impacto en sus hijos*, p. 18.

à reincidência na prática de crime.⁸²⁶ No Brasil, os juízes em geral condicionam a concessão de liberdade provisória à juntada da Folha de Antecedentes Criminais e à apresentação pela defesa de comprovantes de residência e de exercício de atividade lícita pelo imputado, ainda que não mais consistam em requisitos exigidos pelo Código de Processo Penal.

Tais indicadores têm um impacto profundamente discriminatório: conforme apontado pelo Grupo de Trabalho sobre Prisões Arbitrárias da ONU, *é muito difícil que pessoas sem teto ou residência fixa, dependentes de álcool ou outras drogas, que estão continuamente desempregadas ou que sofrem de problemas psicológicos ou mentais satisfaçam tais critérios, e por isso são mantidas presas antes e durante o processo, enquanto as pessoas com menos desvantagens sociais podem preparar sua defesa em liberdade.*⁸²⁷

As circunstâncias específicas e de vulnerabilidade da pessoa acusada deveriam ser prioritariamente consideradas para fins de identificação individual do risco verdadeiramente existente no caso concreto. As mulheres, demasiadas vezes, estão em situação desvantajosa com relação ao cumprimento das condições exigidas para a concessão de liberdade durante o processo porque são menores as probabilidades de contarem com um emprego fixo e moradia estável em seu nome.⁸²⁸ Esta realidade, presente em sociedades patriarcais e conservadoras, é comum nos países da América Latina. Em geral, as infratoras são jovens, pobres, desempregadas, com baixo nível de educação e com filhos que dependem delas; muitas têm histórico de abuso de álcool e outras substâncias e uma alta porcentagem sofreu algum tipo de violência ou abuso sexual, sendo propensas a padecer de problemas psicológicos.⁸²⁹

Por outro lado, tais indicadores de estabilidade socioeconômica deveriam ser conjugados com outros importantes indicadores sociais, como, no caso das

⁸²⁶ TOWNHEAD, Laurel. *La detención preventiva de la mujer y el impacto en sus hijos*, p. 20.

⁸²⁷ ONU. Grupo de Trabalho sobre Detensões Arbitrárias. Informe Anual E/CN.4/2006/7, 12 de dezembro de 2005, parágrafo 66, disponível em http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=117, acesso em 01-10-2012: "*Sin duda, las personas sin techo, los toxicómanos, los alcohólicos, los desempleados crónicos y las personas afectadas por una discapacidad intelectual con frecuencia no cumplen esos criterios, por lo que suelen quedar en detención provisional y preventiva, mientras las personas mejor ubicadas en la escala social pueden preparar su defensa en libertad.*"

⁸²⁸ TOWNHEAD, Laurel. *La detención preventiva de la mujer y el impacto en sus hijos*, p. 20.

⁸²⁹ O risco de auto-lesão e suicídio é maior entre pessoas em detenção preventiva do que entre aquelas que cumprem pena, e também é maior entre mulheres do que entre homens: TOWNHEAD, Laurel. *La detención preventiva de la mujer y el impacto en sus hijos*, pp. 21 e 34.

mulheres, os seus vínculos familiares, notadamente com seus filhos menores. Em geral, as infratoras são as únicas responsáveis por suas crianças e as responsabilidades e os laços maternos deveriam ser encarados como evidência de menor probabilidade de fuga e, assim, como circunstância relevante a ser considerada para a não-decretação de prisão antes da condenação.⁸³⁰ A gravidez na prisão, considerada situação de alto risco médico e psicológico, também deverá ser considerada pelos juízes, juntamente com o parâmetro do melhor interesse da criança, ao decidirem sobre o encarceramento de mulheres.⁸³¹

Assim, os impactos negativos da prisão provisória de mulheres – sobre si mesmas e sobre seus filhos – deveriam ser igualmente levados em consideração no momento de análise da necessidade e adequação do encarceramento no caso concreto. Além da separação física dos filhos e de seu impacto emocional, a perda do emprego e da residência determina muitas vezes que os filhos de mulheres encarceradas sejam abandonados à sua própria sorte ou postos em custódia estatal, o que afetará o seu desenvolvimento e futuro.

Da mesma forma, imputados que se encontram fora de seu país de origem ou em situação migratória apresentam maiores dificuldades para obter documentos e manter emprego e moradia estáveis. Assim, a fixação de critérios desta natureza para decretação da prisão preventiva consiste em prática essencialmente discriminatória.

A Corte IDH estabelece, como princípio geral, que os Estados, ao reconhecerem e implementarem os direitos humanos, não podem se valer de qualquer espécie de critério discriminatório com base na situação migratória da pessoa.⁸³² A Corte entende que, excepcionalmente, a fim de evitar que uma distinção legítima possa transformar-se em violação do princípio de não-discriminação, os Estados deverão justificar que determinado tratamento diferenciado entre migrantes sem e com documentos ou entre estrangeiros e nacionais é razoável, objetivo, proporcional, não-discriminatório e não-ofensivo

⁸³⁰ TOWNHEAD, Laurel. *La detención preventiva de la mujer y el impacto en sus hijos*, pp. 22-31.

⁸³¹ *Ibid.*, pp. 31 e 32.

⁸³² Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>, acesso em 22-05-2013.

aos direitos humanos.⁸³³ Os Estados poderão efetuar distinções, por exemplo, com relação à titularidade de alguns direitos políticos e também fixar mecanismos de controle de ingresso e saída de migrantes sem documentos em seu território, sempre mediante a tutela estrita das garantias inerentes ao devido processo e com respeito à dignidade humana.⁸³⁴ Portanto, o Estado poderá restringir a entrada e a permanência do estrangeiro no país, mas enquanto ele permanecer no território, deverão ser respeitados e garantidos todos os seus direitos fundamentais, uma vez que inerentes à condição humana, inclusive os daquele em situação administrativa irregular.⁸³⁵

Assim, a Corte IDH considera que os Estados têm a obrigação de assegurar o devido processo legal e o efetivo acesso à justiça a todas as pessoas, independentemente de sua situação migratória regular ou irregular. Ademais, a Corte destaca que o Estado violará no caso concreto as garantias processuais quando a pessoa encontre-se em risco de ser deportada, expulsa ou privada de liberdade, e quando lhe é negado o direito à assistência jurídica gratuita.⁸³⁶

A Corte explicita que, para a existência do devido processo legal é necessário que os jurisdicionados possam fazer valer os seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condição de igualdade processual.⁸³⁷ Para tanto, o processo deve reconhecer e resolver os fatores de desigualdade real daqueles que são levados perante a justiça, dando cumprimento ao princípio de igualdade perante a lei e à correlativa garantia de proibição de discriminação. Assim, a existência de condições de desigualdade real apresentada por determinados processados, como os estrangeiros e os migrantes, obriga a adoção de medidas compensatórias diferenciadas que contribuam para a redução ou eliminação dos obstáculos e deficiências que impeçam ou prejudiquem a defesa

⁸³³ CERNADAS, Pablo Ceriani; MORALES, Diego R. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la condición jurídica y los derechos humanos de los migrantes indocumentados - materiales para recuperar pasos perdidos*. Buenos Aires: Nueva Doctrina Penal, 2004/B, p. 617.

⁸³⁴ Corte IDH. Op.cit. Parágrafo 119.

⁸³⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Direitos dos Estrangeiros no Brasil: a Imigração, o Direito de Ingresso e os Direitos dos Estrangeiros em Situação Irregular*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 743.

⁸³⁶ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. Parágrafos 122 e 126.

⁸³⁷ Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16. Parágrafo 117. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>, acesso em 22-05-2013.

eficaz no processo.⁸³⁸ A Corte se refere ao direito a um tradutor para o acusado que desconhece o idioma processual, bem como os direitos do imputado estrangeiro à assistência consular e a ser informado oportunamente deste direito, que são instrumentos necessários para que possa ter pleno acesso a todos os demais direitos e garantias que integram o devido processo legal.

É preciso se ter ainda em vista que a vulnerabilidade social e econômica que é a marca daqueles que se encontram encarcerados também atravessa seus lares e suas famílias: estas, a partir da prisão, serão ainda mais vulnerabilizadas e deverão reorganizar-se para visitas, custos com crianças e adolescentes e despesas extras com os presos e para prover sua própria subsistência.⁸³⁹

O processo penal, através da prisão provisória, duplica a vulnerabilidade das famílias, e neste sentido, também replica a potência de castigo do sistema penal àqueles que não são seus destinatários, contribuindo para gerar novas situações de risco social.⁸⁴⁰ Neste sentido, é fundamental pensar que a prisão provisória é um elemento que agrava as mesmas situações de vulnerabilidade (instabilidade ou ausência de emprego, renda e residência) utilizadas freqüentemente pelos operadores judiciais como indicadores de riscos justificadores da prisão preventiva.⁸⁴¹ Verifica-se que uma indiferença institucional em relação a esta espiral de desproteção causada pelo sistema de justiça penal às famílias das pessoas presas, ignorando-se os efeitos não-jurídicos causados pelo encarceramento.

Por fim, é fundamental discutir o significado deste perfil de vulnerabilidade que é a marca da prisão provisória nos nossos dias. Ao mesmo

⁸³⁸ Ibid.

⁸³⁹ Em entrevistas feitas com familiares pela *Asociación por los Derechos Civiles*, na Argentina, foi observado que na maioria dos casos as situações de precariedade e vulnerabilidade familiar foram agudizadas após a prisão: a residência familiar e os estudos de crianças e adolescentes com pais presos foram descontinuados, com muitas situações de menores sem teto, usuários de drogas e em conflito com a lei penal; os adultos passam a assumir as responsabilidades com os que estão dentro do sistema penal e com os que estão fora, muitas vezes sem possibilidade de compatibilização; junto com a angústia e incerteza, está presente a pressão econômica com alimentação e roupas para o preso, custos com telefone e transporte para a visitação: PACECCA, María Inés. Detenidos y familiares: el doble castigo del sistema penal. In: PACECCA, María Inés (coord.). *Prevenir no es curar. La prisión preventiva en Argentina: prácticas y discursos*. Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles, 2012, p. 45.

⁸⁴⁰ PACECCA, María Inés. Detenidos y familiares: el doble castigo del sistema penal. In: PACECCA, María Inés (coord.). *Prevenir no es curar. La prisión preventiva en Argentina: prácticas y discursos*. Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles, 2012, p. 28.

⁸⁴¹ HERRERO, Álvaro. La prisión preventiva en Argentina. Usos y consecuencias. In: PACECCA, María Inés (coord.). *Prevenir no es curar. La prisión preventiva en Argentina: prácticas y discursos*. Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles, 2012, p. 17.

tempo em que se identifica claramente os grupos vulneráveis atingidos pelo sistema penal através da prisão provisória, também se evidencia a sua invisibilidade social e a seletividade que é a marca do sistema penal.

A prisão provisória é a porta de seleção daqueles que, antes de sua inserção no mundo do crime, já sofrem com a ausência de representação ou integração na sociedade: são eles os *invisíveis*, cujos direitos e necessidades específicas são negligenciados, desrespeitados, restringidos, não obstante estejam previstos no plano formal da lei. Esta ausência de *visibilidade social*⁸⁴², que se dá no plano do não-reconhecimento efetivo de direitos, é acentuada na medida em que tais pessoas ingressam no sistema penal através da prisão provisória: a partir daí, à revelia do princípio de presunção de inocência, o estigma do preso e do crime os acompanha, camuflando a violação dramática de seus direitos dentro do sistema prisional. Desta forma, o sistema penal reproduz e aprofunda as desigualdades sociais, selecionando os grupos mais vulneráveis, os *invisíveis sociais*, os excluídos, perpetuando sua condição desigual no sistema e fora dele.

Pode-se dizer que o sofrimento e os impactos da prisão provisória sobre grupos vulneráveis e deserdados sociais se traduzem verdadeiramente como cidadania cassada.⁸⁴³ Nas palavras de Jock Young, "criminalidade e intolerância ocorrem quando a cidadania é obstada; suas causas estão na injustiça, mas seus efeitos inevitáveis são mais injustiça e violação da cidadania"⁸⁴⁴.

O cárcere, como um dos elementos centrais da justiça penal, sempre foi um "espaço sem lei", isto é, um âmbito de inobservância generalizada das normas

⁸⁴² Considera-se a noção de *visibilidade/invisibilidade social* proposta por Axel Honneth. A *visibilidade social* implica um ato de reconhecimento que expressa a validade social dos sujeitos. A visibilidade social, neste sentido, é um ato valorativo e performático (ativo) de reconhecimento dos sujeitos em uma dada sociedade. No plano jurídico, o reconhecimento se dá na medida da *concessão efetiva* de direitos, através da qual o sujeito se vê reconhecido em sua dignidade como membro da sociedade. Para Honneth, "o reconhecimento jurídico é o reconhecimento efetivo, no âmbito do direito positivo, de que os outros indivíduos de uma mesma comunidade também possuem direitos. 'Direitos são de certa maneira as pretensões individuais das quais posso estar seguro que o outro generalizado as satisfará.' E conclui, é exatamente 'pela concessão social desses direitos, que é possível medir se um sujeito pode conceber-se como membro completamente reconhecido de sua coletividade'": ASSY, Bethania. *A Dignidade dos Invisíveis - Invisibilidade Social, Reconhecimento e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, mimeo, pp. 4- 8.

⁸⁴³ PRADO, Geraldo. Prefácio. In: LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia. *Impacto da Assistência Jurídica a Presos Provisórios: um experimento na cidade do Rio de Janeiro*, p. 03.

⁸⁴⁴ YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 290.

jurídicas e de sistemáticas violações de direitos humanos.⁸⁴⁵ A prisão provisória faz parte deste espaço de ilegalidade constitutivo do cárcere, que, por sua própria natureza, tende a ocultar suas práticas ilegais. Assim, o sistema penal acentua a invisibilidade social dos grupos vulneráveis por ele selecionados, na medida de sua capacidade de ocultação das práticas penitenciárias. Em outras palavras,

*"(...) el sistema penal en su conjunto y la cárcel en particular han contado con la protección de los muros para hacer invisibles sus prácticas legitimando su existencia sobre la base de la ignorancia de muchos, la complicidad de otros tantos y la proliferación en el espacio social de discursos amparados en eufemismos que 'travistieron' al castigo en pena, a la cárcel en unidad penitenciaria o colonia, al preso en interno, al encierro en privación de libertad y al sometimiento de miles y miles de personas a la degradación y al sufrimiento en la reforma del hombre para su reinserción social."*⁸⁴⁶

Pode-se acrescentar que, com a prisão provisória, a invisibilidade social do cárcere é ainda mais acentuada, na medida em que juridicamente, ela é considerada uma medida cautelar excepcional, regida pelo princípio de presunção de inocência.

Também contribui para isso o afastamento da sociedade da realidade do cárcere, uma cultura estranha, distante, difícil de apreender e aceitar como parte da vida fora dos muros e os precários níveis de transparência e acesso à informação sobre o funcionamento efetivo do sistema carcerário, o que dificulta não apenas a identificação das características e quantidade da população prisional, mas também das práticas arbitrárias e da prestação de serviços básicos aos presos.⁸⁴⁷

A sociedade tem conhecimento escasso sobre o sistema penitenciário e a pouca informação que possui está embasada nos discursos políticos e midiáticos. A forma de vida na prisão, o perfil dos presos e os impactos da prisão provisória são desconhecidos, ignorados ou negados. Em geral, a sociedade tem conhecimento ou uma amostra do que de fato ocorre no interior do sistema carcerário quando a mídia, no mais das vezes sensacionalista, expõe publicamente a hiperinflação carcerária e seus problemas, através da divulgação de revoltas ou

⁸⁴⁵ BOVINO, Alberto. Controle judicial de la privación de libertad y derechos humanos. *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?*, n. 1, Buenos Aires, 2000, pp. 221-227.

⁸⁴⁶ DAROQUI, Alcira; RANGUGNI, Victoria. Mujeres encarceladas en Argentina, una investigación sociojurídica. In: BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki; BOMBINI, Gabriel (comp.). *Violencia y sistema penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2008, p. 91.

⁸⁴⁷ CASTRO, Alvaro; ESPEJO, Nicolás. Publicidad, transparencia y protección: el Protocolo Facultativo contra la Tortura de Naciones Unidas. In: DAMMERT, Lucía; ZÚÑIGA, Liza. *La cárcel: problemas y desafíos para las Américas*. Santiago, Chile: FLACSO, 2008, p. 39.

conflitos em estabelecimentos penitenciários ou carceragens da polícia, ou através das denúncias de grupos de defesa dos direitos humanos. Assim, a prisão só se torna problema político quando emerge em forma de crise.⁸⁴⁸

Acrescente-se que os presos provisórios são projetados pela mídia e vistos em geral pela opinião pública não como cidadãos acusados de delitos a serem apurados à luz do devido processo, nem como sujeitos de direitos, mas como culpados da prática de crimes que ameaçam a segurança de todos. O medo, a sensação de insegurança coletiva, a condenação antecipada dos acusados presos pelos meios de comunicação e sua repercussão na opinião pública, a distorção e falta de informação sobre as violações de direitos humanos dos presos e de suas famílias aumentam a distância entre o cárcere e a sociedade. Assim, a não-assimilação da singularidade e do sofrimento dos muitos *Outros* que experimentam, direta ou indiretamente, o cárcere, auxilia na construção política da imagem do preso provisório como *inimigo*⁸⁴⁹, aquele que dever ser excluído, banido e esquecido entre as grades.

A invisibilidade social do preso provisório conduz, portanto, à naturalização da violação de seus direitos no sistema carcerário, problemática que, em geral, não faz parte da agenda pública e política, mas que consiste, fundamentalmente, em indicativo relevante da aguda deficiência do Estado de direito e da democracia no Brasil, assim como de muitos outros países da América Latina. A democracia possui um vínculo intrínseco com os direitos

⁸⁴⁸ CASTRO, Lola Aniyar de. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos "concordes, seguros e capazes". In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 88.

⁸⁴⁹ A figura ou construção do infrator da lei penal como *inimigo* faz parte da história do Direito Penal, em seu fenômeno de expansão do poder punitivo: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Buscando o inimigo: de Satán ao direito penal cool. In: MENEGAT, Marildo; NÉRI, Regina (orgs.). *Criminologia e Subjetividade (AAVV)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. O debate foi retomado por Günther Jakobs, através das construções teóricas sobre o *direito penal do inimigo*, cujo principal traço característico é a anulação da posição de sujeito de direito de todos aqueles cidadãos que se encaixem na definição de inimigo, feita sempre a partir do tratamento que o legislador penal dá a certas expressões da criminalidade: GARCÍA, Manuel Salvador Grosso. ¿Qué es y qué puede ser e, "Derecho Penal del Enemigo?: una aproximación crítica al concepto. In: In: MELIÁ, Cancio; DIÉZ, Gómez-Jara (coords.). *Derecho Penal del Inimigo: El discurso penal de la exclusión*. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2006, p. 10; SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insuportables tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insuportable desatención teórica. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites*. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p. 145; JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Dereito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

fundamentais⁸⁵⁰: esta relação é tão estreita que o reconhecimento e a efetividade dos direitos humanos constituem indicadores de verificação da qualidade da democracia de um determinado país ou região. Os altíssimos índices de encarceramento durante o processo e a violação sistemática de direitos fundamentais dos presos, sobretudo provisórios, revelam a deficiência da democracia em vários países latino-americanos.⁸⁵¹ Sem dúvida, esta questão perpassa a atuação de todos os atores envolvidos com o sistema penal. Neste capítulo, a análise da realidade de violações de direitos humanos e dos profundos impactos da prisão provisória também mostra exatamente isto: que a problemática apresentada, no Brasil e na América Latina, envolve o funcionamento de todas as instituições, e reclama uma ação ou política de proteção de direitos integrada.

Assim, é fundamental um debate público informativo e de sensibilização social para o problema complexo que é a prisão provisória, e que enfrente os mitos que a envolvem, de maneira a se aproximar a sociedade dos problemas relativos ao sistema penal e carcerário, que afetam a vida de todos. A responsabilidade moral de aliviar a dor do preso provisório e de seus familiares – como *Outros* que me interpelam e me demandam em sua intensa vulnerabilidade – consiste na base e no horizonte dos direitos humanos, que se tornam, assim, a expressão atual do sentido de justiça⁸⁵², e, ao mesmo tempo, de ferramenta política de luta em prol de uma comunidade que saiba entender e conviver com a singularidade, a diferença e a dor do *Outro* como parte de si, sem ignorá-las ou excluí-las.

É preciso, a partir da realidade do cárcere na América Latina, desconstruir os falsos dilemas que rodeiam a prisão processual: de que ela se destina a infratores perigosos, que ameaçam a segurança social; de que a criminalidade e a insegurança coletiva podem ser resolvidas com mais prisões

⁸⁵⁰ Neste sentido: DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 62; O' DONNELL, Guillermo. Notas sobre la democracia en América Latina. In: *La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas*. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 2004.

⁸⁵¹ Relatório do PNUD sobre a democracia na América Latina, realizado em 2002, ao fazer um balanço do que denomina “cidadania integral” – em termos de acesso aos direitos civis, sociais e políticos de maneira articulada e harmônica – chega a esta conclusão ao vincular democraticidade (ou qualidade da democracia) e a situação que envolve o encarceramento provisório nos países latino-americanos: PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *A democracia na América Latina: rumo a uma democracia de cidadãos e cidadãs*. Trad. Mônica Hirts. São Paulo: LM&X, 2004, p.119.

⁸⁵² DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 359.

processuais; de que o número de presos provisórios em custódia estatal é um indicador de eficiência policial e judicial; de que o sistema carcerário é uma medida racional e econômica para prevenir o crime e a violência; de que a prisão preventiva é eficaz na contenção de perigos e de autores de crimes graves.

Uma análise mais fina dos custos econômicos da prisão preventiva, que cruze informações sobre o perfil dos presos e os delitos imputados, põe em cheque a afirmação corrente de que a prisão provisória é uma questão de segurança pública e evidencia o emprego desvirtuado de recursos estatais, que não se destinam aos focos merecedores de especial atenção, descuidando de uma política ampla em matéria de prevenção do crime, que ataque as causas estruturais da delinquência (pobreza, desigualdade, falta de oportunidades, racismo, sexismo, etc.).⁸⁵³

Assim, os fins atribuídos à prisão preventiva devem ser sinceramente enfrentados nos dias de hoje, a partir de seu real funcionamento. Para tanto, é fundamental questionar a legitimidade da prisão provisória, tema discutido há tempos, mas que precisa ser retomado sob bases realistas e críticas, de maneira a se alcançar uma ressignificação compatível com o quadro atual da prisão provisória na América Latina.

6.3 A ressignificação da prisão provisória

Existem basicamente cinco modelos teóricos de justificação da prisão preventiva, que são a base para se discutir a problemática que esta medida assume nos dias de hoje, especialmente na América Latina.

O primeiro modelo, denominado *substancialista*, de indiscutível base autoritária, entende que a prisão preventiva consiste em ferramenta política capaz de combater eficazmente a criminalidade, através da prevenção da prática de infrações penais, baseada na gravidade do fato e na periculosidade do sujeito. Em verdade, a corrente *substancialista* está relacionada com as origens e fins

⁸⁵³ DERDOY, Malena; VALLE, Mariano Fernandez; FREEDMAN, Diego; MALAJOVICH, Laura; ROTH, Laura; SALINA, Raul. *El costo social y económico de la prisión preventiva en la Argentina*. Documento de Trabajo n° 29, CIPPEC, Buenos Aires, setembro de 2009, pp. 9-11.

históricos da prisão preventiva, que remontam ao modelo ou sistema processual penal inquisitivo.⁸⁵⁴

Não obstante o domínio atual do modelo *processualista*, compatível com o sistema acusatório de processo, a corrente *substancialista* jamais foi completamente abandonada, remanescendo, sobretudo, nas práticas judiciais. Atualmente, esta corrente tem se fortalecido com impetuosidade, sendo apontada por seus defensores como o único modelo realista, capaz de mobilizar os recursos do sistema penal na direção de sua eficácia. Com efeito, conforme mencionado no capítulo anterior, diversos sistemas europeus prevêm ou passaram a incorporar a prisão preventiva com a finalidade de evitar a reiteração delitiva. No Brasil, sua incidência é muito clara e pode ser facilmente identificada pela permanência no Código de Processo Penal, após a reforma de 2011, da prisão preventiva fundamentada na necessidade de se garantir a ordem pública e da inserção explícita da finalidade de evitar a prática de novos delitos pelo imputado, atribuída às medidas cautelares pessoais. Também pode ser facilmente verificada nas campanhas políticas e midiáticas que impulsionam as contra-reformas legislativas na América Latina, e que se inserem na política de expansão do sistema penal.

Trata-se, nos dizeres de Julio Maier, de um fenômeno que pode ser designado nos dias de hoje como *desvio material da prisão preventiva*.⁸⁵⁵ Explica o processualista argentino que o Direito Processual Penal, como já o afirmava Beling, é politicamente dependente ou servo do Direito Penal. O Direito Penal, orientado atualmente por uma política de prevenção de riscos, modificou substancialmente o Direito Processual Penal, assim como a finalidade do processo penal e de suas instituições. O Direito Penal adquiriu, a partir do século XX, um viés preventivo, que o dirige não apenas ao passado, mas, sobretudo, a evitar riscos futuros. Esta reconfiguração pode ser facilmente constatada através da proliferação de medidas coercitivas fundadas na periculosidade do autor, da criação de um Direito Penal como mera desobediência à norma, da expansão

⁸⁵⁴ BOVINO, Alberto. Sobre los émulos de Torquemada: análisis histórico sobre las relaciones entre el modelo inquisitivo y la detención preventiva. *Justicia Penal y Sociedad*, Guatemala, ano II, n.3-4, 1993.

⁸⁵⁵ MAIER, Julio B. J. La privación de la libertad durante el procedimiento penal: el encarcelamiento preventivo hoy. In: ANITUA, Gabriel Ignacio; TEDESCO, Ignacio F (Comp.). *La cultura penal: homenaje al professor Edmundo S. Hendler*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, pp. 399-412.

incomum dos delitos de perigo abstrato e dos delitos de omissão em lugar dos delitos de ação, do escasso poder de definição de novos bens jurídicos e das sanções penais tipificadas sem qualquer rigor.⁸⁵⁶ A prisão preventiva, seguindo a mesma conformação política, tornou-se também uma medida ou mecanismo de prevenção de riscos, passando a abarcar perigos não relacionados ao processo, que representam uma transferência direta dos fins do Direito Penal preventivo ao Direito Processual Penal.⁸⁵⁷

Assim, nos dias atuais, o Direito Penal influencia e maneja a prisão preventiva, através do aumento indiscriminado de crimes sancionados com penas privativas de liberdade e da severidade destas penas, muitas vezes desproporcionais aos delitos, que vão necessariamente repercutir sobre o processo penal, infundindo-lhe seus fins preventivos e transformando a prisão preventiva em pena antecipada. Enfim, o fenômeno de expansão ou inflação material do Direito Penal produzirá, indefectivelmente, reflexos na prisão preventiva.

Para Natalia Sergi⁸⁵⁸, o substancialismo que permeia o emprego da prisão preventiva, deve-se, em verdade, à sua essência inquisitiva, que se encontra presente mesmo em legislações tradicionalmente acusatórias. Para a autora, a regulação normativa da prisão preventiva não se vincula à concepção acusatória do sistema processual no qual está inserida. Assim, a utilização excepcional e mais moderada da prisão provisória não se relaciona necessariamente com a

⁸⁵⁶ Maier aponta três motivos ou características da sociedade contemporânea que conformam o Direito Penal preventivo e de seus reflexos no Direito Processual Penal: (i) a sociedade de risco, caracterizada pela proliferação de perigos criados pelo ser humano a partir do avanço técnico-científico veloz e pelo consumo massivo de bens e produtos; (ii) a comunidade do medo, relacionado ao crime, à imprudência, aos acontecimentos que não podem ser controlados ou dominados pelo ser humano, e (iii) a sociedade excludente, que discrimina categorias de homens e mulheres, de maneira que passam a não fazer parte da existência comunitária. Para Maier, estes três elementos conduziram a sociedade atual a uma situação de emergência ou Estado de exceção permanente: MAIER, Julio B. J. La privación de la libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy. In: ANITUA, Gabriel Ignacio; TEDESCO, Ignacio F (Comp.). *La cultura penal: homenaje al professor Edmundo S. Hendler*. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 404.

⁸⁵⁷ MAIER, Julio B. J. Op.cit., p. 407. Não por outro motivo, o mesmo autor entende que é necessário reduzir o direito penal material se se quer preservar a eficácia do processo penal: MAIER, Julio B. J. ¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de derecho? *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?*, Buenos Aires, n. I, 2000, pp. 272-273.

⁸⁵⁸ SERGI, Natalia. La privación de la libertad durante el proceso en el derecho comparado. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, A, 2004, pp. 150 e 151. No mesmo sentido, ao aproximar a prisão preventiva do instituto moderno francês da "lettre-de-cachet" como expressão do direito material simbólico e a sua natureza inquisitiva: CASTRO, Julio C. ¿La prisión preventiva es una "lettre-de-cachet" moderna? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, ano VIII, n. 14, 2002, p. 569.

norma, e sim com a cultura que domina o sistema processual e com a forma com a qual ela é operada.

O segundo modelo de justificação da prisão provisória é o denominado *processualista*. *A priori*, ele compreende um modelo próprio de uma visão geral do Direito Processual, que enxerga a prisão preventiva como uma decisão judicial assimilável a qualquer outra medida cautelar. A prisão preventiva passa a ser explicada como medida destinada a preservar as finalidades do processo, que tem como requisitos a verossimilhança do direito e a existência de uma necessidade cautelar. Esta visão condicionou a elaboração da maioria das classificações utilizadas até hoje para as medidas cautelares penais.

Trata-se de modelo que representa um evidente avanço em relação à visão anterior, uma vez que não nega as tensões que existem entre a privação de liberdade durante o processo e o direito de liberdade do imputado. No entanto, esta corrente não foi permeável ou receptiva aos dados da realidade apresentados pelo pensamento crítico, e que, por isso, falhou em apontar o real funcionamento da prisão preventiva na prática dos sistemas penais. Pode-se dizer que, no Brasil, este modelo é representado pelos processualistas que fundaram o Direito Processual Penal desde a perspectiva da teoria geral do processo, trazendo para dogmática da prisão preventiva os mesmos substratos teóricos construídos para o procedimento cautelar do Direito Processual Civil.

Existe também um terceiro modelo, relativamente recente, que fixa os limites constitucionais da prisão preventiva, representado por uma escola constitucional do processo. Este modelo construiu toda a dogmática da prisão preventiva como base nos parâmetros constitucionais. Não abandonou completamente o modelo anterior, mas acrescentou-lhe novos requisitos, como o limite temporal do encarceramento, baseado no princípio da duração razoável da prisão e do processo penal, e a crítica à fundamentação substantivista da prisão preventiva. Consoante Alberto Binder, este modelo teórico foi importante para estimular uma nova consciência nas práticas judiciais.⁸⁵⁹

Tais limites constitucionais da prisão preventiva foram reforçados e expandidos pelos tratados internacionais de direitos humanos, sobretudo a partir de sua admissão como normas constitucionais (ou supra-legais), e representam o

⁸⁵⁹ BINDER, Alberto M. La intolerabilidad de la prisión preventiva. *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires, nº 128, 17-07-2011, p. 02.

eixo explicativo da prisão preventiva hoje. A partir da recolocação da prisão preventiva em seu papel de medida cautelar excepcional, esta corrente tem sido uma ferramenta de luta de organismos nacionais e internacionais de defesa dos direitos humanos, que, a partir de uma proposta reducionista do encarceramento, defendem a institucionalização de medidas cautelares alternativas à prisão e programas de monitoramento destas medidas, a implementação de controle judicial da prisão preventiva através de juízo oral, o melhoramento da atuação dos atores do sistema de justiça penal e das condições carcerárias, dentre outras propostas. Esta concepção doutrinária precisa ser ainda mais explicitada e expandida, mas não se pode ignorar que ela não foi capaz até o momento de reduzir, como esperado, o fenômeno do encarceramento processual abusivo e seletivo.⁸⁶⁰

Existe atualmente um quarto modelo que, partindo da visão *constitucionalista* e reconhecendo seus avanços, destaca, justamente, que esta corrente não foi capaz de conter eficazmente os abusos provocados pela prisão preventiva. Entende que o modelo *constitucionalista* estabelece ainda limites frágeis à prisão preventiva, à custa de um enfraquecimento do direito ao processo e do princípio de presunção de inocência. Na verdade, este modelo deslegitima a prisão preventiva, reconhecendo que ela é uma ferramenta inconstitucional, porque incompatível com o princípio de presunção de inocência e sua exigência de que ninguém poderá ser encarcerado sem prévio processo. Assim, para este modelo, não existe harmonia ou compatibilidade possível entre o direito ao processo e a prisão preventiva, e que, portanto, o encarceramento processual deverá ser abolido, da mesma forma que a tortura, como meio de prova, foi suprimida dos sistemas processuais quando passou a ser considerada uma medida ilegal, incompatível com o sistema acusatório de processo, além de cruel e degradante para o ser humano.⁸⁶¹

Atualmente, pode-se dizer que existe uma quinta corrente, construída por autores latino-americanos embasados nos aportes da Criminologia Crítica, que, à

⁸⁶⁰ Neste sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 113; BINDER, Alberto M. La intolerabilidad de la prisión preventiva. *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires, nº 128, 17-07-2011; GARCÍA, Gerardo Nicolás. La prisión preventiva es una pena. In: VITALE, Gustavo L.; GARCÍA, Gerardo Nicolás (compiladores). *Abolicionismo de la prisión sin condena: una corriente latinoamericana en siglo XXI*. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 37.

⁸⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*, 2005, p.

luz dos elementos fáticos sobre a prisão preventiva na região, pretende descortinar sua complexidade e rediscuti-la. Esta corrente, apodera-se de certa forma do quarto modelo, ao admitir que a prisão preventiva não é uma medida de base constitucional. Além disso, denuncia, de forma franca e direta, que a prisão preventiva não possui natureza cautelar, nem se destina a cumprir fins processuais, consistindo, em verdade, na forma preferencial de imposição de castigo na América Latina, de acordo com o que assevera Eugenio Raúl Zaffaroni⁸⁶².

O grande diferencial deste último modelo é que, a partir da deslegitimação da prisão preventiva e de um embasado aporte crítico, abre espaço para a discussão de dois caminhos. Por um lado, entende que o encarceramento antes da condenação consiste em prática ilegal, incompatível com o princípio de presunção de inocência, e extremamente nociva aos direitos do imputado, que, portanto, deve ser definitivamente eliminado dos sistemas processuais. Trata-se de posicionamento assumido atualmente por diversos autores da região, que propõem a abolição da prisão preventiva.⁸⁶³

Por outro lado, outros autores, partindo ainda do pressuposto da ilegitimidade da prisão provisória, têm, de forma lúcida e realista, consciência da impossibilidade de seu completo banimento no contexto social e político atual, uma vez que ela consiste em, quiçá, na principal ferramenta do Estado de polícia nos dias de hoje.

Não obstante, o Direito jamais deverá se dobrar ao conformismo. Ao contrário, a luta ou missão do saber jurídico penal consiste em apoiar e reforçar o Estado de direito, em seu permanente conflito com o Estado de polícia, o que deve compreender um exercício consciente e constante de deslegitimação e de denúncia da inconstitucionalidade e irracionalidade das leis, de maneira a desmascarar sua

⁸⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 110.

⁸⁶³ Trata-se de corrente abolicionista da prisão preventiva na América Latina, encabeçada por VITALE. Gustavo L. *Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbarie*. Buenos Aires: Hamurabi, 2007; VITALE, Gustavo L.; GARCÍA, Gerardo Nicolás (compils.) *Abolicionismo de la prisión sin condena: una corriente latinoamericana en siglo XXI*. Buenos Aires: Del Puerto, 2011. No mesmo sentido, entendendo que a abolição da prisão preventiva representa uma recomposição necessária do Estado de direito: TAVARES, Juarez. *Prisión preventiva*. In: ROCHA, Joaquín P. da Rocha; LUCA, Javier A. de (coords). *La prisión preventiva como anticipo de pena en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, p. 49.

incompatibilidade com o Estado de direito e os direitos humanos.⁸⁶⁴ Consoante esclarece Zaffaroni, o *dever ser* dos direitos humanos e dos princípios do Estado de direito não está completamente realizado; trata-se de um *dever ser que, em grande medida, ainda não é*.⁸⁶⁵ Em outras palavras, a proposta emancipatória dos direitos humanos contém uma potência de realização e aperfeiçoamento contínuo.

Portanto, é preciso admitir que a prisão provisória é uma medida inconstitucional, ilegítima e imoral, que consiste em puro exercício de poder, e, que, como tal, precisa ser contido. Neste sentido, a proposta deslegitimante defende que é necessário construir *parâmetros de intolerabilidade da prisão preventiva*, ou seja, limites concretos que a conformem como uma medida insuportável, estabelecendo os casos em que o encarceramento deverá cessar imediatamente e aqueles casos extremos em que seu uso será admitido, ainda que de forma excepcional, breve e circunstanciada, enquanto não se encontre um modo de por fim a uma ferramenta inconstitucional e imoral.⁸⁶⁶ Em verdade, a abolição da prisão preventiva é um processo, que somente se efetivará com o aperfeiçoamento do Estado de direito.

Assim, partindo-se da identidade ontológica entre a prisão preventiva e a pena privativa de liberdade, das implicações e impactos produzidos pela prisão provisória e de sua consequente deslegitimação jurídica como medida cautelar, é preciso ressignificar os princípios que a orientam e limitam, *mas não como princípios que se propõem a legitimá-la, e sim como indicadores do grau máximo de irracionalidade tolerável desta antecipação de pena*.⁸⁶⁷

⁸⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. En Estado de derecho sólo hay delincuentes. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (orgs.). *Cem Anos de Reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 277.

⁸⁶⁵ Ibid.

⁸⁶⁶ Neste sentido: BINDER, Alberto M. La intolerabilidad de la prisión preventiva. *Revista Pensamiento Penal*, Buenos Aires, nº 128, 17-07-2011; NAPPI, Juan L. Finkelstein. La prisión preventiva como hecho de poder: la dialéctica histórica (y actual) de su legitimación y la necesidad de reconstruir una dogmática del encarceramiento cautelar sobre la base del desconocimiento de su legitimidad. In: PASTOR, Daniel R. (dir.); GUZMÁN, Nicolás (coord.). *Problemas Actuales de la Parte General de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, p. 119.

⁸⁶⁷ NAPPI, Juan L. Finkelstein. La prisión preventiva como hecho de poder: la dialéctica histórica (y actual) de su legitimación y la necesidad de reconstruir una dogmática del encarceramiento cautelar sobre la base del desconocimiento de su legitimidad. In: PASTOR, Daniel R. (dir.); GUZMÁN, Nicolás (coord.). *Problemas Actuales de la Parte General de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, p. 119.

6.3.1

A prisão provisória como medida quantitativa e qualitativa de pena

Entende-se que as implicações e impactos da prisão provisória expostos neste capítulo evidenciam o caráter punitivo que o encarceramento antes da condenação assume. Com efeito, após acompanhar a descrição do verdadeiro martírio imposto àqueles que experimentam o cárcere, é forçoso concluir, ou simplesmente confirmar o que se verifica cotidianamente na prática, que a prisão – independentemente de sua classificação jurídica – é sempre uma pena. Em outras palavras, enfocada a prisão preventiva no sentido de restrição severa de direitos e de imposição de dor, não há como não admitir sua natureza penal, independentemente da fundamentação cautelar que justifica a sua decretação.⁸⁶⁸ Neste sentido, o confinamento em uma instituição total, imposto através da força, sempre tem natureza de pena. E assim o é com a prisão preventiva, que, sem dúvida alguma, é uma modalidade de castigo: sua natureza punitiva somente pode ser negada recorrendo-se a "ficções processuais"⁸⁶⁹. Assim, a tentativa de estabelecer diferenças através da via teleológica, ainda que com o objetivo racional de limitar o emprego da prisão provisória, não é capaz de refutar a sua essência materialmente punitiva.⁸⁷⁰

O discurso jurídico *substancialista* autoritário, que reconhece os mesmos fins político-criminais à pena e à prisão provisória, não para negar esta última, mas para legitimá-la, foi abandonado pela doutrina majoritária, mas é a sua lógica que impera na prática. Vê-se claramente que não são os fins que o discurso jurídico atribui a um instituto que definirão sua verdadeira natureza, e sim seu significado ontológico e sua operatividade ou funcionamento real.⁸⁷¹

⁸⁶⁸ CARRANZA, Elías. Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa. *Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, ano 11, nº 16, maio/1999.

⁸⁶⁹ VITALE, Gustavo L. *Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbarie*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 133. No mesmo sentido: CASTRO, Julio C. ¿La prisión preventiva es una "lettre-de-cachet" moderna? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, ano VIII, n. 14, 2002, p. 559.

⁸⁷⁰ NAPPI, Juan L. Finkelstein. La prisión preventiva como hecho de poder: la dialéctica histórica (y actual) de su legitimación y la necesidad de reconstruir una dogmática del encarcelamiento cautelar sobre la base del desconocimiento de su legitimidad. In: PASTOR, Daniel R. (dir.); GUZMÁN, Nicolás (coord.). *Problemas Actuales de la Parte General de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, pp. 139-140.

⁸⁷¹ VITALE, Gustavo L. *Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbarie*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 134.

Assim, o Estado exerce o poder de punir de duas formas evidentes: após o devido processo, com o título oficial de pena, e antes da sentença condenatória definitiva, mediante o rótulo, também oficial, de medida cautelar. Materialmente, a prisão preventiva e a pena privativa de liberdade se equivalem: historicamente se cumpriram e se cumprem no mesmo lugar, computam-se da mesma forma, obedecem (ou deveriam obedecer) ao mesmo regime legal de cumprimento, e produzem os mesmos efeitos.⁸⁷² Não há como desvincular a prisão preventiva do conteúdo afritivo que ela representa como antecipação de pena, como se ela fosse apenas um instituto do direito processual.⁸⁷³

No entanto, conforme analisado neste capítulo, esta correspondência entre a punição antecipada durante o processo e a pena fixada ao seu final não é exata, na medida em que a prisão preventiva atua de forma muito pior do que a pena privativa de liberdade estabelecida na sentença condenatória. Acrescente-se, conforme foi mostrado ao longo deste capítulo, que a prisão provisória é uma pena ou castigo que, explicitamente, transcende a pessoa do acusado para afetar os direitos e a vida de outras pessoas *inocentes*, o que evidencia a violência, a crueldade brutal que esta modalidade de encarceramento encerra.⁸⁷⁴ Ainda que possa parecer exaustivo demais descrever todas as conseqüências que o sistema carcerário produz naqueles que nele ingressam, é necessário apreender a extensão da dor causada por *uma pena* imposta a pessoas que ostentam o *status* jurídico de inocentes, antes de uma decisão definitiva sobre sua responsabilidade penal. Neste sentido, são importantes a conscientização, a sensibilização e a publicização do problema complexo que representa não apenas o abuso da prisão provisória, mas tão só o seu uso, e também suas implicações sobre a vida de tantos seres humanos e de suas famílias, expostos a uma dor incomensurável. Entende-se que esta seja talvez uma das revelações mais significativas acerca da prisão provisória, que

⁸⁷² GARCÍA, Gerardo Nicolás. La prisión preventiva es una pena. In: VITALE, Gustavo L.; GARCÍA, Gerardo Nicolás (compiladores). *Abolicionismo de la prisión sin condena: una corriente latinoamericana en el siglo XXI*. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, p. 19.

⁸⁷³ TAVARES, Juarez. Prisión preventiva. In: ROCHA, Joaquín P. da Rocha; LUCA, Javier A. de (coords). *La prisión preventiva como anticipo de pena en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, p. 39.

⁸⁷⁴ Assim, a prisão provisória, de forma ainda mais cruel do que a pena imposta ao final do processo, viola claramente o princípio de intranscendência, delineado por BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, pp. 104-105, e ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. V. 1. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 156.

mostra, na prática, uma verdadeira impossibilidade dos direitos humanos face ao encarceramento a título cautelar.

Os impactos da prisão provisória sobre o imputado, assim como a violação do princípio da intranscendência do castigo ou da punição mostram ainda, claramente, que esta modalidade de encarceramento afeta o princípio da *proporcionalidade enquanto inequivalência qualitativa entre pena e medida cautelar*, apontado pela jurisprudência do Sistema Interamericano, conforme analisado nos capítulos 2 e 5. A prisão preventiva não poderá, de acordo com este princípio, ser igual ou ultrapassar a gravidade ou a dor da pena. Em outras palavras, significa dizer que a restrição de direitos e as condições limitativas impostas ao imputado, em virtude do encarceramento a título cautelar, não podem ser equiparadas em intensidade àquelas empregadas na execução da pena, quanto mais ultrapassá-las, como ocorre frequentemente, sobretudo na realidade carcerária da América Latina. Ademais, na análise ou ponderação entre os sacrifícios produzidos pela prisão cautelar ao imputado, à sua família e comunidade e também à sociedade, e as possíveis vantagens obtidas com o cumprimento dos fins da medida (preservação das provas e do resultado do processo), verifica-se uma desproporcionalidade evidente entre meios e fins, o que, conseqüentemente, revela a injustiça que permeia o emprego deste aberrante instrumento jurídico. Em outras palavras, a prisão provisória é um meio desproporcional ou desmedido em relação aos fins que lhe são atribuídos.

Esta violência ou injustiça que atravessa a prisão provisória, que, conforme destacado, é desconhecida pela sociedade, é também ignorada ou negada pelo sistema carcerário e judicial. Conforme discutido neste capítulo, o cárcere é um espaço por excelência de negação do direito. Por sua vez, o sistema judicial aplica a prisão preventiva atendo-se basicamente a requisitos formais, ou seja, de mera subsunção da norma à situação em análise e de verificação de fins legais atribuídos ao instituto, sem considerar os fins e efeitos reais do encarceramento para o imputado e sua família, assim como as condições e o tratamento recebido pelo preso durante seu confinamento. Desta maneira, o sistema penal reproduz a violência dentro do cárcere, determinando as condições de impossibilidade de realização mínima dos direitos humanos dos presos.

A prisão, independentemente de seu rótulo jurídico, foi racionalizada no século XIX como uma medida de tempo como quantidade, passível de cálculos

matemáticos, de acordo com a economia política do sistema industrial moderno. Esta expressão numérica do tempo também está presente na definição aristotélica, que o vincula a um conceito cronológico e linear de tempo, que não se preocupa em conhecer a carga ontológica da realidade que subsume a ele.⁸⁷⁵ Na verdade, a proporcionalidade, por sua proximidade à ideia de justiça, sempre conferiu um manto de legitimidade ao sistema punitivo, associando a pena (quantidade) ao delito. Essa ideia ou racionalização da pena calculada, proporcional ao delito, sempre buscou encobrir a finalidade de vingança da pena, uma vingança ou castigo, que, consoante Nietzsche, se impõe frente à impotência do ser humano em relação ao tempo, que não pode mais cancelar o ato delituoso praticado.⁸⁷⁶

No entanto, para além do aspecto temporal quantitativo, é preciso se considerar também outras vertentes essenciais para o enfoque jurídico: a vivência psíquica do tempo de pena, como experiência individual de cada pessoa, o tempo social ou de interação do qual o sujeito da pena foi excluído, e a corporalidade da pena aplicada (condições materiais em que a punição se exerce sobre o corpo do indivíduo).⁸⁷⁷ Assim, a verdadeira medida da prisão provisória, como punição, não corresponde somente ao tempo de sua duração, mas à dor infligida ao corpo do imputado (aspecto material) e também estabelecida pelo tempo perdido de vida (aspecto social), que deverão permear a análise jurídica de sua gravidade. Neste sentido, é fundamental pensar que a prisão ainda é, sobretudo, uma pena corporal, que produz dor física, enfermidades e morte, o que, substancialmente, a caracteriza como uma pena cruel.⁸⁷⁸ Trata-se de uma análise que deve recordar a finitude do ser humano, como destaca Ana Messuti:

"Esto nos recuerda que el cuerpo no sólo envejece, el cuerpo muere. Humanizar las penas no sólo supone hacerlas más humanas, en el sentido de que sean menos bárbaras, sino en el sentido de que se adapten a las condiciones inherentes al ser humano. Y una de esas condiciones, tal vez la más propia, es su finitud. Un

⁸⁷⁵ MESSUTI, Ana. Más allá del tiempo como pena. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.); VACANI, Pablo Andrés. *La Medida del Castigo: el deber de compensación por penas ilegales*. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 36.

⁸⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Qué pena! In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.); VACANI, Pablo Andrés. *La Medida del Castigo: el deber de compensación por penas ilegales*. Buenos Aires: Ediar, 2012, p. 24.

⁸⁷⁷ MESSUTI, Ana. Más allá del tiempo como pena. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.); VACANI, Pablo Andrés. *La Medida del Castigo: el deber de compensación por penas ilegales*. Buenos Aires: Ediar, 2012, pp. 42- 47.

⁸⁷⁸ PAVARINI, Massimo. Prólogo. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.). *La cárcel en el sistema penal*. Barcelona: Bosh, 1996, apud MESSUTI, Ana. Delito, Pena, Tiempo: una proporción imposible. *Revista Ultima Ratio*, Rio de Janeiro, v.1, n. 0, 2006, pp. 282-233.

*pensamiento jurídico que ignore la finitud del ser humano, que es sujeto de derecho, no podrá aspirar ser respetuoso de los derechos de ese ser humano. Tal vez un primer y fundamental derecho humano es el derecho a ser considerado con todas las características que tiene en la realidad un ser humano. Y una de las más importantes es su temporalidad. Tenerlo presente supone ser conscientes de que el tiempo que se le 'tome' con la pena no es sólo tiempo de pena, es su vida misma.*⁸⁷⁹

Assim, é necessário quantificar a prisão preventiva não apenas como uma medida de tempo de cárcere, mas também traduzir esta duração em uma medida qualitativa⁸⁸⁰, que leve em conta o espaço de prisão, as condições em que ela se realizou e o tratamento que tenha sido dado ao imputado preso neste período. Em outras palavras, é necessário identificar, para o fim de cômputo da prisão provisória como pena, o tratamento arbitrário do qual o imputado foi vítima durante o período de encarceramento, vedado pela Constituição, e não apenas a sua duração temporal. São, em verdade duas medidas de punição, uma quantitativa e outra qualitativa, que leve em consideração a gravidade da restrição provocada pelos agentes estatais aos direitos fundamentais do imputado preso.⁸⁸¹ O tempo de prisão, na medida em que tenha sido o imputado submetido a tratamento arbitrário em prisão provisória, deverá necessariamente ser considerado maior, ou seja, mais longo do que indica o mero cômputo temporal, devendo ser compensado no montante total da pena ou, em caso de desproporcionalidade grosseira, dar causa à extinção da punibilidade.⁸⁸²

Para traduzir quantitativamente a dor provocada pelo tratamento arbitrário no cárcere, Pablo Vacani⁸⁸³ sugere que sejam tomadas como critérios as pautas definidas nas Regras Mínimas para Tratamento dos Reclusos. Entende-se que outros tratados e diplomas internacionais de direitos humanos poderiam ser também considerados para os efeitos de definição dos critérios para a aferição destes parâmetros qualitativos, que deveriam ser incorporados na legislação interna dos Estados, de maneira a se buscar efetivar a proporcionalidade no emprego da prisão provisória como um dos limites legais de intolerabilidade desta medida essencialmente irracional. Ressalte-se ainda que, no Brasil, a problemática

⁸⁷⁹ MESSUTI, Ana. Op.cit. p. 47.

⁸⁸⁰ VACANI, Pablo Andrés. Las condiciones cualitativas de prisión: representaciones y efectos sobre la pena. In: ROCHA, Joaquín P.; LUCA, Javier A. de (coords.). *La prisión preventiva como anticipo de pena en América Latina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011.

⁸⁸¹ VACANI, Pablo Andrés. Otra medida de pena: una medida cualitativa del tiempo de prisión. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, n. 2, fev./2010, p. 217.

⁸⁸² Ibid., p. 218.

⁸⁸³ Ibid.

da proporcionalidade da prisão provisória alcança ambos os aspectos – quantitativo e qualitativo – o que mostra que este debate é imprescindível.

Por fim, entende-se que os parâmetros de intolerabilidade da prisão provisória no Brasil consistem, no atual momento social e político atravessado, nos limites traçados pela jurisprudência do Sistema Interamericano, discutidos intensamente no decorrer da tese. Acredita-se que a incorporação dos parâmetros do SIDH no Brasil faz parte de um estágio fundamental para a abertura do sistema processual penal e de seus atores a um modelo fundado na primazia dos direitos humanos, como caminho para emancipação social, através do qual se chegue finalmente a dispensar a dor do cárcere como solução para os conflitos sociais.⁸⁸⁴

Não obstante, é preciso utilizar a força ética do humanismo como caminho para uma crítica que não questione apenas os excessos da aplicação da prisão provisória no caso concreto, mas a prisão provisória *em si*, bem como o funcionamento do sistema penal a partir dela. Assim, a crítica e a busca pelo aperfeiçoamento dos parâmetros de insuportabilidade da prisão provisória não podem cessar ou se dobrar às propostas reformadoras do cárcere que não têm, em verdade, intenção de modificar o *status quo* e sim de mantê-lo. Observa-se em geral uma tendência de que a discussão sobre o abuso ou excessos da prisão e a conseqüente violação de direitos dela decorrentes culminem no discurso sobre a necessidade de sua reforma e humanização. As propostas reformadoras e humanizadoras do cárcere, conforme denunciado por Michel Foucault⁸⁸⁵, ocultam as reais funções do sistema penal, e assim o legitimam, não sendo capazes de oferecer uma crítica que tenha como objetivo alterar verdadeiramente o estado das coisas.

Portanto, é necessário o alerta para que a potência do discurso dos direitos humanos não se converta em reforço de legitimação do controle penal e, assim, em instrumento para a maior expansão do poder punitivo, através, por exemplo, de propostas de construção de mais estabelecimentos prisionais e/ou de

⁸⁸⁴ Conforme assevera Vera Malaguti Batista, pensar em alternativas ao cárcere pressupõe "abandonar o dogma e a cultura da pena", em todas as suas manifestações, através da negação da "dor como solução para a conflitividade social": BATISTA, Vera Malaguti. Depois do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 35.

⁸⁸⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Trad. Lúcia M. Ponde Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1983; FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Conferências IV e V. In: *Cadernos da PUC-Rio*: Rio de Janeiro, 1974.

sua privatização⁸⁸⁶, ou de alternativas à prisão provisória que estimulem a ampliação do controle penal ao invés de privilegiar a liberdade. O caráter expansionista da prisão não será destruído pela construção de mais estabelecimentos prisionais; pelo contrário, quanto mais espaço for disponibilizado, mais confinamento haverá.⁸⁸⁷ Além disso, é preciso atentar que a privatização das prisões, visto como uma forma de redução dos gastos estatais com as mesmas e de sua humanização, obedecerá a uma lógica comercial que também refletirá num aumento do número de reclusos.⁸⁸⁸ Neste sentido, Alessandro Baratta esclarecia que a intenção de mudança, e não de legitimação do *status quo*, deverá nortear toda e qualquer proposta de humanização do cárcere:

*"qualquier paso que pueda darse para hacer menos dolorosas y menos danosas las condiciones de vida en la cárcel, aunque sea sólo para un condenado, debe ser mirado con respecto cuando esté realmente inspirado en el interés por los derechos y el destino de las personas detenidas, y provenga de una voluntad de cambio radical y humanista y no de un reformismo tecnocrático cuya finalidad y funciones sean legitimar a través de cualquier mejoramiento la institución carcelaria en su conjunto."*⁸⁸⁹

Entende-se que os parâmetros humanistas do Sistema Interamericano oferecem, no atual momento histórico brasileiro, um substrato fundamental para pautar a modificação de uma cultura encarceradora que ainda domina as leis e as práticas penais. No entanto, não se pode ignorar que o desenvolvimento destes

⁸⁸⁶ Na América Latina, "las propuestas de reforma implementadas en los últimos años se vinculan principalmente a los problemas de hacinamiento y sobrepoblación; y apuntan a la construcción de más cárceles o permitir que otras instituciones, que se suponen - equivocadamente - más eficientes, se encarguen de la administración carcelaria, como pueden ser los privados o los militares": DAMMERT, Lucía; ZÚÑIGA, Liza. *La cárcel: problemas y desafíos para las Américas*. Santiago, Chile: FLACSO, 2008, p. 20.

⁸⁸⁷ CASTRO, Lola Aniyar de. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos "concordes, seguros e capazes". In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, pp. 91-92.

⁸⁸⁸ Idem, pp. 91-92. Fernando Tagle aponta a tendência, na linha da política norte-americana, para uma prevalência da privatização do cárcere nas novas sociedades de consumo, onde o privado assume posição prevalente nas novas formas de acumulação. Nos anos 1960, com a crise de legitimidade do direito penal em sua proposta ressocializante, houve uma condução da prisão, de acordo com a ideia norte-americana, à uma finalidade incapacitadora do delinquente; hoje, com a falta de credibilidade das instituições e em razão dos novos reclamos por segurança, a provável solução será a informalização ou privatização do cárcere, independentemente de que lhe seja atribuído um papel ressocializante ou incapacitador. Alerta ainda que essa informalização ou privatização da justiça implica o estabelecimento de formas para acumular, ano a ano, um capital maior, ou seja, a "implantação do privado no controle do delito exigirá, cada vez em maior medida, a reprodução do objeto de seu controle, a saber, o crime e o medo que rondam as cidades": TAGLE, Fernando Tenório. A experiência punitiva na condição pós-moderna. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 62.

⁸⁸⁹ BARATTA, Alessandro. Resocialización o Controle Social: por un concepto crítico de reintegración social del condenado. In: ARAÚJO JR., João Marcelo de. *Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 254.

limites, conforme discutido, não foi capaz até o momento de reverter o quadro de superlotação carcerária em diversos países da América Latina, não obstante consista em fundamental arcabouço direcionado a este fim. Isto só evidencia que as normas jurídicas, ainda que representem fundamental instrumento de contrapoder, não bastam por si só, e deverão enfrentar as resistências e contra-reformas políticas direcionadas à manutenção do Estado de polícia. Assim, o Direito deverá estar sempre acompanhado de um robusto discurso crítico e deslegitimador do cárcere, que permita que as propostas jurídicas emancipatórias sejam continuamente aperfeiçoadas e conjugadas a políticas públicas voltadas para o combate à pobreza, à exclusão e à marginalização social. A política de conscientização e educação em direitos humanos para todos os atores do sistema penal e a sociedade em geral também são fundamentais. Assim, quem sabe em um futuro próximo, a sociedade brasileira possa ter condições de abrir mão da prisão provisória, a partir da compreensão de que a dor causada por ela a iguala a uma verdadeira pena cruel, que degrada não apenas o imputado, mas todos nós.

7 Conclusão

Cumpra apresentar aqui conclusões pontuais a que se chegou ao longo de todo o trabalho desenvolvido, além de algumas observações e reflexões derradeiras.

O objetivo central deste trabalho era discutir, de forma crítica, o problema que a prisão provisória representa no plano dos direitos humanos, a partir de seu funcionamento real no Brasil e no contexto da América Latina, onde está intrinsecamente relacionada ao fenômeno de encarceramento em massa que assola a região, à desfuncionalidade dos sistemas de justiça criminal e a um quadro desolador de violação de direitos de milhões de pessoas que ostentam o *status* de inocentes.

1- Através da análise de dados oficiais disponíveis sobre o sistema carcerário brasileiro (2003 a 2012), foi possível constatar que prisão provisória representa, indubitavelmente, uma das faces ou causas do fenômeno de encarceramento em massa presente no Brasil. Além disso, verificou-se que a prisão provisória possui uma atuação preferencial no sistema de justiça criminal brasileiro, impondo-se como principal instrumento encarcerador, e, assim, como uma das mais violentas manifestações do poder coercitivo do Estado brasileiro na atualidade. A realidade dos presos sem condenação definitiva no Brasil aproxima-se da realidade da América Latina, não obstante as especificidades de cada país, e pode ser também situada num contexto mundial de encarceramento excessivo.

2- O Sistema Interamericano de Direitos Humanos possui uma consolidada jurisprudência sobre os princípios orientadores e limites da prisão provisória de acordo com a Convenção Americana e demais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. A Corte Interamericana desenvolveu, a partir da década de 90 do século passado, uma substancial jurisprudência sobre a matéria, através de decisões de casos contenciosos paradigmáticos sobre prisão preventiva arbitrária. Por sua vez, a Comissão Interamericana tem buscado conferir aos parâmetros jurisprudenciais da Corte IDH um conteúdo mais concreto e aprimorado, de maneira a fornecer aos agentes

estatais e aos operadores do direito ferramentas objetivas e eficazes para conter e reduzir a prisão provisória nos Estados americanos.

3- A jurisprudência do SIDH parte do princípio de presunção de inocência e do direito fundamental à liberdade individual, reconhecidos na Convenção Americana e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, para construir todos os parâmetros ou limites da prisão provisória, consubstanciados nos princípios de excepcionalidade, subsidiariedade, proporcionalidade e temporalidade da prisão preventiva. Além dos princípios, a Corte IDH e a CIDH desenvolvem considerações fundamentais sobre as garantias processuais necessárias ao controle da prisão preventiva. Trata-se de material inovador para a discussão da prisão preventiva no Brasil.

4- Como exigência dos princípios de presunção de inocência e da excepcionalidade, o SIDH afasta toda e qualquer fundamentação que atribua à prisão preventiva finalidades ou fins preventivos próprios à pena, rechaçando expressamente: **(i)** o alarme público e a repercussão social e econômica causados pelo delito; **(ii)** a periculosidade do imputado; e **(iii)** o perigo de reiteração delitiva, considerado como justificativa válida pelo TEDH e diversas Cortes Constitucionais, e admitida expressamente em diversos ordenamentos jurídicos de países democráticos americanos e europeus, inclusive do Brasil. O SIDH somente admite a decretação da prisão preventiva para garantir o desenvolvimento eficaz da persecução penal (hipótese de risco para a instrução criminal) e a efetividade da ação da justiça (hipótese de risco de fuga do imputado), consideradas justificativas de natureza processual.

5- O SIDH também não admite a decretação da prisão preventiva fundada *exclusivamente* em critérios extra-processuais como a gravidade do delito, a espécie de crime imputado e as características pessoais do acusado. Tais critérios poderão ser considerados, desde que pautados nas circunstâncias e elementos objetivos do caso concreto, não podendo implicar em presunção de fuga.

6- O risco de fuga poderá ser aferido com base na gravidade do delito e na severidade da pena, mas, com o decorrer do tempo, estes critérios não serão mais adequados para se avaliar a probabilidade de evasão e não justificam o prolongamento da prisão a título cautelar. Da mesma forma, a necessidade da prisão preventiva para se assegurar a atividade persecutória deverá ser reavaliada

quando a prisão avança no tempo, uma vez que o risco real de o imputado constranger testemunhas não mais estará presente na medida em que a instrução se desenvolve.

6- A prisão preventiva, de acordo com o SIDH, somente poderá ser decretada se estiver presente seu pressuposto substantivo (elementos probatórios idôneos e razoáveis sobre a existência do delito e da participação do imputado na infração penal).

7- Consoante a jurisprudência do SIDH, a excepcionalidade da prisão preventiva deverá ser compreendida à luz do princípio de presunção de inocência e da existência de um sistema multifacetado de medidas cautelares pessoais, de maneira que a regra no processo penal seja a liberdade mais ampla possível e que a prisão preventiva assuma um caráter subsidiário em relação às medidas cautelares menos gravosas.

8- A prisão preventiva, de acordo com o SIDH, deverá ainda pautar-se pela proporcionalidade, o que significa dizer que ela deverá obedecer aos seguintes sub-princípios ou exigências: **(i)** de adequação (ser idônea a cumprir o fim a que se propõe perseguir); **(ii)** de necessidade (ser considerada no caso concreto, dentre todas as medidas cautelares previstas em lei, um instrumento indispensável para alcançar o fim desejado); **(iii)** de proporcionalidade em sentido estrito, que comporta duas dimensões paralelas. Por um lado, a proporcionalidade em sentido estrito exige que a prisão preventiva não exceda ou se equipare à gravidade da pena, seja em quantidade (tempo de encarceramento), seja em qualidade (inadmissibilidade da prisão cautelar quando a pena cominada à infração não seja privativa de liberdade e quando cabível, em tese, a suspensão do processo). Por outro lado, ela também exige que seja feita uma ponderação no caso concreto se o sacrifício inerente à privação de liberdade imposto ao imputado (e também à sociedade) não resulte exagerado em relação às vantagens obtidas com o cumprimento da finalidade da medida. A proporcionalidade é um princípio que deverá pautar a análise prévia à aplicação não apenas da prisão preventiva, mas de toda e qualquer medida cautelar.

9- O SIDH afirma incisivamente que o prolongamento excessivo da privação de liberdade durante o processo converte a prisão preventiva em pena, enfraquecendo e invertendo o sentido do princípio de presunção de inocência.

10- O SIDH não estabelece uma obrigação para os Estados-partes de fixação *in abstracto* de um prazo razoável de duração da prisão preventiva. A jurisprudência da Corte IDH, da mesma forma que o TEDH, elege apenas critérios para a aferição, no caso concreto, da razoabilidade ou irrazoabilidade do prazo: **(i)** a complexidade da matéria; **(ii)** a conduta das autoridades; **(iii)** a atividade processual do interessado (imputado), que, no entanto, não poderão ser confundidas com as atividades inerentes ao exercício do direito de defesa.

11- De acordo com o SIDH, o Estado-parte tem a faculdade de fixar em lei um prazo máximo de duração da prisão preventiva, como expressão do princípio da proporcionalidade como inequivalência entre pena e medida cautelar. Nesta hipótese, o prazo legal deverá ser considerado um prazo-limite para a prisão preventiva, que, se ultrapassado, denuncia a irrazoabilidade na duração do encarceramento. Assim, uma vez extrapolado o prazo legal, o Estado deverá colocar o imputado imediatamente em liberdade, ou, sendo necessário, decretar uma medida cautelar menos gravosa. Em hipótese alguma poderá o Estado decretar novamente a prisão preventiva, se o prazo-limite definido em lei escoou. Em todo caso, a fixação em lei de um prazo de duração da prisão preventiva não exime o Estado do dever de fundamentação do encarceramento no caso concreto.

12- A Comissão Interamericana indica ainda um critério objetivo para aferição, no caso concreto, da irrazoabilidade da duração temporal da prisão preventiva: o cumprimento de 2/3 da pena mínima cominada ao delito imputado. Este critério poderá ser adotado em duas hipóteses: **(i)** quando o Estado não estabeleça em lei um prazo máximo de duração da prisão preventiva; **(ii)** quando, ainda que o Estado tenha fixado em lei um prazo máximo para a prisão preventiva, este limite seja excessivo ou mais gravoso do que critério estabelecido pela CIDH. Nesta última hipótese, o critério eleito pela CIDH deverá ser aplicado como exigência do princípio *pro homine*.

13- O princípio *pro homine*, consagrado no artigo 29, *b*, da CADH, consiste em critério de interpretação do direito internacional, que impõe a aplicação da norma mais favorável ou mais ampla à tutela dos direitos humanos no caso concreto, seja ela uma norma internacional ou interna. Deve ser utilizado não apenas pelos tribunais internacionais, mas também pelos tribunais dos Estados-partes, como ferramenta hermêutica, de maneira a se aplicar no caso concreto a norma mais ampla ou a adoção da interpretação mais extensiva, quando

se trata de reconhecer direitos humanos e, inversamente, a norma ou a interpretação mais restritiva quando se trata de estabelecer limitações ao exercício dos direitos.

14- A jurisprudência do SIDH desenvolve considerações fundamentais sobre as garantias processuais elencadas nos artigos 7.4 e 7.5 da CADH, consideradas procedimentos fundamentais para se prevenir ilegalidades e arbitrariedades na decretação da prisão e em sua manutenção. O SIDH sublinha que tais garantias decorrem do dever do juiz de garantir os direitos fundamentais dos imputados presos.

15- O SIDH exige, em conformidade com o artigo 7.5 da CADH, que o preso seja apresentado pessoal e imediatamente à autoridade com poderes judiciais, não bastando o simples conhecimento judicial da prisão ou da causa, ou a simples remessa ao juiz competente do inquérito policial correspondente.

16- De acordo com SIDH, o dever do juiz de garantir os direitos fundamentais do preso implicará não apenas no controle judicial imediato à prisão, mas também no reexame contínuo da privação de liberdade ao longo do tempo. O juiz deverá revisar *ex officio* as decisões que autorizem medidas cautelares pessoais, e não apenas quando são provocados pela defesa.

17- O SIDH destaca a *situação agravada de vulnerabilidade da pessoa presa ilegalmente*, exposta ao risco de que lhe sejam violados muitos outros direitos além da liberdade. Verificou-se, através dos casos contenciosos analisados, que a prisão provisória desencadeia diversas outras violações aos direitos do imputado, sobretudo quando prolonga-se no tempo. Além da violação à integridade pessoal do preso provisório, verificou-se a afetação de outros direitos e garantias processuais, sobretudo o direito de defesa e o direito ao recurso e outros meios de impugnação das decisões judiciais, além da irrazoabilidade do prazo de prisão preventiva.

18- A Corte IDH reconhece os danos causados pela prisão provisória arbitrária, prolongada e excessiva não apenas aos acusados, mas também às suas famílias, sublinhando a ruptura familiar e os reflexos econômicos e emocionais decorrentes, determinando o pagamento de indenização pelos danos materiais e morais sofridos pelas vítimas. Também estabelece, a partir do reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado no caso concreto, recomendações aos Estados condenados, para que façam as necessárias modificações de sua

legislação interna em consonância com as exigências da CADH e outros tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

19- Desde o momento em que um tratado internacional é ratificado pelo Estado, suas disposições normativas tornam-se obrigatórias, passando a vincular todos os poderes, órgãos e agentes estatais, criando obrigações executivas, legislativas e judiciais. Os Estados americanos, ao ratificarem a CADH e outros tratados internacionais, assumem o compromisso de legislar, interpretar e aplicar as normas relativas à prisão processual em conformidade e harmonia com as premissas em matéria de direitos humanos traçadas nestes diplomas internacionais. Esta obrigação estatal deve ser exercida pelos tribunais e demais autoridades públicas, através do denominado *controle de convencionalidade interno ou estatal*, que consiste na compatibilização de seus atos e normas jurídicas internas à CADH e aos demais tratados internacionais de direitos humanos.

20- As Constituições Políticas dos Estados americanos e os instrumentos internacionais do SIDH, em especial a CADH, configuram um bloco jurídico de tutela dos direitos humanos no âmbito dos Estados-partes, de maneira que as leis infraconstitucionais deverão se sujeitar não apenas ao *controle de constitucionalidade*, mas também a um *controle de convencionalidade*. Assim, as normas constitucionais e convencionais consistem em parâmetro de validade das leis infra-constitucionais no plano do direito interno. No entanto, esta dupla base normativa, de acordo com o espectro humanista, não deverá ser interpretada e aplicada pelos Estados-partes através de critérios hierárquicos, mas de acordo com o princípio *pro persona, favor libertatis ou pro homine*, que inverte o paradigma baseado na soberania estatal e na pirâmide hierárquica das leis.

21- A CIDH e a Corte IDH são responsáveis pela aferição da responsabilidade internacional dos Estados pela violação de direitos humanos reconhecidos nos instrumentos internacionais do Sistema Interamericano. Nesta tarefa, tais órgãos devem verificar a compatibilidade de atos ou omissões estatais com a CADH e outros tratados de direitos humanos ratificados, procedimento denominado *controle de convencionalidade externo ou internacional*.

22- Para a Corte IDH, o controle de convencionalidade é um dever dos Estados-partes, que deverá ser realizado *ex officio* por todos os órgãos e agentes estatais, que deverão, nesta tarefa, pautar-se na interpretação que este tribunal faça

dos dispositivos da Convenção Americana, como seu intérprete final. Para a Corte IDH, sua jurisprudência é vinculante não apenas para os Estados que atuem como partes no contencioso internacional, mas para todos os Estados-partes na CADH que tenham reconhecido a sua competência jurisdicional. Esta posição tem sido amplamente aceita pelos internacionalistas, mas possui algumas oposições.

23- Com relação ao valor das recomendações e das interpretações contidas nos relatórios finais da Comissão Interamericana, ainda há muitas controvérsias entre os estudiosos do controle de convencionalidade. A Corte IDH entende que os Estados-partes na CADH tem a obrigação de realizar seus melhores esforços para aplicar as recomendações de um órgão de proteção como a Comissão Interamericana. A maioria dos doutrinadores entende que tais recomendações não são vinculantes para os Estados-partes como o são os pronunciamentos da Corte IDH.

24- Entende-se que os parâmetros interpretativos da CADH firmados através da jurisprudência da Corte IDH e dos *informes* da CIDH deverão pautar a conduta de todos os órgãos e agentes do poder público no Brasil, em todas as suas esferas. Seguindo a orientação da Corte IDH, este controle de convencionalidade do direito brasileiro deverá realizar-se independentemente de provocação, e deverá pautar-se primordialmente na jurisprudência da Corte IDH, como intérprete definitiva das disposições da CADH, mas também nas recomendações da CIDH.

25- O controle de convencionalidade, enquanto diálogo interjurisdicional fundado nos direitos humanos, depende em grande parte do grau de absorção deste novo paradigma no plano normativo-constitucional e no plano jurisdicional dos Estados-partes.

26- A Constituição brasileira confere, de forma expressa, hierarquia constitucional a determinados tratados de direitos humanos aprovados mediante quórum qualificado especificado no artigo 5º, §3º. Aos demais tratados de direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal atribui o *status* de norma supra-legal. O reconhecimento de *status* constitucional ou supra-legal aos tratados de direitos humanos tem o condão de alçar tais diplomas a um lugar prioritário no ordenamento jurídico brasileiro, aos quais todas as leis infra-constitucionais deverão conformar-se.

27- Todas as leis no Brasil deverão ser objeto de um controle de constitucionalidade e de convencionalidade, de maneira que seja verificada a sua conformação com a Constituição e com os tratados internacionais de direitos humanos.

28- O STF, como Corte Constitucional, deverá desempenhar importante papel no controle de convencionalidade das leis e atos estatais no Brasil, inclusive para orientar a atuação dos demais juízes e tribunais. Não obstante, este tribunal não possui a cultura de pautar sua jurisprudência nos *standards* do Sistema Interamericano. O precário exercício do controle de convencionalidade pelo STF repercute intensamente no funcionamento do Judiciário, onde esta modalidade de controle é praticamente inexistente, e, conseqüentemente, na atuação de todos os atores jurídicos, notadamente naqueles que atuam na justiça criminal.

29- Com o estudo do controle de convencionalidade em algumas Cortes Constitucionais e Tribunais Superiores da América Latina, verificou-se, com ainda maior clareza, que a Corte Constitucional brasileira reconhece e exerce, de forma precária, o controle de convencionalidade, se comparado com Estados como Colômbia, Costa Rica, Argentina e México.

30- Impera no Brasil o desconhecimento ou pouca familiaridade dos magistrados e demais operadores do direito com os mecanismos, instrumentos e decisões do Sistema Interamericano, o que implica em resistência em incorporar o direito internacional dos direitos humanos às suas práticas. No âmbito da justiça criminal, esta cultura de desconhecimento e resistência aos parâmetros do SIDH agrava a política encarceradora vigente.

31- Esta realidade de desconhecimento e descumprimento do direito internacional dos direitos humanos no Brasil, que também está presente em outros países da América Latina, tem fundamentalmente raízes políticas, relacionadas ao histórico de ditadura militar e ao reconhecimento tardio da competência jurisdicional da Corte IDH. O histórico de mais de vinte anos de violência institucional retardaram e comprometeram o regime democrático e a proteção dos direitos humanos no Brasil, bem como a educação e formação em direitos humanos dos profissionais do direito.

32- O desconhecimento sobre o direito internacional dos direitos humanos e o reduzido grau de exercício do controle de convencionalidade no Brasil se reflete na participação ou ativismo jurídico do Brasil no Sistema

Interamericano. Não existem casos contenciosos contra o Brasil decididos pela Corte IDH que digam respeito a violações de direitos humanos de pessoas submetidas à investigação ou a processo criminal. Existem medidas cautelares e provisórias determinadas pela CIDH e pela Corte IDH contra o Brasil, envolvendo o sistema penitenciário. Uma parte considerável das recomendações determinadas pelo SIDH ao Brasil refere-se a atos de competência de órgãos estatais responsáveis pela segurança pública e pelo sistema penal, que exercem funções essenciais à justiça, e relacionam-se ao dever estatal de garantir os direitos humanos dos presos. Trata-se de uma reminiscência do regime autoritário e da cultura jurídica de violência e impunidade forjada em períodos históricos ditatoriais, enraizada na atuação e no perfil dos agentes públicos encarregados do funcionamento do sistema penal.

33- O controle de convencionalidade no âmbito da justiça criminal brasileira é uma medida necessária, que deve ser encarada como parte importante da luta pela proteção e efetividade dos direitos humanos daqueles que são investigados e processados criminalmente e de fortalecimento das instituições democráticas no Brasil.

34- A história do processo penal evidencia que a prisão provisória é um instrumento simbólico de controle social, que supre a necessidade de resposta política imediata aos reclamos punitivos e nega, na prática, os direitos humanos, reafirmando cotidianamente a força coercitiva estatal.

35- Através da retrospectiva do tratamento jurídico que prisão provisória recebeu no Brasil ao longo do tempo, foi possível verificar avanços e retrocessos no plano do reconhecimento e efetividade dos direitos humanos dos presos.

36- O Código de Processo Penal de 1941 contemplava modalidades de prisão provisória obrigatórias e como meio de defesa social, que serviu tanto à política autoritária de sua época, quanto ao regime militar ditatorial que se instalou no Brasil nos anos sessenta do século passado.

37- A herança inquisitiva, de discriminação social e violência deixada pelo Código de 1941 não foi facilmente abandonada, inclusive, após o advento da Constituição Republicana de 1988. As mudanças no sistema original do Código de 1941 foram ocorrendo de forma lenta e gradual, através de alterações legislativas parciais e assistemáticas, com avanços e recuos em matéria de prisão e liberdade, o que permitiu que se fosse consolidando no país uma cultura

marcadamente inquisitorial, enraizada na prática dos operadores do direito até os dias atuais.

38- Com a Constituição de 1988, inaugura-se no Brasil um novo modelo de processo penal. O modelo autoritário do Código de Processo Penal de 1941, baseado na presunção de culpabilidade e periculosidade do imputado, transformou-se num instrumento de tutela de indivíduos suspeitos, acusados ou réus, face ao poder punitivo do Estado. À luz do princípio de presunção de inocência, a Constituição de 1988 passa a exigir que as disposições do Código de 1941 referentes à prisão provisória sejam readequadas aos parâmetros do novo paradigma de processo penal brasileiro.

39- No entanto, o princípio de presunção de inocência, como regra de tratamento do imputado, não produziu, após o advento da Constituição, efeitos jurídicos relevantes e as práticas arbitrárias permaneceram. Este princípio constitucional não determinou uma mudança na mentalidade e na atuação dos operadores do direito. Formou-se no Brasil uma enorme distância entre a teoria que sustenta a prisão como cautela e a prática massiva de encarceramentos decretados sem fundamentação idônea.

40- A década de 90 e início dos anos 2000 caracterizou-se por um intenso processo legiferante em matéria penal e processual penal, que representou um grave retrocesso na tutela dos direitos e garantias fundamentais dos acusados, com implicações desastrosas para o regime da prisão processual e da liberdade provisória, com profundos impactos até os dias atuais. Pode-se dizer que o rigor da legislação aprovada neste período – que instituiu a prisão temporária, restabeleceu a prisão preventiva obrigatória e insistiu na prisão como condição para o réu recorrer – contribuiu significativamente para o encarceramento em massa que se instalou definitivamente no Brasil a partir de então. Contribuiu também para isso a demora da jurisprudência dos Tribunais Superiores em reconhecer a inconstitucionalidade das normas do Código de Processo Penal e de leis esparsas que contemplavam modalidades de prisão processual obrigatórias e a exigência de recolhimento do réu à prisão como condição para apelar, assim como a ausência de regulamentação legal do princípio da razoável duração da prisão preventiva, reconhecido na CADH e pela Constituição brasileira a partir da reforma de 2004.

41- Até o ano de 2008, o sistema de medidas cautelares pessoais, além de confuso e assistemático, era polarizado nos instrumentos extremos da prisão processual e da liberdade provisória e contemplava modalidades de prisão compulsórias no momento da pronúncia e da sentença condenatória recorrível. Esta situação começou a ser modificada a partir da aprovação paulatina de um conjunto de projetos parciais de reforma do Código de Processo Penal, elaborado pela Comissão Grinover em 2000.

42- As reformas parciais de 2008 determinaram a abolição das prisões compulsórias no momento da pronúncia e da sentença condenatória recorrível, assim como da prisão como condição para o réu apelar da sentença condenatória, adequando o sistema do Código aos princípios de presunção de inocência, do duplo grau de jurisdição e da ampla defesa. Tais alterações legislativas ocorreram paralelamente à mudança de posicionamento jurisprudencial acerca da constitucionalidade das modalidades de prisão processual obrigatórias contempladas no Código de Processo Penal e em diversas leis ordinárias.

43- Em 2011, foi finalmente aprovado o projeto de lei que propunha a reforma do sistema de cautelares pessoais brasileiro. A Lei nº 12.403/2011 alterou o regime jurídico do Código sobre a matéria, complementando a reforma legislativa iniciada em 2008, e passando a prever um novo sistema multifacetado ou polimorfo de medidas cautelares pessoais. Esta modificação jurídica coincidiu com a pressão política advinda da publicidade que se passou a dar ao abuso da prisão preventiva no Brasil, e, conseqüentemente, com a necessidade de se conter a aplicação de prisão antes no trânsito em julgado de sentença final, reservando-a para os casos mais extremos.

44- Com a previsão de medidas cautelares diversas da prisão e da liberdade provisória no Código de Processo Penal, esperava-se uma mudança radical em relação ao modelo anterior, centrado no encarceramento como principal instrumento de acautelamento do processo. Não obstante, a simples previsão de um rol diversificado de medidas cautelares pessoais não foi capaz de produzir uma verdadeira modificação do sistema pátrio e uma efetiva alteração do cotidiano forense, não sendo portanto suficiente para produzir os resultados esperados de redução do número de presos provisórios no Brasil.

45- Pela análise realizada a respeito das mudanças carreadas pela Lei nº 12.403/2011 face às exigências do Sistema Interamericano, pode-se concluir que a

pretendida mudança paradigmática no sistema de cautelares pessoais brasileiro, pautada na tutela efetiva dos direitos humanos, não realizou-se. A ausência de coerência epistemológica persiste, causada por um modelo assistemático e conflitante, que prevê, ao mesmo tempo, medidas cautelares alternativas ao encarceramento e mecanismos que permitem a manutenção da prisão preventiva como principal instrumento de acautelamento do processo. Além disso, o modelo mantém a lógica encarceradora sem sequer cercar a prisão de garantias processuais efetivas e de procedimentos concretos para a proteção dos direitos humanos do imputado, em aberta desconformidade com os parâmetros do SIDH.

46- O Projeto de reforma do CPP (PLS 156/09) mostra um maior compromisso com a sistematicidade e mudança do *status quo*, não obstante algumas continuidades e o grave retrocesso no tocante à fundamentação da prisão preventiva, motivado por contra-reformas políticas que poderão comprometer futuramente a real transformação que se espera no sistema de cautelares pessoais. Entende-se que o PLS 156/09, exceto com relação à fundamentação da prisão preventiva, atende aos parâmetros do SIDH.

47- Conclui-se que o novo sistema de cautelares pessoais brasileiro inaugurado pela Lei 12.403/2011, não atende ou se conforma aos parâmetros do SIDH, por que: **(i)** não reconhece, de forma efetiva, a prisão preventiva como medida excepcional e subsidiária, uma vez que contempla normas que permitem interpretar que a prisão ainda é, dentre as demais medidas legais, o instrumento preferencial de acautelamento do processo; **(ii)** reconhece à prisão preventiva fins considerados ilegítimos de acordo com a CADH, a saber, a finalidade de garantir a ordem pública e econômica e de evitar a reiteração delitiva; **(iii)** não regulamentou o princípio da proporcionalidade enquanto inequivalência quantitativa entre pena e prisão cautelar, deixando de prever critérios objetivos para a aferição da duração razoável da prisão cautelar, dentre eles, prazos-limite para a sua duração; **(iv)** não reconfigurou o papel do juiz criminal como verdadeiro garantidor dos direitos fundamentais dos imputados, uma vez que não criou mecanismos efetivos de controle periódico da prisão preventiva; **(v)** não estabelece a obrigatoriedade de apresentação pessoal e imediata do preso em flagrante delito ao juiz com o objetivo de realizar um controle da legalidade da prisão e posterior necessidade de manutenção do encarceramento a título cautelar,

conforme exigido pelo artigo 7.5 da CADH; **(vi)** não contempla o dever judicial de reexame periódico dos limites da prisão preventiva.

48- Ainda que o SIDH não exija a regulamentação estatal *in abstracto* do prazo razoável da prisão preventiva, entende-se que a previsão de prazos máximos no Brasil é fundamental, porque imprescindível ao controle da prisão processual, à contenção do poder coercitivo do Estado, e à proteção dos direitos fundamentais do processado preso. A omissão do Estado brasileiro em regulamentar o prazo-limite da prisão preventiva consiste em desídia inescusável face às condições de prisão e à violação continuada de direitos a que são submetidas as pessoas presas.

49- A ausência de previsão expressa na legislação ordinária da garantia da apresentação pessoal e imediata do preso ao juiz não exime os juízes e tribunais brasileiros do dever de adotar este procedimento, uma vez que a Convenção Americana, que o exige, faz parte do direito positivo brasileiro. Assim, o artigo 7.5 da CADH, como norma mais favorável ao imputado, deverá ser aplicada, em virtude do *princípio pro homine*, preferentemente ao artigo 5º, inciso LXII, da Constituição brasileira.

50- A prisão provisória produz profundos e diversos impactos sobre o imputado, suas famílias, comunidades e Estados, afetando, de forma dolorosa e muitas vezes irreversível, as pessoas pertencentes aos grupos sociais mais vulneráveis e expostos à exclusão, marginalização e não integração à sociedade: pessoas pobres, sem instrução, desempregadas ou em situação de trabalho informal, doentes e portadoras de deficiências físicas ou mentais, mulheres, estrangeiros, e pertencentes a minorias religiosas e étnicas. No Brasil, assim como em diversos países da América Latina, os presos são majoritariamente acusados ou condenados por delitos contra a propriedade e relacionados ao tráfico de drogas, muitas vezes praticados sem violência ou como pequenos traficantes, que revelam a baixa periculosidade de sua conduta.

51- A prisão provisória excessiva produz, além de consequências humanas individualizadas sobre a integridade física e psíquica do imputado e de seus familiares, impactos sociais e econômicos relevantes para comunidades e Estados.

52- A prisão provisória agrava as mesmas situações de vulnerabilidade (instabilidade ou ausência de emprego, renda e residência) utilizadas freqüentemente pelos operadores judiciais como indicadores de riscos

justificadores da prisão preventiva. Assim, o processo penal, através da prisão provisória, duplica a vulnerabilidade das famílias, e neste sentido, também replica a potência de castigo do sistema penal àqueles que não são seus destinatários, contribuindo para gerar novas situações de risco social.

53- A prisão provisória é a porta de seleção daqueles que, antes de sua inserção no mundo do crime, já sofrem com a ausência de representação ou integração na sociedade. O sofrimento e os impactos da prisão provisória sobre grupos vulneráveis se traduzem verdadeiramente como cidadania cassada.

54- O sistema penal acentua a invisibilidade social dos grupos vulneráveis por ele selecionados, na medida de sua capacidade de ocultação das práticas penitenciárias. A invisibilidade social do preso provisório conduz à naturalização da violação de seus direitos no sistema carcerário, problemática que, em geral, não faz parte da agenda pública e política, mas que consiste em indicativo da aguda deficiência do Estado de direito e da democracia no Brasil.

55- A realidade de violações de direitos humanos e dos profundos impactos da prisão provisória mostra que a problemática apresentada envolve o funcionamento de todas as instituições, e reclama uma ação ou política de proteção de direitos integrada.

56- É fundamental um debate público informativo e de sensibilização social para o problema complexo que representa a prisão provisória, e que enfrente os mitos que a envolvem, de maneira a se aproximar a sociedade dos problemas relativos ao sistema penal e carcerário e que afeta a todos.

57- A partir dos impactos dolorosos da prisão provisória e da desconstrução dos falsos mitos ou dilemas que a rodeiam, é possível ressignificá-la como pena ou castigo, ou seja, como puro exercício de poder punitivo, destinado à contenção do *inimigo* ou do *Outro* não assimilável pela sociedade.

58- A prisão provisória é uma pena ou castigo que, explicitamente, transcende a pessoa do acusado para afetar os direitos e a vida de outras pessoas *inocentes*, o que mostra, na prática, uma verdadeira impossibilidade dos direitos humanos face ao encarceramento a título cautelar.

59- Os impactos da prisão provisória sobre o imputado, assim como a violação do princípio da intranscendência do castigo ou da punição mostram que esta modalidade de encarceramento afeta o princípio da *proporcionalidade enquanto inequivalência qualitativa entre pena e medida cautelar*. Através da

ponderação entre os sacrifícios produzidos pela prisão cautelar ao imputado, à sua família e comunidade e também à sociedade, e as possíveis vantagens obtidas com o cumprimento dos fins da medida, verifica-se uma desproporcionalidade flagrante entre meios e fins, o que revela a injustiça que permeia o emprego deste perverso instrumento jurídico.

60- A partir de sua deslegitimação como medida cautelar, é possível discutir caminhos para a futura abolição da prisão preventiva como uma medida que se equipara às penas cruéis e degradantes.

61- Partindo-se do pressuposto da ilegitimidade e imoralidade da prisão provisória, mas também da consciência da impossibilidade de seu completo banimento no contexto social e político atual, é necessário construir parâmetros de intolerabilidade da prisão preventiva, ou seja, limites concretos que a conformem como uma medida insuportável. Portanto, tais parâmetros não deverão ser considerados como legitimadores da prisão preventiva, e sim como indicadores do grau máximo de irracionalidade tolerável desta antecipação de pena.

62- Entende-se que os parâmetros de intolerabilidade da prisão provisória no Brasil consistem, no atual momento social e político atravessado, nos limites traçados pela jurisprudência do Sistema Interamericano. Acredita-se que a incorporação dos parâmetros do SIDH no Brasil faz parte de um estágio fundamental para a abertura do sistema processual penal e de seus atores a um modelo fundado na primazia dos direitos humanos.

63- Estes parâmetros de intolerabilidade da prisão preventiva deverão ser continuamente alargados, como exigência de aperfeiçoamento do Estado de direito no Brasil. A crítica e a busca pelo aperfeiçoamento dos parâmetros de insuportabilidade da prisão provisória devem partir de um pressuposto de ilegitimidade, de maneira a oferecer resistência às propostas reformadoras do cárcere que não têm, em verdade, intenção de modificar o *status quo* e sim de mantê-lo.

64- Entende-se ainda que a verdadeira medida da prisão provisória, como punição, não corresponde somente ao tempo de sua duração, mas à dor infligida ao corpo do imputado (aspecto material) e também estabelecida pelo tempo perdido de vida (aspecto social), que deverão permear a análise jurídica de sua gravidade. É necessário quantificar a prisão preventiva não apenas como uma medida de tempo de cárcere, mas também traduzir esta duração em uma medida

qualitativa, que leve em conta o espaço de prisão, as condições em que ela se realizou e o tratamento que tenha sido dado ao imputado preso neste período. Assim, é necessário identificar, para o fim de cômputo da prisão provisória como pena, o tratamento arbitrário do qual o imputado foi vítima durante o período de encarceramento, vedado pela Constituição, e não apenas a sua duração temporal. Este aspecto fundamental do princípio da proporcionalidade deverá nortear o tratamento da prisão provisória no Brasil como um dos parâmetros fundamentais de intolerabilidade da prisão preventiva.

8 Referências bibliográficas

ABORN, Richard M.; CANNON, Ashley D. **Prisons: in jail, but not sentenced.** Americas Quaterly, março de 2013.

ABOSO, Gustavo Eduardo. El nuevo Código procesal penal francés y el afianzamiento de las garantías de las personas sometidas a proceso: a propósito de affaire Selmoni resuelto por la Corte Europea de DDHH. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, Lima, 7/8, n.11, 2002, pp. 581-595.

ABREGÚ, Martín. Apuntes sobre la eficacia de la Comisión Interamericana de derechos humanos y la aplicación de sus decisiones por los Estados parte. **Revista Argentina de Derechos Humanos**. Año 2, nº 1, Buenos Aires, 2004.

_____. La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción. In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (comps.). **La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires: Del Puerto, 1997.

ALBANESE, Susana. La garantía del plazo razonable. **Nueva Doctrina Penal**, Buenos Aires, 1999/A, pp. 171-173.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación com el control de constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ALFONSO, César. La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010.

ALLEN, Rob. Implicaciones epidemiológicas de las condiciones carcelarias. In: VILLANUEVA, Gabriel Cavazos; BOCANEGRA, Martín Carlos Sánchez; TOMASINI-JOSHI, Denise (coords). **Retos de la Reforma Penal: equilibrando la presunción de la inocencia y la seguridad pública**. México: Institución Renace: Cátedra Estado de Derecho de la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey (EGAP), 2009.

ALMEIDA, Gabriel Bertin de. A prisão preventiva para a garantia da ordem pública na Lei 12.403/2011. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 19, n. 229, dez./2011, pp. 14-16.

AMBOS, Kai; WOISCHNICK, Jan. Las reformas procesales penales en América Latina: resumen comparativo de los informes nacionales. In: AMBOS, Kai; WOISCHNICK, Jan (coords.). **Las reformas procesales penales en América Latina**. Argentina: Ad-Hoc, 2000.

ANITUA, Gabriel Ignacio. A América Latina como Instituição de Sequestro. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 186.

ARAÚJO, Nádia; ANDREIULLO, Inês da Matta. A internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos. In: ARAÚJO, Nádia; BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. **Os direitos humanos e o Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARENAL, Concepción. **Estudios penitenciarios**. Madrid, 1877.

AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan-Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. **Derecho Jurisdiccional III: Proceso Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ASSY, Bethania. **A Dignidade dos Invisíveis - Invisibilidade Social, Reconhecimento e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, mimeo.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas cautelares alternativas. In: FERNANDES, Og (coord.). **Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04-05-2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BALDEZ, Maria Ignez. Dispositivos legais desencarceradores. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. "Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito comparado e no discurso transnacional. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **Estudos avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: emergência de um novo Direito Público**. São Paulo: Elsevier, 2013.

BASCH, Fernando; FILIPPINI, Leonardo; LAYA, Ana; NINO, Mariano; ROSSI, Felicitas; SCHREIBER, Bárbara. A eficácia do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: uma abordagem quantitativa sobre seu funcionamento e sobre o cumprimento de suas opiniões. **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v.7, n. 12, jun. 2010.

BASTOS, Celso; MARTINS, Yves Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988-1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. **Direito Público: Revista Oficial do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP**. São Paulo, v. 8, n. 45, maio/junho de 2012.

_____. El derecho procesal constitucional frente al siglo XXI: actualidad y desafíos. In: BAZÁN, Víctor (Coord.) **Derecho procesal constitucional americano y europeo. Tomo I**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

_____. El derecho internacional de los derechos humanos en la percepción de la Corte Suprema de Justicia Argentina. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. São Bernardo do Campo, v.14, n.16, 2010.

BECK, Francis. Apontamentos críticos sobre a prisão provisória no direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Rio de Janeiro, ano 1, 2001.

BELAUNDE, Domingo García; MANCHEGO, José Felix Palomino. E control de convencionalidad en el Perú. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 667-668.

BENJAMIN, Walter. **Para una crítica de la violencia**. Trad. Hector A. Murena. Buenos Aires: Leviatán, 1995.

BERNARDES, Márcia Nina. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação das decisões internacionais. **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, v. 8, n.15, dez. 2011.

BIGLIANI, Paola; BOVINO, Alberto. **Encarcelamiento Preventivo y Standards del Sistema Interamericano**. Buenos Aires: Editores Del Puerto: Defensoría Geral de la Nación, 2008.

BINDER, Alberto M. La intolerabilidad de la prisión preventiva. **Revista Pensamiento Penal**, Buenos Aires, nº 128, 17-07-2011.

_____. Del preso sin condena al condenado sin juicio: política procesal y abreviación del proceso. In: BINDER, Alberto M. **Justicia penal y Estado de derecho**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

_____. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (Lei nº 12.403/2011): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 31, n. 113, set./2011, pp.112-121.

_____. Mais reflexos sobre a lei 12.403/2011. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 19, n. 223, jun./2011.

BOVINO, Alberto. Contra la inocencia. **Ciencias Penales**, Buenos Aires, ano 17, nº 23, nov./2005, pp. 11-29.

_____. La libertad personal en el Sistema Interamericano. In: MARTÍN, Claudia; RODRÍGUEZ-PINZÓN, Diego; GUEVARA, José A. AA.VV., **Derecho internacional de los derechos humanos**. México: Washington College of Law, American University, 2004.

_____. Controle judicial de la privación de libertad y derechos humanos. **Revista de Ciências Jurídicas ¿Más Derecho?**, n. 1, Buenos Aires, 2000.

_____. Sobre los émulos de Torquemada: análisis histórico sobre las relaciones entre el modelo inquisitivo y la detención preventiva. **Justicia Penal y Sociedad**, Guatemala, ano II, n.3-4, 1993.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. Apontamentos críticos à lei nº 12.403/2011: a ampliação da rede de controle. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, n.88, jul./set. 2011, pp. 35-49.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. São Paulo: Atlas, 1979.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7ª edição, 2003.

CAFFERATA NORES, José I. **Proceso penal y derechos humanos: la influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso argentino**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Trad. Carla Roberta Andrea Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CARDONA, Alejandro Aponte. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el derecho internacional humanitario: una relación problemática. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (ed.) **Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional - Tomo I**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung; Calle: Temis, 2011.

CARRANZA, Elías. Visión empírica de la criminalidad y los sistemas de justicia penal en América Latina. In: LANDER, Adriana (coord.). **Las Reformas al Sistema de Justicia Penal en Japón y en América Latina: logros, problemas y perspectivas**. San José: Costa Rica: ILANUD, 2011.

_____. La política criminal en América Latina sólo produce más cárceles. **Revista de Ciencias Penales**, Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México, n. 12, out/mar, 2004/2005.

_____. Estado actual de la prisión preventiva en América Latina y comparación con los países de Europa. **Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, ano 11, nº 16, maio/1999.

CARRANZA, Elías; MORA, Luis Paulino; HOUED, Mario; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El preso sin condena en America Latina y el Caribe: estudio comparativo, estadístico y legal de treinta países, y propuestas para reducir el fenómeno**. ILANUD: San José, 1983.

CARRARA, Francesco. Imoralidad de la prisión provisional. Trad. Manuel Quintanar. **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, Instituto Universitario de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, nº 67, 1999, pp. 7-10.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Algumas conclusões práticas sobre a reforma do Código de Processo Penal. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 80, set./2009.

_____. As reformas processuais penais e a Lei 12.403/2011. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 88, jul./set. 2011.

CASAL, Eduardo Ezequiel. Acerca de la prisión preventiva, la excarcelación y los derechos humanos. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, Buenos Aires, v. 5, 9C, dez. /1999.

CASTEX, Francisco. El plazo razonable de la duración de la prisión preventiva desde la óptica de la CIDH. El caso "Peirano". In: PASTOR, Daniel (Director); GUZMÁN, Nicolás (Coord.). **El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

CASTRO, Élcio Pinheiro de. Prisão cautelar. **Revista dos Tribunais**, ano 95, vol. 844, fev./ 2006.

CASTRO, Julio C. ¿La prisión preventiva es una "lettre-de-cachet" moderna? **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, Buenos Aires, ano VIII, n. 14, 2002, pp. 545-569.

CASTRO, Lola Aniyar de. El pecado de Eva: ls mujeres infractoras. Impacto y amplificación de los efectos de la pena. In: CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminología de los derechos humanos: criminología axiológica como política criminal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

_____. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos "concordes, seguros e capazes". In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

CASTRO, Alvaro; ESPEJO, Nicolás. Publicidad, transparencia y protección: el Protocolo Facultativo contra la Tortura de Naciones Unidas. In: DAMMERT, Lucía; ZÚÑIGA, Liza. **La cárcel: problemas y desafíos para las Américas**. Santiago, Chile: FLACSO, 2008.

CERNADAS, Pablo Ceriani; MORALES, Diego R. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la condición jurídica y los derechos humanos de los migrantes indocumentados - materiales para recuperar pasos perdidos. **Nueva Doctrina Penal**, Buenos Aires, 2004/B.

CHISHOLM, John. Benefit-Cost Analysis and Crime Prevention. In: **Trends and Issues in Crime and Criminal Justice**, n. 147, february/2000, Australian Institute of Criminology.

CHOUKR, Fausi Hassan. Reforma e continuísmos no processo penal brasileiro: breve contribuição à análise do itinerário reformista. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coords.). **Setenta anos do Código de Processo Penal Brasileiro: balanço e perspectivas de reforma**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. A influência da Convenção Americana de Direitos Humanos no processo penal brasileiro. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, v. 1, n. 4, jul./set. 2002.

CIDH. **Informe sobre o Uso de la Prisión Preventiva en las Américas**. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 46/13, 30 de dezembro de 2013.

_____. **Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas**. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 64, 31 de dezembro de 2011.

_____. **Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas.** Informe presentado en el 146º período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, DC, 1 de novembro de 2012.

COMBLIN, Joseph. **A Ideologia da Segurança Nacional: o poder militar na América Latina.** Trad. A. Veiga Fialho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

CORAO, Carlos M. Ayala. La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, Venezuela, Universidad de Talca, ano 5, nº1, 2007.

COSTA, Fernando José da. A Lei 12.403/2011 e suas alterações. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 69, ago-set./2011, pp. 17-20.

COSTA, Paula Bajer Martins da. Igualdade no direito processual penal brasileiro. **Coleção de estudos de processo penal prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida**, v. 06. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais no Brasil. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 78, 2002.

_____. Lei 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório brasileiro. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 13, n.73, abr./ maio 2012.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão Cautelar: dramas, princípios e alternativas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. As medidas cautelares no projeto do novo CPP. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, jul./ set. 2009, pp. 211-224.

_____. A subsidiariedade processual penal e alternativas à prisão cautelar. In: MOREIRA, Rômulo de Andrade (org.). **Leituras Complementares de Processo Penal**. Salvador: JusPODIVM, 2008, pp. 63-76.

CUNHA, José Ricardo. **Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade**. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DAMMERT, Lucía; ZÚÑIGA, Liza. **La cárcel: problemas y desafíos para las Américas**. Chile: FLACSO, 2008.

DAROQUI, Alcira; RANGUGNI, Victoria. Mujeres encarceladas en Argentina, una investigación sociojurídica. In: BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki; BOMBINI, Gabriel (comp.). **Violencia y sistema penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2008.

DAVIES, Clive. Pre-trial imprisonment: a Liverpool study. **The British Journal of Criminology**, v. II, january 1971, pp. 32-48.

DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos Penais da Europa**. Trad. Fauzi Hassan Chuckr, colab. Ana Claudia Ferigato Chouckr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DERDOY, Malena; VALLE, Mariano Fernandez; FREEDMAN, Diego; MALAJOVICH, Laura; ROTH, Laura; SALINA, Raul. **El costo social y económico de la prisión preventiva en la Argentina**. Documento de Trabajo n° 29, CIPPEC, Buenos Aires, setembro de 2009.

ARMENTA DEU, Teresa. **Estudios sobre el proceso penal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.

_____. El nuevo proceso penal español: proceso abreviado, juicio rápido y prisión provisional. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 1, 2004, pp.463-493.

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

DORNELLES, João Ricardo W. **Conflito e Segurança (entre pombos e falcões)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUCE J., Mauricio; FUENTES M., Claudio; RIEGO R., Cristián. La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva. In: RIEGO, Cristián; DUCE, Mauricio (Dir.). **Prisión Preventiva y Reforma Procesal Pena en América Latina: Evaluación y Perspectivas** (vol. 1). Santiago, Chile: CEJA, 2009, pp. 13-72.

FALCONI, Ramiro J. García. Límites y alcances de la privación de libertad de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Ed.). **Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional - Tomo I**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung; Calle (Colômbia): Temis, 2011.

_____. Adaptación del derecho interno al derecho internacional, especialmente en lo que se refiere a leyes penales. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2011.

FAPPIANO, Oscar L. **El Derecho de los Derechos Humanos**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma, 1997.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. As medidas cautelares pessoais nos projetos de reforma do Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 46, n. 183, jul./set./2009, pp. 11-19.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 2005.

FILIPPINI, Leonardo. Los informes del artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina. **Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?**, Buenos Aires, n. 4, set. 2004.

FILIPPINI, Leonardo; GOS, Tatiana; CAVANA, Agustín. **El valor de los informes finales de la Comisión Interamericana y el dictamen del Procurador General en el caso Carranza Latrubesse**. Texto corresponde à exposição no painel "Desafíos de los mecanismos internacionales de protección", no "Seminario de Debates" del Centro de Estudios en Derecho Penal (CEPED), Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, 11 de noviembre de 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Ligia M. Ponde Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1983.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

Fundación Paz Ciudadana. **El sistema de medidas cautelares en Chile: análisis de su funcionamiento entre 2005 y 2010**, Chile, junho de 2011.

GARCÍA, Gerardo Nicolás. La prisión preventiva es una pena. In: VITALE, Gustavo L.; GARCÍA, Gerardo Nicolás (compils.). **Abolicionismo de la prisión**

sin condena: una corriente latinoamericana em siglo XXI. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, pp. 19-39.

GARCÍA, Manuel Salvador Grosso. ¿Qué es y qué puede ser el "Derecho Penal del Enemigo?": una aproximación crítica al concepto. In: MELIÁ, Cancio; DIÉZ, Gómez-Jara (coords.). **Derecho Penal del Inimigo: El discurso penal de la exclusión.** Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2006, pp. 02-50.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del processo: problemas jurídicos y políticos del proceso penal.** Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América (EJEA), 1961, vol. II.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (coords.). **Prisão e Medidas Cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og (coord.). **Medidas cautelares no processo penal: comentários à Lei 12.403, de 04-05-2011.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Significados da presunção de inocência. In: COSTA, José Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (coords.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. **Presunção de inocência e prisão cautelar.** São Paulo: Saraiva, 1991.

GONZÁLEZ, Felipe. As medidas de urgência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos.** São Paulo, v. 7, n. 13, dez. 2010.

GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A. A Implementação das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Argentina: uma análise do vaivém jurisprudencial da Corte Suprema de Justiça da Nação. **Sur: Revista de Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v.8, n. 15, dez./2011.

GORSKI, Héctor C. Silveira; RIVERA BEIRAS, Iñaki. La biopolítica ante los flujos migratorios y el universo carcelario. Una reflexión sobre el regreso de los "campos" en Europa. In: BERGALLI, Roberto; RIVERA BEIRAS, Iñaki; BOMBINI, Gabriel (comp.). **Violencia y sistema penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2008.

GOTTFREDSON, Michael R.; GOTTFREDSON, Don M. **Decision making in criminal justice: toward a rational exercise of discretion**. New York: Plenum Press, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do processo penal. **Revista de Derecho Penal**: Fundación de Cultura Universitária, Montevideo, n. 13, dez./2002.

_____. Introdução - A reforma do processo penal. Anteprojetos de Lei de Reforma do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 9, n.33, jan./mar. de 2001.

_____. O Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América 10 anos depois. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 8, n. 30, abr./ jun. 2000.

_____. Influência do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América na legislação latino-americana: convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 1, n.1, jan./mar.1993.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GUSIS, Gabriela L.; VEGA, Pablo D. El encarcelamiento en América Latina: perspectivas y propuestas. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.); VACANI,

Pablo Andrés. **La Medida del Castigo: el deber de compensación por penas ilegales**. Buenos Aires: Ediar, 2012, pp. 53-81.

HERENCIA CARRASCO, Salvador Martín. El derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal: fundamentos** (Tomo I). Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

HERRERO, Álvaro. La prisión preventiva en Argentina. Usos y consecuencias. In: PACECCA, María Inés (coord.). **Prevenir no es curar. La prisión preventiva en Argentina: prácticas y discursos**. Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles, 2012.

HITTERS, Juan Carlos. Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; DE LAURREA, Arturo Zaldivar Lelo (Coords.). **Constitución, Derecho y Proceso: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho**. Lima-Peru: IDEMSA, 2010.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (orgs.) **Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005.

_____. Presunción de inocencia e prisión sin condena. **Revista de la Asociación de Ciências Penales de Costa Rica**, ano 9, n. 13, agosto de 1997.

IENACCO, Rodrigo. Reforma do CPP: cautelares, prisão e liberdade provisória. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v. 62, n. 197, abr./jun. 2011, pp. 41-50.

ISASCA, Frederico. A prisão preventiva e demais medidas de coacção. In: PALMA, Maria Fernanda. **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 99-118.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KALINSKY, Beatriz. Antropología de la prisión preventiva. El caso del delito femenino. In: VITALE, Gustavo L.; GARCÍA, Gerardo Nicolás (compiladores). **Abolicionismo de la prisión sin condena: una corriente latinoamericana en el siglo XXI**. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. Prisão e Liberdade processuais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 1, n. 2, abr. jun./ 1993.

KEMPEN, Piet Hein von (ed.). **Pre-trial detention: Human rights, criminal procedural law and penitentiary law, comparative law**. Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia, 2012.

KING, Michael. **Bail or Custody**. London: Cobden Trust, 1973.

LAFER, Celso. **A internalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2008.

LANCMAN, Valéria A.; LÓPEZ, Lorena; ZANAZZI, Sebastián. La prisión preventiva en la ciudad autónoma de Buenos Aires. MIRANDA, Jorge A.; LEDESMA, Miguel. Prisión preventiva como anticipo de condena. In: ROCHA, Joaquín P. da Rocha; LUCA, Javier A. de (coords). **La prisión preventiva como anticipo de pena en América Latina**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, pp. 89-107.

LECUONA, Guillermo Zepeda. **Los mitos da prisión preventiva en México**. México: Open Society Initiative, 2009.

_____. Mitos y costos económicos de la prisión preventiva en México. In: VILLANUEVA, Gabriel Cavazos; BOCANEGRA, Martín Carlos Sánchez; TOMASINI-JOSHI, Denise (coords). **Retos de la Reforma Penal: equilibrando la presunción de la inocencia y la seguridad pública**. México: Institución Renace: Cátedra Estado de Derecho de la Escuela de Graduados en

Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey (EGAP), 2009.

_____. **¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México.** México: Open Society Initiative, 2009.

LEDESMA, Héctor Faúndez. **El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales.** San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia. **Impacto da Assistência Jurídica a presos provisórios: um experimento na cidade do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: ARP/CESeC, out./ 2011.

LIMA, Marcellus Polastri. **Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na reforma de 2011 do Código de Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. A prisão em decorrência da condenação recorrível, a Constituição Federal/88, a nova reforma do processo penal e o fim da chamada execução provisória da pena. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 6, n. 33, dez./jan. 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Prisão Cautelar: doutrina, jurisprudência e prática.** Niterói: Impetus, 2012.

LITVSCHKY, Paula (coord.) Los costos de la prisión preventiva en perspectiva de derechos humanos: documento elaborado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). In: DERDOY, Malena; VALLE, Mariano Fernandez; FREEDMAN, Diego; MALAJOVICH, Laura; ROTH, Laura; SALINA, Raul. **El costo social y económico de la prisión preventiva en la Argentina.** Documento de Trabajo n° 29, CIPPEC, Buenos Aires, setembro de 2009.

LOPES JR., Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas: Lei 12403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. **Boletim IBCCrim**, ano 21, nº 251, out./2013.

_____. A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 19, n. 223, jun. /2011.

_____. Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...). **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 213, ago./2010, pp. 7-9.

_____. Direito ao processo penal no prazo razoável. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 15, n. 65, mar./abr. 2007.

_____. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Crimes hediondos e a prisão em flagrante como medida pré-cautelar. **Revista de Estudos Criminas**, Porto Alegre, n. 3, 2001.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LORENZO, Leticia; RIEGO, Cristián; DUCE, Mauricio (Coord.). **Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas** (vol. 2). Santiago, Chile: CEJA, 2011.

LÖWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses "Sobre o conceito de história"**. Trad. Wanda Nogueira Caldeira Brant, Jeanne Marie Gagnebin, Marcos Lutz Müller. São Paulo: Boitempo, 2005.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. **El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional.** México: UNAM, 2011.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão e liberdades fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAIER, Julio B. J. La privación de la libertad durante el procedimiento penal: el encarcelamiento preventivo hoy. In: ANITUA, Gabriel Ignacio; TEDESCO, Ignacio F (Comp.). **La cultura penal: homenaje al professor Edmundo S. Hendler.** Buenos Aires: Del Puerto, 2009. pp. 399-412.

_____. Limite temporal del encarcelamiento preventivo. **Antología: el proceso penal contemporáneo.** Lima: Palestra, 2008.

_____. **Derecho procesal penal: fundamentos** (Tomo I). Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

_____. ¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de derecho? **Revista de Ciências Jurídicas ¿Más Derecho?**, Buenos Aires, n. I, 2000, pp. 265- 284.

MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional.** Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010.

_____. Activismo judicial, punitivización y nacionalización: tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: In: PASTOR, Daniel (ed.). **El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos.** Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

MARCÃO, Renato. Artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas): a liberdade provisória em crime de tráfico de drogas na visão do Supremo Tribunal Federal. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, ano X, nº 60, fev./ mar. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de Constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTÍNEZ, Sebastián. Las paradojas de la utilización por parte de los tribunales argentinos de la jurisprudencia de la CIDH para la justificación y limitación del encarcelamiento preventivo. In: PASTOR, Daniel R. (Dir.); GUZMÁN, Nicolás (Coord.). **El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009.

MARTINI, Florencia María. Principios de justicia y prisión preventiva. In: VITALE, Gustavo L.; GARCÍA, Gerardo Nicolás (compils.). **Abolicionismo de la prisión sin condena: Una corriente latinoamericana en el siglo XXI**. Buenos Aires: Del Puerto, 2011, pp. 159-190.

MARTINS, Dora. Mulheres encarceradas e a CIDH. **Juízes para a Democracia**, São Paulo, v. 11, n. 40, dez.2006/fev. 2007.

MAUREIRA, Régimen de prisión preventiva en América Latina: la pena anticipada, la lógica cautelar y la contrareforma. **Sistemas Judiciales: Una perspectiva integral sobre la administración de justicia - Prisión Preventiva**, CEJA, ano 7, nº 14, 2010, pp. 34-45.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MÉNDEZ, Juan E.; DULITZKY, Ariel. Medidas cautelares y provisionales. **Revista Argentina de Derechos Humanos**. Buenos Aires, v.2, n.1, 2004.

MESSUTI, Ana. Más allá del tiempo como pena. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.); VACANI, Pablo Andrés. **La Medida del Castigo: el deber de compensación por penas ilegales**. Buenos Aires: Ediar, 2012, pp. 31-52.

_____. Delito, Pena, Tiempo: una proporción imposible. **Revista Ultima Ratio**, Rio de Janeiro, v.1, n. 0, 2006, pp.271-285.

MIRANDA, Jorge A.; LEDESMA, Miguel. Prisión preventiva como anticipo de condena. In: ROCHA, Joaquín P. da Rocha; LUCA, Javier A. de (coords). **La prisión preventiva como anticipo de pena en América Latina**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, pp. 51-67.

MONCAYO, Guillermo R. Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino. In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (comps.). **La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 1997.

MORAES, Mauricio Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 31, n. 113, set./2011, pp. 92-100.

MORAIS, Rafael Santos. A responsabilidade internacional dos Estados no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos e a implementação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. São Bernardo do Campo, v. 15, n. 17, 2011.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A prisão processual, a fiança, a liberdade provisória e as demais medidas cautelares - comentários à Lei nº 12.403/2011. **Revista Síntese de Direito Penal e Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v.11, n.69, ago./set. 2011, pp. 58-95.

MORGAN, Rod. England/Wales. In: VAGG, Jon; DÜNKEL, Frieder. **Waiting for Trial: International Perspectives on the Use of Pretrial Detention and the Rights and Living Condition of Prisoners Waiting for Trial**. Freiburg: Max Planck, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOURA, Maria Theresa Rocha de Assis; CASTANHEIRA, Érica Silva Gomide. A proibição de liberdade provisória na lei de drogas (inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal). **Boletim IBCCrim**, São Paulo, ano 20, nº 239, out./2012.

NAPPI, Juan L. Finkelstein. La prisión preventiva como hecho de poder: la dialéctica histórica (y actual) de su legitimación y la necesidad de reconstruir una dogmática del encarcelamiento cautelar sobre la base del desconocimiento de su legitimidad. In: PASTOR, Daniel R. (dir.); GUZMÁN, Nicolás (coord.). **Problemas Actuales de la Parte General de Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, pp. 117-164.

NICOLLIT, André. **Lei 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

O' DONNELL, Guillermo. Notas sobre la democracia en América Latina. In: **La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas**. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 2004.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Atualização do Processo Penal: Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ONU. Grupo de Trabalho sobre Prisões Arbitrárias. **Informe Anual E/CN.4/2006/7**, 12 de dezembro de 2005.

_____. Comitê contra a Tortura. **Informe sobre o 56º Período de Sessões**. Suplemento n. 44 (A/56/44) de 18 de junho de 2001.

_____. Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (2005). **Comentário Geral n. 31 sobre a Prevenção da Discriminação Racial na Administração e Funcionamento do Sistema de Justiça Penal**, preâmbulo e parágrafo 1.III.2.

Open Society Institute. **The Socioeconomic Impact of Pretrial Detention: A Global Campaign for Pretrial Justice Report**. New York: Open Society Justice Initiative and United Nations Development Program, 2011.

_____. **Pretrial Detention and Health: Unintended Consequences, Deadly Results. Literature Review and Recommendations for Health Professionals**. New York: Open Society Justice Initiative, 2011.

OTTAVIANO, Santiago. La prisión preventiva: presupuestos para su dictado y limitación temporal. In: GARCÍA, Luis M. (coord). **Los derechos humanos en el proceso penal**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

PACECCA, María Inés. Detenidos y familiares: el doble castigo del sistema penal. In: PACECCA, María Inés (coord.). **Prevenir no es curar. La prisión preventiva en Argentina: prácticas y discursos**. Buenos Aires: Asociación por los Derechos Civiles, 2012.

PÁSARA, Luis. La prisión preventiva y el ejercicio de la independencia judicial: Análisis comparativo. Due Process of Law Foundation (DPLf). **Independencia**

judicial insuficiente, prisión preventiva deformada: Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú, Washington, 2013, pp. 5-28.

PASTOR, Daniel R. **El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

_____. Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo. **Nueva Doctrina Penal**, Buenos Aires, A, 1996.

_____. El llamado "impacto" de los tratados de derechos humanos en el derecho interno con especial referencia al derecho procesal penal. In: PASTOR, Daniel R. **Tensiones: ¿derechos fundamentales o persecución penal sin límites?** Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

PAVARINI, Massimo. Encarceramento em massa. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PELLEGRINI, Lisandro. El incumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal – evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Jalovi, 1983.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Introdução. O Estado de Direito e os não-privilegiados na América Latina. In: MÉNDEZ, Juan E., O'DONNELL, Guillermo, PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs.). **Democracia, violência e injustiça. O não-Estado de Direito na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PINTO, Mónica. El principio pro homine: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In: COMISION EPISCOPAL DE

ACCION SOCIAL - CEAS. **Justicia y derechos humanos: materiales de lectura**. Lima: CEAS, 1998.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisdicional no contexto latino-americano. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **Estudos avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: emergência de um novo Direito Público**. São Paulo: Elsevier, 2013.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **A democracia na América Latina: rumo a uma democracia de cidadãs e cidadãos**. Trad. Mônica Hirts. São Paulo: LM&X, 2004.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Excepcionalidade da prisão provisória. In: FERNANDES, Og (coord.). **Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas: comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **El proceso penal brasileño veinticinco años después de la Constitución: transformaciones, permanencias**. Fala proferida no âmbito do II Congreso de Derecho Penal y Criminología, Buenos Aires, ALPEC, 07-11-2013.

_____. Prefácio. In: LEMGRUBER, Julita; FERNANDES, Marcia. **Impacto da Assistência Jurídica a Presos Provisórios: um experimento na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: ARP/CESeC, outubro de 2011.

PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da lei 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 19, n. 223, jun. 2011.

PRADO, Geraldo; WILLIAM, Douglas. **Comentários à lei contra o crime organizado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

QUESADA, Luis Jimena. La inconstitucionalidad del control de constitucionalidad sucesivo de los tratados internacionales (crítica a la postura mantenida por el Tribunal Constitucional Español). In: BAZÁN, Víctor. (Coord.). **Derecho procesal constitucional americano y europeo. Tomo II.** Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

RAMÍREZ, Sergio García. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. **Reformas al Sistema de Justicia Penal en Japón y América Latina.** San José, Costa Rica: ILANUD, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, jan./dez. 2009.

_____. Direitos dos Estrangeiros no Brasil: a Imigração, Direito de Ingresso e os Direitos dos Estrangeiros em Situação Irregular. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Tratados internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União.** Brasília, v. 2, n. 7, ab./jun./2003.

RAMOS, María Ángeles. Viejos presupuestos legales para dictar prisión preventiva frente a los nuevos standards de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In: ROCHA, Joaquín P. da; LUCA, Javier A. de (Coords.). **La prisión preventiva como anticipo de pena en América Latina.** Buenos Aires: Ad Hoc, 2011.

RANKIN, Anne. The effect of pretrial detention. **New York University Law Review**, v. 39, 1964, pp. 641-655.

RESENDE, Tiago Souza de. A liberdade provisória como regra constitucional. In: RESENDE, Sérgio Antônio de; PINTO, Felipe Martins; ESTEVES, Heloísa

Monteiro de Moura (orgs.). **Análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça: estudos em homenagem à Desembargadora Jane Ribeiro da Silva**. Belo Horizonte: Atualizar, 2009.

ROCHA, João Luís de Moraes. **Ordem Pública e Liberdade Individual: um estudo sobre a prisão preventiva**. Coimbra: Almedina, 2005.

ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana. **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 8, n. 15, dez. 2011.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2000.

RUSCONI, Maximiliano Adolfo. Prisión preventiva y límites del poder penal del Estado en el sistema de enjuiciamiento. In: VITALE, Gustavo L. **Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbarie**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. El "control de convencionalidad" como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius contitutionale comune en América Latina?** T. II. México: UNAM, 2010.

_____. Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos: experiencias en Latinoamérica. **Ius et Praxis**, v. 9, n. 1, Talca, 2003.

SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. A privação cautelar de liberdade no processo penal peruano. In: CHOUKR, Fausi Hassan; AMBOS, Kai (coords.). **Processo penal e Estado de Direito**. Campinas: Edicamp, 2002, pp. 37-148.

SANCHÉZ, Javier; GÓMEZ-TRELLES, Vera. **Variaciones sobre la Presunción de Inocencia: Análisis funcional desde el Derecho Penal**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SANGUINÉ, Odone. **Prisión provisional y derechos fundamentales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

_____. Os Efeitos Colaterais da Prisão Cautelar. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coords.). **Setenta anos do Código de Processo Penal Brasileiro: balanços e perspectivas de reforma**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Revista de Estudos Criminais**, n. 10, Porto Alegre, 2003.

SANTOS, Cecília Macdowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, n. 7, ano 4, 2007.

SCHÖNTEICH, Martin. The scale and consequences of the pretrial detention around the world. **Justice Initiatives: Pretrial Detention**. New York: Open Society Institute, 2008.

SCHÖNTEICH, Martín; TOMASINI-JOSHI, Denise (coords.). **Programa de Medidas Cautelares: Experiencias para equilibrar presunción de inocencia y seguridad ciudadana**. México: Open Society, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insuportables tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insuportable desatención teórica. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Derecho penal contemporáneo. Sistema y desarrollo. Peligro y límites**. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, pp. 135-166.

SERGI, Natalia. El plazo "mínimo" de duración del encarcelamiento preventivo según el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires. **Revista de Derecho Penal y Procesal Penal**, nº 6, Buenos Aires, jun./2007, pp. 1073-1080.

_____. Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo. In: BAIGÚN, David et al. **Estudios sobre justicia penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, pp. 471- 487.

_____. La privación de la libertad durante el proceso en el derecho comparado. **Nueva Doctrina Penal**, Buenos Aires, 2004/A, pp. 127-172.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal**. Madrid: Colex, 1990.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. A temporalidade específica da prisão preventiva: um mecanismo de conciliação entre garantias individuais e efetividade do processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 62, set./ out. 2006, pp. 197-219.

SILVA, Germano Marques da. Sobre a liberdade no processo penal ou do culto da liberdade como componente essencial da prática democrática. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João (orgs.). **Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1365- 1385.

_____. Um olhar sobre o projecto e o acordo político para a revisão do Código de Processo Penal. **Julgar**, Lisboa, n. 1, jan./abr.2007, pp. 137-153.

_____. Notas Soltas sobre as Alterações de 2007 ao Código de Processo Penal Português. In: CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de (org.). **Processo Penal do Brasil e de Portugal: estudo comparado: as reformas portuguesa e brasileira**. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 71-93.

SILVA, Virgilio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela

Morales (coords.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOLÍS, Javier Carrasco. Servicios de evaluación de riesgos y supervisión: mecanismos para el manejo de las medidas cautelares. **Sistemas Judiciales: Una perspectiva integral sobre la administración de justicia - Prisión Preventiva**, CEJA, ano 7, nº 14, 2010, pp. 12-18.

STAPLETON, Adam. Herramientas útiles de medición de la prisión preventiva. In: VILLANUEVA, Gabriel Cavazos; BOCANEGRA, Martín Carlos Sánchez; TOMASINI-JOSHI, Denise (coords). **Retos de la Reforma Penal: equilibrando la presunción de la inocencia y la seguridad pública**. México: Institución Renace: Cátedra Estado de Derecho de la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey (EGAP), 2009.

TAVARES, Juarez. Prisión preventiva. In: ROCHA, Joaquín P. da Rocha; LUCA, Javier A. de (coords). **La prisión preventiva como anticipo de pena en América Latina**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, pp. 39-50.

_____. A globalização e os problemas da segurança pública. In: HOLLENSTEINER, Stephan (org.). **Estado e Sociedade Civil no Processo de Reformas no Brasil e na Alemanha**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TINEO, Isabel Caballero de. Prisión preventiva: immoralidad del encarcelamiento preventivo. In: CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto; OBLIGADO, Daniel Horacio (coords.). **Garantías, Medidas Cautelares y Impugnaciones en el Proceso Penal**. Rosario: Editorial Jurídica Nova Tesis, 2005, pp. 511-527.

TOWNHEAD, Laurel. **La detención preventiva de la mujer y el impacto en sus hijos**. Ginebra: Quaker United Nations Office, fevereiro de 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos no plano internacional e

nacional. **Direito e Democracia: Revista do Centro de Ciências Jurídicas**, Canoas, vol. 1, nº 1, 1º semestre de 2000.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. 1. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

VACANI, Pablo Andrés. El contenido histórico del tiempo existencial de prisión. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.); VACANI, Pablo Andrés. **La Medida del Castigo: el deber de compensación por penas ilegales**. Buenos Aires: Ediar, 2012, pp. 305-316.

_____. Las condiciones cualitativas de prisión: representaciones y efectos sobre la pena. In: ROCHA, Joaquín P. da Rocha; LUCA, Javier A. de (coords). **La prisión preventiva como anticipo de pena en América Latina**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, pp. 69-88.

_____. Otra medida de pena: una medida cualitativa del tiempo de prisión. **Revista de Derecho Penal y Procesal Penal**, Buenos Aires, n. 2, fev./2010, pp. 212-219.

VENTURA, Jaime Martínez. Jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos y derecho penal internacional: casos de Guatemala, Costa Rica e El Salvador. In: MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010.

VAGG, Jon; DÜNKEL, Frieder. **Waiting for Trial: International Perspectives on the Use of Pretrial Detention and the Rights and Living Condition of Prisoners Waiting for Trial**. Freiburg: Max Planck, 1994.

VALLÉS, Ramón Ragués I. Prisión y Prevención de Delitos: ¿legítima protección de bienes jurídicos o derecho penal del inimigo? In: MELIÁ, Cancio; DIÉZ, Gómez-Jara (coords.). **Derecho Penal del Inimigo: El discurso penal de la exclusión**. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2006, pp. 713-734.

VILAR, Silvia Barona. El proceso cautelar. In: AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan-Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia

Barona (coords.). **Derecho Jurisdiccional III - Proceso Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. Prisión provisional: "sólo" una medida cautelar (reflexiones ante la doctrina del TEDH y del TC, en especial de la STC 46/2000, 17 febrero). **Actualidad Penal**, Madrid, v. 3, n. 42, nov. 2000.

_____. **Prision Provisional y Medidas Alternativas**. Barcelona: Libreria Bosh, 1998.

VITALE, Gustavo L. **Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbarie**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

VITALE, Gustavo L.; GARCÍA, Gerardo Nicolás (compils.). **Abolicionismo de la prisión sin condena: una corriente latinoamericana en siglo XXI**. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

WALMSLEY, Roy. **World Female Imprisonment List (Women and girls in penal institutions, including pre-trial detainees/remand prisoners)**. London: International Centre for Prison Studies (ICPS), University of Essex, 2012.

_____. **World Prison Population List (ninth edition)**. London: International Centre for Prison Studies (ICPS), University of Essex, 2011.

_____. **World Pre-trial/Remand Imprisonment List (Pre-trial detainees and other remand prisoners in all five continents)**. London: International Centre for Prison Studies, King's College London, 2008.

WILLIAMS, Marian R. The effect of pretrial detention in imprisonment decisions. **Criminal Justice Review**, v. 28, n. 2, autumn 2003, pp. 299-316.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. Qué pena! In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.); VACANI, Pablo Andrés. **La Medida del Castigo: el deber de compensación por penas ilegales**. Buenos Aires: Ediar, 2012, pp. 23-32.

_____. En Estado de derecho sólo hay delincuentes. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (orgs.). **Cem Anos de Reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, pp. 251-278.

_____. Buscando o inimigo: de Satán ao direito penal cool. In: MENEGAT, Marildo; NÉRI, Regina (orgs.). **Criminologia e Subjetividade (AAVV)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Introducción. In: VITALE, Gustavo L. **Encarcelamiento de presuntos inocentes: hacia la abolición de una barbarie**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CARRANZA, Elías (coords.). **Los Derechos Fundamentales en la Instrucción Penal en los Países de América Latina**. México: Porrúa, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZILLI, Marcos. Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, jul./ago. 2010.

ZILIO, Jacson. As cautelares aplicadas à investigação dentro do sistema integral de direito penal. **Boletim IBCCrim**, ano 21, nº 252, nov./ 2013.