

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RODRIGO EVÊNCIO LUTTEMBARCK BATALHA

PADRÕES PROCESSUAIS PENAIS E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO PODER
PUNITIVO:
DESCOMPASSO NO DESENVOLVIMENTO DE UM PADRÃO PROCESSUAL DE
CONTROLE

CURITIBA

2023

RODRIGO EVÊNIO LUTTEMBARCK BATALHA

PADRÕES PROCESSUAIS PENAIS E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO PODER
PUNITIVO:
DESCOMPASSO NO DESENVOLVIMENTO DE UM PADRÃO PROCESSUAL DE
CONTROLE

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do
título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha

CURITIBA

2023

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Batalha, Rodrigo Evêncio Luttembarck

Padrões processuais penais e a internacionalização do poder punitivo: descompasso no desenvolvimento de um padrão processual de controle / Rodrigo Evêncio Luttembarck Batalha. – Curitiba, 2023.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Rui Carlo Dissenha.

1. Processo penal. 2. Direitos fundamentais. 3. Direitos humanos. 4. Pena (Direito). I. Dissenha, Rui Carlo. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **RODRIGO EVÊNCIO LUTTEMBARCK BATALHA** intitulada: **Padrões processuais penais e a internacionalização do poder punitivo: descompasso no desenvolvimento de um padrão processual democrático**, sob orientação do Prof. Dr. RUI CARLO DISSENHA, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 26 de Junho de 2023.

Assinatura Eletrônica

28/06/2023 14:01:30.0

RUI CARLO DISSENHA

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

28/06/2023 13:13:06.0

GUILHERME BRENNER LUCCHESI

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

05/09/2023 15:43:27.0

GUILHERME ROMAN BORGES

Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA)

Praça Santos Andrade, 50 - CURITIBA - Paraná - Brasil
CEP 80020300 - Tel: (41) 3310-2685 - E-mail: ppgdufpr@gmail.com

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.
Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 294906

Para autenticar este documento/assinatura, acesse <https://siga.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp>
e insira o código 294906



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

ATA Nº336

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE Mestrado PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia vinte e seis de junho de dois mil e vinte e três às 13:30 horas, na sala de Defesas - 317, Praça Santos Andrade, 50 - Prédio Histórico da UFPR - 3º Andar, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando RODRIGO EVÊNCIO LUTTEMBARCK BATALHA, intitulada: **Padrões processuais penais e a internacionalização do poder punitivo: descompasso no desenvolvimento de um padrão processual democrático**, sob orientação do Prof. Dr. RUI CARLO DISSENHA. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: RUI CARLO DISSENHA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), GUILHERME BRENNER LUCCHESI (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), GUILHERME ROMAN BORGES (CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, RUI CARLO DISSENHA, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 26 de Junho de 2023.

Assinatura Eletrônica

28/06/2023 14:01:30.0

RUI CARLO DISSENHA

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

28/06/2023 13:13:06.0

GUILHERME BRENNER LUCCHESI

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

05/09/2023 15:43:27.0

GUILHERME ROMAN BORGES

Avaliador Externo (CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA)

AUTORIZAÇÃO

Eu, Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha, na qualidade de Orientador e Presidente da Banca Examinadora, autorizo o depósito da dissertação de mestrado de autoria de Rodrigo Evêncio Luttembarck Batalha (CPF 052.542.539-08) sob o título “**Padrões processuais penais e a internacionalização do poder punitivo: descompasso no desenvolvimento de um padrão processual de controle**”, ainda que na ata da sessão pública de defesa e no termo de aprovação do trabalho conste o título “**Padrões processuais penais e a internacionalização do poder punitivo: descompasso no desenvolvimento de um padrão processual democrático**”.

Tendo em conta o exposto, também autorizo a elaboração de ficha catalográfica para o trabalho em questão tomando por base o título “**Padrões processuais penais e a internacionalização do poder punitivo: descompasso no desenvolvimento de um padrão processual de controle**”.

Curitiba, 12 de setembro de 2023.



Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha

Aos meus pais, Lúcio e Denise, que me oferecem abrigo e me incentivam ao longo de todas as etapas de minhas jornadas.

O presente trabalho é resultado de esforços iniciados em um tempo que, hoje, parece muito distante. Ainda em 2020, quando me preparava para o processo seletivo para ingressar no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD-UFPR), já havia atravessado longos meses de isolamento social em decorrência da Pandemia do Covid-19. Esta realidade perdurou por muitos outros meses, de sorte que metade do meu período no Programa foi cursado remotamente, sem contato presencial com colegas discentes e professores.

Esta áspera realidade certamente impactou o desenvolvimento deste trabalho. Apesar de todas as dificuldades do período, a Universidade Pública, como Instituição e como Ideia, simbolizou a possibilidade que a nossa sociedade poderia vencer as adversidades. Assim, como o *locus* de desenvolvimento deste estudo foi a Universidade Pública, a ela meus primeiros agradecimentos.

Falei na Universidade Pública compreendida como Instituição, pois foi e é a estrutura que proporciona o encontro entre pessoas que buscam o desenvolvimento da Ciência e das tecnologias disponíveis. Como Ideia, pois pensar no esforço social para manter uma instituição pública voltada à produção de conhecimento é prova da esperança em um futuro melhor, alcançado por meio da construção de reflexões que voltam ao meio social no qual são produzidas, impactando a vida dos membros da sociedade. Este ideário, alinhado com a busca por uma sociedade democrática e menos desigual, foi a bússola que orientou o desenvolvimento deste trabalho.

Perceber esta dimensão coletiva de um trabalho que, aparentemente, decorre de um esforço pessoal, foi um ganho de consciência que alcancei somente em decorrência de minhas vivências na Universidade Pública. Assim, os meus mais extensos agradecimentos à Universidade Federal do Paraná por me permitir, mais uma vez, viver a Universidade Pública, desenvolvendo-me como cidadão e estudioso de temas pelos quais nutro profunda curiosidade.

Da minha experiência na Universidade Federal do Paraná, impossível imaginá-la sem a presença do Professor Doutor Rui Carlo Dissenha, que me orienta desde o meu primeiro ano na Graduação em Direito. Seus ensinamentos, há muito, transcenderam o campo acadêmico, alcançando a esfera profissional e pessoal. Este trabalho, na hipótese de alcançar seu objetivo de discutir a construção de um processo penal mais democrático, certamente o fará graças a sua orientação, disponibilidade e ímpar capacidade de transmitir seus conhecimentos. A

pretensão de reduzir em poucas palavras a importância da orientação que recebi está destinada à incompletude, de sorte que encerro apenas com o mais sincero sentimento de gratidão.

Também menciono a importância em minha trajetória dos professores que, por uma feliz coincidência, compõem hoje a minha Banca de Avaliação. Ao Professor Doutor Guilherme Brenner Lucchesi, meu muito obrigado, pois suas aulas, ainda na Graduação, me cativaram profundamente, direcionando-me ao estudo do processo penal. Ao Professor Doutor Guilherme Roman Borges, pois trago comigo ao longo de minha trajetória no mundo jurídico, dentre muitos outros ensinamentos, algo que ouvi em suas aulas, ainda em 2015: que não podemos dar respostas simples a problemas complexos. O incentivo ao estudo da filosofia e da sociologia foi uma lição que determinou profundamente os caminhos que percorro.

Estendo minha gratidão também ao Doutor Fernando Bardelli Silva Fischer, que me oportuniza diariamente trabalhar com o que gosto e me incentivou extensivamente ao longo de todo o desenvolvimento deste trabalho. A possibilidade de poder apresentar meus questionamentos e aprender com sua experiência é um privilégio e foi uma parte importante da construção de várias ideias que pude abordar ao longo deste estudo.

Esta jornada de desenvolvimento de uma dissertação certamente não teria sido concluída sem o incansável apoio de meus pais, a quem dediquei este trabalho e dedico cada conquista, pois sem o esforço, o amor, o cuidado e a ajuda incondicionais deles, nenhuma delas teria sido possível. Lembro também de minha família. Meus tios e primos, presentes em todos os momentos de angústia, exemplos de dedicação, trabalho, amor e compreensão.

Aos meus amigos, recentemente ouvi de um de vocês que via em suas próprias amizades características que admirava e que cada amigo trazia para dentro de sua vida essas qualidades, enriquecendo-a em todos os seus aspectos. Acredito que, neste momento, posso emprestar esta descrição para dirigir-lhes meus agradecimentos. Vocês me inspiram com inteligência, bondade, compreensão, companheirismo, resiliência, amor, dedicação, coragem e alteridade. Por isso, obrigado Rick e Erick que compartilharam a experiência no PPGD-UFPR comigo; Adilson, Camila, Dayara, Henrique, Isabella, Júlia, Pedro, Maria Clara, Natasha e Victor, por compartilharem todos os momentos da vida; Bruna, Caio, Gabriela, Gabriel, Fernando, Lucas, Lui, Marina e Paula por mantermos nossa amizade para além da Faculdade; Marcos, por demonstrar o significado de amizade, independente da distância; e, por fim, Keeper, por me ensinar todas as qualidades anteriormente listadas, sem precisar dizer uma palavra sequer.

Por derradeiro, meus agradecimentos à Maísa que, com extrema competência e diligência, ajudou substancialmente na pesquisa que fundamentou o presente trabalho.

Curitiba, outono de 2023.

No porto de antes, apreensivo, eu tentava imaginar as dificuldades e lutas futuras. No de agora, dono do tempo que eu conquistara, simplesmente admirava o que estava ao redor e desfrutava do que estava feito. Não era a sensação de batalha ganha, mas de uma luta em que os obstáculos foram vencidos. Muito mais que isso, era o prazer de ter realizado algo que tanto desejei, de ter feito e visto o que fiz e vivi.

KLINK, Amir. **Mar sem fim: 360° ao redor da Antártica**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 196.

Promulgación de la Ley del Embudo

Su extraordinaria iniciativa fue el Estado erigido en esa forma, la rígida impostura. Lo debatieron, como siempre, con solemnidad y banquetes, primero en círculos agrícolas, con militares y abogados. Y al fin llevaron al Congreso la Ley suprema, la famosa, la respetada, la intocable Ley del Embudo.

Fue aprobada.

NERUDA, Pablo. **Canto General**. Buenos Aires: Seix Barral, 2003. p. 185-186.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar de maneira crítica o desenvolvimento do processo penal brasileiro, identificado a partir de dois diferentes padrões – um de controle e outro de eficiência do exercício do poder punitivo – e à luz dos processos de internacionalização do poder punitivo e da universalização dos direitos humanos no plano internacional. Questiona-se a existência de um *déficit* na incorporação ao processo penal brasileiro de disposições oriundas do plano internacional que se voltam à construção de um padrão de controle do exercício do poder punitivo no processo penal, em contraste com as influências do espaço normativo internacional que estruturam um padrão de eficiência do processo penal, as quais seriam incorporadas mais velozmente. A verificação de tal hipótese ocorreu através da análise de tratados internacionais incorporados ao ordenamento nacional e que tinham conteúdo apto a promover alterações no processo penal brasileiro. A partir da confirmação preliminar da hipótese, buscou-se melhor entender a influência da internacionalização do poder punitivo sobre o processo penal, no sentido de privilegiar institutos que ampliam a capacidade de punir do Estado em detrimento de direitos individuais. Assim, foram analisados Projetos de Leis com conteúdo processual penal ou que implicavam um recrudescimento do poder punitivo. Afastada a hipótese de que o legislador nacional está isolado das influências da internacionalização do poder punitivo, constatou-se que normas produzidas no espaço normativo internacional passam para o ordenamento jurídico nacional de maneira sorrateira, pois não são indicadas de maneira expressa na fundamentação de alterações legislativas. Questionou-se, assim, se a incorporação ao processo penal brasileiro de influências normativas que trazem em seu bojo concepções políticas de origem incerta e difícil rastreabilidade, de fato, realizam os interesses sociais, culturais e políticos de nossa sociedade.

Palavras-chave: Internacionalização do Poder Punitivo; Padrões Processuais Penais; Direitos Fundamentais

ABSTRACT

This study is set to critically analyze the development of Brazil's criminal procedure, identified based on two different patterns – a democratic one another one of efficiency in the exercise of punitive power – and under the light of the processes of internationalization of the punitive power and universalization of human rights in the international level. The study aims to question the existence of a *deficit* regarding the adoption of a democratic pattern in criminal procedure based on the incorporation to Brazil's criminal law of provisions from the international scene, in comparison with the influences of the international stage that structure an efficiency pattern in criminal procedure, which would be adopted faster. This hypothesis was verified through the analysis of international treaties internalized into Brazil's juridical order that had a content able to promote changes to Brazil's criminal procedure. Based on the preliminary confirmation of the hypothesis, the study aimed a better understanding of the influences of the punitive power internationalization, in a sense that it privileges provisions that enlarge the State's capacity to punish, to the detriment of individual rights. Therefore, Bills with a criminal procedural content or that implied an upsurge to punitive power were studied. Debunked the hypothesis that the Brazilian legislator is isolated from the influences of the punitive power internationalization, it was found that legal provisions originated at an international normative space came into Brazil's juridical order stealthily, because they were not expressly indicated in the fundamentals to the legislative changes. Therefore, the study assesses if the internalization to Brazil's criminal procedure of normative influences that bring by political conceptions of uncertain origin and hard trackability, really implements the social, cultural and political interests of our society.

Keywords: Internationalization of the Punitive Power; Criminal Procedure Patterns; Fundamental Rights

Lista de abreviaturas

ACNUDH	- Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos
AGNU	- Assembleia Geral das Nações Unidas
CADH	- Convenção Americana de Direitos Humanos
CIDH	- Corte Interamericana de Direitos Humanos
CNJ	- Conselho Nacional de Justiça
CPI	- Comissão Parlamentar de Inquérito
DUDH	- Declaração Universal dos Direitos Humanos
FENASPEN	- Federação Sindical Nacional dos Servidores Penitenciários
PDL	- Projeto de Decreto Legislativo
PL	- Projeto de Lei
MP	- Medida Provisória
ONU	- Organização das Nações Unidas
OMS	- Organização Mundial da Saúde
STF	- Supremo Tribunal Federal
TEDH	- Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TPI	- Tribunal Penal Internacional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 A IDENTIFICAÇÃO DE PADRÕES PROCESSUAIS PENAIS E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO	16
1.1 PADRÃO EFICIENTISTA DA APLICAÇÃO DO PODER PUNITIVO.....	21
1.2 PADRÕES DE CONTROLE DO PODER PUNITIVO.....	34
1.3 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A CONSTRUÇÃO DE UMA LINGUAGEM COMUM	51
2 OS PADRÕES PROCESSUAIS PENAIS À LUZ DA UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO PODER PUNITIVO 67	
2.1 INCORPORAÇÃO AO PROCESSO PENAL PÁTRIO DE MATRIZES QUE FREIAM O PODER PUNITIVO	69
2.1.1 Convenção sobre a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio.....	73
2.1.2 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos	77
2.1.3 Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e seu Protocolo Facultativo	84
2.1.4 Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado	86
2.1.5 Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)	89
2.1.6 Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.....	99
2.1.7 Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte	100
2.2 INCORPORAÇÃO DE MATRIZES QUE PERMITEM O RECRUDESCIMENTO DO PODER PUNITIVO	101
2.2.1 Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional (Convenção de Washington)	102
2.2.2 Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena)	104
2.2.3 Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais	111
2.2.4 Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo).....	111

2.2.5 Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida)	113
2.2.6 Convenção sobre o Crime Cibernético (Convenção de Budapeste).....	115
2.3 ESTUDO DA INFLUÊNCIA DOS TRATADOS ANALISADOS SOBRE A EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DE PROJETOS DE LEIS QUE ABORDAM QUESTÕES PROCESSUAIS PENAIS	117
3 AS DUAS VELOCIDADES DE ALTERAÇÃO DO PROCESSO PENAL EM FUNÇÃO DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO PODER PUNITIVO.....	121
3.1 INTEGRAÇÃO DE NORMAS INTERNACIONAIS AO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL	121
3.2 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A INTERNALIZAÇÃO DE POLÍTICAS CRIMINAIS	125
CONCLUSÃO.....	148
REFERÊNCIAS	151
ANEXO I – TRATADOS INTERNACIONAIS	157
ANEXO II – PROJETOS DE LEI.....	161

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o desenvolvimento do processo penal brasileiro e as influências da internacionalização do poder punitivo neste fenômeno. Percebeu-se que é possível identificar no processo penal dois padrões de aplicação. O primeiro, que pretende maior eficiência no exercício do poder punitivo, é representado pela pretensão de aumentar a capacidade de punir e está frequentemente vinculado à instrumentalização do processo à realização de objetivos políticos em detrimento dos direitos do réu. O segundo, de controle do exercício do poder punitivo estatal, busca a garantia e a concretização dos direitos do réu ao longo do curso processual, colocando o indivíduo em papel de destaque, impedindo o sacrifício arbitrário de seus direitos em nome de pretensos objetivos coletivos.

A partir disso, buscou-se entender como cada um desses padrões se relaciona com normas incorporadas ao nosso ordenamento a partir do plano normativo internacional, ou seja, pela internalização de tratados internacionais aos quais o Estado brasileiro se vinculou. Verificou-se que o processo de internacionalização, inicialmente, deu-se no sentido da construção de uma linguagem comum de direitos humanos universais. Posteriormente, outras manifestações ganharam força, como foi o caso da internacionalização do poder punitivo. Diante disso, questionou-se se as influências do direito internacional são mais determinantes no desenvolvimento de um padrão processual penal de controle do poder punitivo ou de um padrão de eficiência.

A verificação de tal hipótese partiu do estudo do processo penal brasileiro e como, em concreto, é possível verificar a existência de um ou outro padrão processual. Diante das normas existentes, a análise do vigente Código de Processo Penal foi mais relevante para a compreensão do padrão de eficiência do processo penal, enquanto a Constituição foi o fio condutor da análise sobre o padrão de controle. Estabelecida esta dicotomia, iniciou-se o estudo da internacionalização do direito, conformada pela desconstrução de conceitos clássicos de Estado e hierarquia legislativa, que permitiu a universalização dos direitos humanos e a criação de uma linguagem comum universal a partir deles. Concorrentemente, verificou-se também a expansão do poder punitivo ao plano internacional, em especial a partir das circunstâncias sociais e econômicas do final do Século XX.

A síntese deste estudo, desenvolvido em três títulos, desaguou na análise em espécie de tratados internacionais incorporados ao nosso ordenamento, tanto de tratados

voltados à garantia dos direitos humanos, como de tratados que buscavam maior eficiência no exercício do poder punitivo. Por fim, buscou-se constatar a influência de tais tratados na elaboração de normas que impactaram o processo penal brasileiro desde a Constituição de 1988. Para tanto, pesquisaram-se os Projetos de Leis atinentes à supracitada legislação, com o intuito de identificar menções aos tratados internacionais anteriormente analisados como fundamentos para a elaboração dessas Leis.

Foi possível concluir que a internacionalização do poder punitivo consegue influenciar o processo penal brasileiro de maneira mais determinante que os tratados internalizados que afirmam os direitos humanos. Assim, o padrão processual de eficiência é incorporado e desenvolvido com maior velocidade que o padrão processual de controle, ainda que reste explicitada em nossa Constituição a primazia das garantias do sujeito em face do exercício arbitrário do poder punitivo.

Entende-se que o estudo desenvolvido apresenta uma maneira diferente de analisar o desenvolvimento do processo penal brasileiro, buscando contextualizar suas transformações, levando em consideração as influências trazidas a partir do plano internacional. Esta compreensão é relevante, pois, conforme poderá ser constatado pelo leitor ao longo deste trabalho, a internacionalização do direito, seja no sentido da universalização dos direitos humanos, seja em prol da expansão do poder punitivo, é um fenômeno determinante para a compreensão do direito contemporâneo.

Em tempo, não se pode olvidar que o Código de Processo Penal vigente foi promulgado em 1941, de sorte que sua natureza autoritária e descompassada com o sistema constitucional fundado em 1988 exige frequentes reformas, que caminham para uma eventual e incerta elaboração de um novo marco legislativo para o processo penal brasileiro. Independentemente do tempo de realização de tais reformas, a doutrina e a Academia devem estar sempre atentas às tentativas de exacerbação do poder punitivo em detrimento das garantias individuais, algo que somente será possível caso se esteja atento à dimensão do problema posto. Não se pode buscar resolver os problemas do autoritarismo no processo penal brasileiro com fórmulas prontas. Assim, a compreensão das influências transmitidas ao ordenamento processual penal pátrio a partir do espaço normativo internacional é parte essencial do entendimento do problema e fundamento inafastável de qualquer busca por soluções voltadas ao desenvolvimento de um padrão processual de controle do exercício do poder punitivo.

A preocupação simultânea deste trabalho com o controle do poder punitivo estatal exercido ao longo do processo penal e com a concretização dos direitos

humanos, em especial daqueles que são expostos à face mais áspera do Estado, é muito própria do *locus* dentro do qual ele foi desenvolvido: a Universidade Pública. O esforço individual dos membros da sociedade brasileira para que possamos ter uma instituição pública voltada à produção de conhecimento deve, minimamente, ser retribuído por meio da produção de conhecimento que melhore a condição de vida dos indivíduos. Ainda que de maneira distante e indireta, esta foi a bússola para o desenvolvimento do presente trabalho.

1 A IDENTIFICAÇÃO DE PADRÕES PROCESSUAIS PENAIS E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A internacionalização do direito, ocorrida tendo a universalização de direitos humanos como eixo, trouxe de algibeira a internacionalização do poder punitivo que, por sua vez, foi tradicionalmente compreendido como algo muito próprio de uma noção clássica de Estado. A figura de um Estado soberano, contudo, já não mais serve de explicação satisfatória para os fenômenos contemporâneos. Esta constatação, em um primeiro momento, traz o questionamento sobre quais seriam então os valores universais que justificam as proibições fundamentais construídas no plano internacional. Sobre isso, a professora Mireille Delmas-Marty desenvolve o seu raciocínio a partir do binômio “proibir/justificar”¹ (DELMAS-MARTY, 2011, p. 29). *Proibir* é justamente eleger condutas às quais será cominada uma sanção, com o intuito de proteger determinado valor tido como relevante. A seu turno, *justificar* pode ser compreendido como a ideia de justificante do fato típico², afastando o conteúdo de ilicitude penal de certa conduta. Sob este binômio, a Professora identifica a existência de três paradigmas: o dos crimes de guerra, para “limitar o desumano”³ (DELMAS-MARTY, 2011, p. 15); o dos crimes contra a humanidade, para “proteger a humanidade como vítima, construindo assim a humanidade como um valor”⁴ (DELMAS-MARTY, 2011, p. 15); e o da guerra contra o crime, para “legitimar o desumano em nome da sobrevivência de toda ou parte da população nacional”⁵ (DELMAS-MARTY, 2011, p. 15). O primeiro e o segundo têm conexão mais forte com o contexto pós Segunda Guerra, com a proscrição da guerra e a adoção dos direitos humanos como bússola axiológica da internacionalização do direito. O terceiro paradigma, contudo, diz respeito a um

¹ Tradução nossa do original: “interdire/justifier”.

² A tradução do “justifier” causou certa dúvida sobre a efetiva possibilidade de compreensão do termo com o mesmo sentido que tem a ideia de *justificação* dentro da teoria do delito no direito penal brasileiro. Contudo, em consulta a um manual da parte geral do direito penal francês, encontra-se o seguinte excerto introdutório às explicações sobre *legítima defesa* e *estado de necessidade*: “Deux circonstances peuvent **justifier** la réaction apparemment délictueuse d’un individu: il s’agit de la légitime défense [...] et l’état de nécessité” (PRADEL, 2006, p. 309, grifo nosso). Diante disso e pelo contexto da obra da Professora Mireille Delmas-Marty, adota-se o conteúdo exposto ao termo supracitado.

³ Tradução nossa do original: “limiter l’inhumain”.

⁴ Tradução nossa do original: “protéger l’humanité comme victime, donc construire l’humanité comme valeur”.

⁵ Tradução nossa do original: “légitimer l’inhumain au nom de la survie de tout ou partie de la population nationale”.

segundo momento, posterior à Guerra Fria e, em especial, pós-atentados de 11 de setembro.

É neste terceiro paradigma, o relacionado à guerra contra o crime, que se percebe maior relevância do estudo do processo penal e sua relação com os ordenamentos jurídicos internos aos Estados (relativo) e os direitos humanos (universal). Destaca-se que a internacionalização do poder punitivo não se manifesta somente com relação a condutas que podem ser classificadas como crimes de guerra ou contra a humanidade, pois também se estende ao combate universal – ou ao menos com uma pretensão de universalização – de condutas como o terrorismo, o tráfico de drogas, a corrupção, a lavagem de capitais ou outras condutas consideradas hediondas: “lançado como um slogan político, a ‘guerra contra o crime’ não é mais uma simples metáfora, e sim algo que sustenta uma lógica penal de banalização, ou até mesmo de legitimação, que marca uma ruptura aos paradigmas de Nuremberg”⁶ (DELMAS-MARTY, 2011, p. 34).

Estabilizada a seleção de quais serão as condutas alvo dessa guerra, representando o binômio proibir/justificar, incide um segundo binômio: “punir/perdoar”⁷ (DELMAS-MARTY, 2011, p. 29), que definirá com base em quais instrumentos essa proteção por meio da sanção penal será feita⁸. Tão importante quanto a decisão de se reconhecer que o terrorismo, o tráfico de drogas e demais condutas violam um feixe de valores universais, ensejando um combate no plano internacional, são as decisões sobre a forma pela qual tal combate será feito. Aqui residem as ferramentas processuais penais: caso se entenda pela necessidade comum de tutela da saúde pública por meio do combate às drogas, ou da tutela de direitos humanos por meio do combate ao terrorismo, dever-se-á ter em mente que o meio pelo qual tais objetivos e valores serão tutelados será tão importante quanto a sua escolha inicial. Não é admissível – e tampouco possível – a eleição de valores universais, cuja proteção

⁶ Tradução nossa do original: “Lancée comme un slogan politique, ‘la guerre contre le crime’ n’est plus une simple métaphore, mais soutient une logique pénale de banalisation, voire de légitimation de l’inhumain, qui marque une rupture par rapport aux paradigmes de Nuremberg”.

⁷ Tradução nossa do original: “punir/pardoner”.

⁸ A Professora Mireille Delmas-Marty, ao apresentar o binômio, menciona uma série de questões atinentes a estes dois conceitos, em especial no que se refere à construção de um sistema de justiça internacional para combater os crimes contra a humanidade, representados pelos diversos Tribunais Penais Internacionais estruturados na segunda metade do Século XX e no início do Século XXI. Contudo, não é possível negar a intensa conexão de tais temas com o processo penal – algo que é expressamente mencionado pela autora – e a aplicabilidade de tais conceitos a outras condutas que são impactadas pela universalização dos direitos humanos e pela internacionalização do poder punitivo. É nessa esteira que se pretende desenvolver estes dois conceitos (punir/perdoar).

promova a violação daquilo que, originalmente, se buscou tutelar: o combate ao terrorismo e os valores comuns que justificam a criminalização do terrorismo não legitimam o emprego de meios e táticas que violam outros direitos e valores que também são identificados como comuns e universais.

Vislumbra-se, portanto, uma antinomia circunstancial entre o direito penal e direitos humanos, a qual é regulada dentro do processo penal. A supracitada antinomia “está, de fato, no âmago da justiça ‘penal’, baseada no direito de punir, ou seja, de atentar contra determinados direitos fundamentais do indivíduo [...]; e, todavia, o sistema penal exerce também uma função de proteção dos direitos fundamentais” (DELMAS-MARTY, 2004c, p. 22). Ou seja, o processo penal pode ser estruturado de tal forma que se assegurem os direitos fundamentais daqueles indivíduos sobre os quais se impõe o poder sancionador, mas também pode ser utilizado como ferramenta para violar os direitos individuais em nome de um objetivo político, como combater determinada forma de criminalidade: “o processo penal organiza, de forma frequentemente bastante minuciosa, o respeito aos direitos de defesa, e, mais amplamente, as condições de um processo equitativo” (DELMAS-MARTY, 2004c, p. 22).

Assim, não se questiona a existência de um direito processual penal internacional. O raciocínio parte da universalização dos direitos humanos com fulcro em valores comuns, os quais são protegidos por meio da ameaça de sanção penal, que também se manifesta no plano internacional, se inserindo na internacionalização do poder punitivo. A partir de tal cenário, cada Estado deve concretizar no seu âmbito interno os direitos humanos.

Isso, contudo, é feito de maneira descontínua, seja por questões políticas, ou pela baixa densidade normativa dos instrumentos de direito internacional que afirmam os direitos humanos. Assim, como cada Estado vai proteger um determinado feixe de valores fundamentais por meio, por exemplo, da criminalização do terrorismo ou do tráfico de drogas, é uma tarefa que pertence ao âmbito de apreciação nacional, que floresce na indeterminação do direito e na relação entre os valores universais afirmados internacionalmente, e o relativo, representado pelo ordenamento interno. Tal fenômeno relativiza a noção clássica de soberania na medida em que evidencia a insuficiência da concepção monista, segundo a qual todo o direito emana do Estado. De toda sorte, no que se refere ao processo penal, cabe a análise de quais instrumentos são utilizados para

promover a criminalização de condutas e se tais ferramentas estão orientadas à garantia dos direitos humanos do indivíduo, ou se elas servem a um fim político diverso.

Para o prosseguimento de tal análise, devem-se identificar os padrões do processo penal. A Professora Mireille Delmas-Marty apresenta especificamente a ideia de padrões quando aborda a relação entre o universal e o relativo, pois se revela em seu raciocínio a preocupação de que os valores universais não podem ser impostos hegemonicamente sobre toda a humanidade, de sorte que eles devem ser incorporados tendo em mente diversas circunstâncias sociais, culturais e históricas. O próprio título do capítulo de livro dentro do qual tais noções são abordadas indica o eixo sobre o qual as reflexões desenvolver-se-ão: “prescrever: regras com noções indeterminadas” (DELMAS-MARTY, 2004b, p.121).

Com isso, reconhece-se que as situações modernas a serem reguladas apresentam tamanha complexidade que exigem a adoção de conceitos menos rígidos, em oposição à univocidade da norma jurídica. Contudo, gera-se o risco de baixa densidade normativa da regra em questão e, possivelmente, uma proliferação normativa em níveis inferiores, o que também enfraquece a norma. Assim, o reconhecimento de diferentes espaços normativos tem por consequência o emprego das noções indeterminadas supracitadas, as quais terão seu conteúdo determinado a partir do contexto de sua aplicação, permitindo um caráter sistêmico que não depende de um conceito vertical e rígido de hierarquia e tampouco de um fechamento do sistema em si próprio. Tal configuração é ideal quando se busca assegurar, por exemplo, garantias individuais de maneira universal, pois se protege um valor comum e é construída a guarda de tal valor de maneira descontínua, na medida em que cada Estado (contexto relativo) consegue concretizar os mandamentos de tutela a determinado valor comum.

Retornando ao binômio proibir/justificar, quando uma conduta é tipificada e passa a ser tratada pelo direito penal, deve haver uma delimitação sobre o que poderá ser objeto de sanção, de modo a permitir que o cidadão conforme sua conduta. Contudo, a realidade é contingente e simplesmente não é possível que o legislador, de antemão, preveja todas as situações fáticas sobre as quais determinada norma vai incidir, daí a necessidade de recorrer a noções indeterminadas. Todavia, “indeterminado não quer dizer indeterminável” (DELMAS-MARTY, 2004b, p.122). Essas cláusulas indeterminadas servem como janelas de abertura para que o sistema jurídico nacional receba valores e direitos afirmados, por exemplo, no plano internacional. Assim, um padrão pode ser compreendido como aquilo que remete a uma normalidade técnica:

“uma ‘colocação de setas’ para indicar ao intérprete a direção que deve seguir, conforme a natureza das normas às quais é remetido” (DELMAS-MARTY, 2004b, p.122). Dito de maneira diferente, “‘padronização’ adquire seu significado pleno de aproximação de uma média aceitável por todos” (DELMAS-MARTY, 2004b, p.125).

Um exemplo de padrão para uma conduta sobre a qual incide o poder punitivo é, por exemplo, o terrorismo. Entende-se que o terrorismo é uma prática que deve ser universalmente proscria, pois violadora de valores comuns e dos direitos humanos. Contudo, na incorporação de tal proibição ao âmbito interno dos Estados, não é possível que não se delimite, ao menos minimamente, no que consiste, ou não um ato de terrorismo, sob o risco de que cada Estado adote uma definição própria e seja desnaturado o caráter universal de combate às condutas consideradas terroristas. Diante disso, o artigo 1º da Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional⁹, concluída em Washington, em 2 de fevereiro de 1971, estabelece um padrão de conduta a ser classificada como terrorista, ou seja, “o sequestro, o homicídio e outros atentados contra a vida e a integridade das pessoas a quem o Estado tem o dever de proporcionar proteção especial conforme o direito internacional, bem como a extorsão conexa com tais delitos”.

Este mesmo processo de estabelecimento de padrões mínimos também é perceptível no binômio punir/perdoar. Quando há o comando normativo de se impor sanção a determinada conduta, o caminho a ser percorrido até a imposição de uma sanção ou à decisão pelo perdão pode ser balizado por padrões que garantam e maximizem os direitos do indivíduo a quem se imputa a conduta proscria à qual se prevê uma sanção, ou podem recrudescer o alcance do poder punitivo que incidirá sobre o indivíduo. Estes padrões, assim como ocorre dentro do binômio proibir/justificar, podem ser provenientes do direito interno ao Estado, ou do processo de internacionalização do direito – que tem a faceta da universalização dos direitos humanos e, muitas vezes de maneira próxima, a internacionalização do poder punitivo. A partir desta lógica serão identificados os padrões processuais penais existentes no Brasil.

De todo modo, importante destacar que a adoção de uma análise binomial, seja com relação à internacionalização do poder punitivo e a universalização dos direitos

⁹ Convenção incorporada ao ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto nº 3.018/1999.

humanos, seja a partir de dois padrões para análise do desenvolvimento do processo penal brasileiro, não é uma representação exata da realidade. Trata-se de uma escolha metodológica e didática que facilita o estudo de determinado objeto. Assim como a internacionalização do poder punitivo, a universalização dos direitos humanos e o processo penal são fenômenos complexos e diversos. Isso é percebido com exatidão na análise dos tratados internacionais incorporados ao ordenamento brasileiro desenvolvida no segundo capítulo deste trabalho.

Conforme será oportunamente abordado, estes tratados internacionais são o ponto de interação entre a internacionalização do poder punitivo, a universalização dos direitos humanos e os padrões de desenvolvimento do processo penal brasileiro. A identificação destes binômios permite justamente que tais tratados sejam analisados a partir de critérios específicos, ainda que redutores da realidade. Por mais que este trabalho proponha uma abordagem a partir de binômios, não se afirma que a realidade pode ser reduzida a uma divisão em positivo e negativo. Os próprios tratados internacionais, cuja análise será oportunamente aduzida, possuem uma polissemia de sentidos, de sorte que a sua produção de efeitos e as consequências de suas disposições dependem significativamente do país no qual aquele tratado foi internalizado.

De maneira similar, todo o fenômeno do processo penal brasileiro não pode ser compreendido somente com base em dois padrões de análise. Ainda assim, tal percurso metodológico permite a extração de importantes reflexões, nos termos a seguir expostos.

1.1 PADRÃO EFICIENTISTA DA APLICAÇÃO DO PODER PUNITIVO

Por uma questão metodológica, o presente estudo sobre a existência de um padrão no processo penal brasileiro desenvolver-se-á a partir do atual paradigma processual penal, ou seja, o Código de Processo Penal de 1941. Por mais que haja leis anteriores dispendo sobre assuntos pertinentes a este estudo, tendo em conta o atual paradigma constitucional e a ocorrência do processo de internacionalização do direito e universalização dos direitos humanos no final do Século XX, não seria proveitosa uma análise mais profunda de tais leis e o respectivo padrão por elas adotado, sob risco de transformar este estudo sobre o processo penal em uma investigação sobre a história do processo penal.

De todo modo, a título de contextualização, cabe mencionar que “grande parte da legislação penal e processual penal que vigorou no Brasil até a independência se encontrava nas Ordenações Filipinas” (DO AMARAL, 2013, p. 13). Já com a Constituição de 1824¹⁰, houve a previsão de garantias individuais, com destaque para o artigo 179¹¹ e seus incisos, que abordam temas processuais fundamentais sob um viés garantista: a inviolabilidade do domicílio¹², presunção de inocência¹³, necessidade de apresentar o preso à autoridade judiciária¹⁴, limitação às hipóteses de prisão¹⁵, banimento de penas cruéis¹⁶ e o sigilo das comunicações¹⁷. Não é preciso ir muito longe para perceber que tais garantias, fortemente influenciadas pelos ideais iluministas, não passaram do plano formal. Somente em momento posterior que os direitos humanos não serão “mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado” (BOBBIO, 2004, p. 19). Basta notar que, à época da promulgação dessa Constituição e pelos posteriores 64 anos, o Brasil foi um país escravocrata.

De acordo com o mandamento constitucional da época¹⁸, deveria ser elaborada codificação penal, que certamente disporia sobre a forma pela qual cada uma dessas garantias deveria ser concretizada, delimitando sua extensão e sua aplicabilidade no caso concreto.

¹⁰ Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>.

¹¹ O artigo 179 da Constituição de 1824 apresenta a seguinte redação: “A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte”.

¹² Art. 179, VII da Constituição de 1824: “Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar”.

¹³ Art. 179, primeira parte do inciso VIII da Constituição de 1824: “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei”.

¹⁴ Art. 179, segunda parte do inciso VIII da Constituição de 1824: “dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as”.

¹⁵ Art. 179, IX da Constituição de 1824: “Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto”.

¹⁶ Art. 179, XIX da Constituição de 1824: “Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”.

¹⁷ Art. 179, XXVII da Constituição de 1824: “O Segredo das Cartas é inviolavel”.

¹⁸ Art. 179, XVIII da Constituição de 1824.

Neste contexto, cita-se o Código Criminal de 1830¹⁹ e o Código de Processo Criminal de 1832²⁰, bem como suas reformas de 1841²¹ e 1871²². De toda sorte, este primeiro momento registra com exatidão a apresentação de BOBBIO sobre as fases das declarações de direitos, pois foi justamente a enunciação formal de garantias individuais dentro do contexto do processo penal, sob a influência de um constitucionalismo, que adotou os ideais liberais das Revoluções do final do Século XVIII sem, contudo, promover sua concretização.

No fim, com a República, a sistemática erigida a partir da Constituição de 1824 se perde, pois, com a Constituição de 1891, a competência federal para legislar sobre processo penal se restringiu às causas de competência da Justiça Federal²³, de sorte que os estados puderam criar seus próprios códigos de processo penal, regulando a matéria que lhes competia. Tal cenário se manteve até que, em 1941, foi promulgado o Código de Processo Penal vigente até os dias atuais.

No que diz respeito à concretização de direitos individuais no âmbito do Processo Penal, a legislação vigente caminhou no sentido oposto, consubstanciando um recrudescimento no exercício do poder punitivo, até porque foi elaborada no seio de um regime político ditatorial: o Código de Processo Penal de 1941 “é fruto do regime autoritário instalado após a Revolução de 1930, sob a batuta de Getúlio Vargas, denominado de Estado Novo” (SILVEIRA, 2015, p. 264). A unificação da legislação processual penal tinha o objetivo de centralizar o poder em torno daquele que controlava o governo federal, suprimindo liberdades federalistas²⁴.

Neste período, ganhou destaque a figura de Francisco Campos, Ministro da Justiça do Estado Novo e responsável por nomear a comissão que elaborou o Código de

¹⁹ Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>.

²⁰ Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm>.

²¹ Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM261.htm>.

²² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2033.htm>.

²³ Art. 34, n°23 da Constituição de 1891 determinou ser “competência do Congresso Nacional legislar sobre o direito [...] processual da Justiça Federal”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>.

²⁴ Em entrevista concedida por Francisco Campos, em abril de 1939, o aspecto autoritário e centralizador do Estado Novo é resumido nos seguintes termos: “O regime federativo, instituído em 91, continha em sua essência o germe da desagregação. A Constituição de 10 de novembro pôs termo a esse processo de dissolução, devolvendo ao Poder Central a responsabilidade da integração das forças vivas da nacionalidade. A exagerada autonomia, conferida aos estados, traduzindo-se em descentralização política e administrativa, fragmentava em 20 parcelas o poder que deveria ser uno e indivisível, para que se pudesse transmitir às novas gerações, dentro do mesmo território, uma Nação integrada pelos mesmos motivos de conservação e de perpetuidade.

A União, ao cabo do meio século de usurpações, teve de recuperar-se, de volver a si mesma, para que não mais ficasse à mercê das ambições e dos imperialismos regionalistas” (CAMPOS, 2001, p. 109).

Processo Penal. A inspiração da legislação a ser desenvolvida foi “o *Codice Rocco* de processo penal (1930), da Itália fascista de Mussolini, da qual Alfredo Rocco era Ministro da Justiça” (SILVEIRA, 2015, p.270). Ou seja, “os padrões autoritários de nosso sistema de justiça criminal antecedem ao ainda vigente Código de Processo Penal de 1941, inspirado no fascista Código Rocco (italiano), da década de 30 do século passado” (PRADO, 2015, p. 556).

Este termo com o qual PRADO inicia sua frase remete o leitor exatamente àquilo que se pretende identificar neste ponto, os padrões observados no processo penal brasileiro. Na sequência, passar-se-á à análise do processo penal brasileiro sob o paradigma da Constituição de 1988, mas pela continuidade da vigência do Código, é preciso perceber que dele são extraídos padrões utilizados até os dias de hoje no processo penal: “o Código de Processo Penal brasileiro vigente nasce autoritário e sobrevive inquisitório até os dias atuais” (SILVEIRA, 2015, p.273). Oportunamente, estes padrões próprios do Código de Processo Penal de 1941, que registram um flagrante autoritarismo, também relacionar-se-ão com os padrões em matéria processual que podem ser observados da internacionalização do poder punitivo no que se refere ao binômio punir/perdoar.

Aprofundando a análise do que seria esse autoritarismo percebido no Código de Processo Penal, PRADO identifica que a busca da verdade real, realizada com conferência ao magistrado de poderes de instrução, “configurará o elemento de ligação entre as antigas práticas autoritárias, de matriz inquisitória, e o novo processo pena, mesmo depois de promulgada a Constituição de 1988” (PRADO, 2015, p. 561).

Para não correr o risco de que a ideia de autoritarismo do Código de Processo Penal seja mais um conceito jurídico indeterminado, desprovido de um conteúdo específico ou de exemplos nos quais pode ser percebida sua concretização, investiga-se a visão do próprio Francisco Campos sobre como o processo penal brasileiro deveria ser utilizado e organizado.

O Ministro da Justiça do Estado Novo vislumbrava no regime anterior, marcado por uma descentralização legislativa em matéria processual penal, um excesso de garantias individuais àqueles que comentiam crimes, o qual deve ser combatido pela legislação processual penal, em nome da garantia dos direitos daqueles que são, em tese, vítimas de delitos: “urgia abolir semelhante critério de primado do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se podia continuar a transigir com direitos individuais em antagonismo ou sem coincidência com o bem comum” (CAMPOS,

2001, p. 121). Desde logo, observa-se que tal visão do processo penal é diametralmente oposta àquela que foi impactada pela ideia de universalização dos direitos humanos e existência de garantias individuais perante o Estado.

No sistema instituído pelo Código de Processo Penal de 1941, atribui-se ao juiz um forte poder probatório, a ser utilizado na busca da verdade, pois adotou-se “a concepção do processo como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da Justiça” (CAMPOS, 2001, p. 163). Neste paradigma, a função do juiz na direção do processo é “intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes” (CAMPOS, 2001, p. 167). Campos expressamente refuta a adoção do princípio dispositivo, no qual se estabelece uma relação adversarial entre as partes e uma postura imparcial do juiz, sob o pretexto de que isso impediria a ocorrência de injustiças: “À concepção duelística do processo haveria de substituir-se a concepção autoritária do processo” (CAMPOS, 2001, p. 163).

De maneira sintética, a concepção de processo que aqui se vislumbra, instituída no Código de Processo Penal de 1941, é aquela na qual o juiz é um interessado, pois a ele não cabe tão somente a função de julgar uma determinada demanda, mas sim a de realizar dentro do processo um interesse específico, que é o “o interesse da comunidade, do povo, do Estado” (CAMPOS, 2001, p. 167). É justamente aqui que se condensa todo o autoritarismo do modelo processual imposto, pois aquele que é acusado e julgado não é um sujeito, um ser humano a quem se reconhece um feixe de direitos mínimos, mas sim um objeto sobre o qual será exercitado o poder sancionador estatal, com o fim de concretizar um interesse político. O interesse do Estado, no caso, é outro conceito indeterminado, mas aqui ele serve como um elemento retórico, pois o bem comum da sociedade não é percebido como a garantia dos direitos dos indivíduos que compõem aquela comunidade, mas sim como a garantia da ordem pública e o combate às condutas que violam o interesse estatal, o que pode ocorrer pela prática de qualquer conduta selecionada sob a lógica do binômio proibir/justificar.

O interesse do Estado não é propriamente um padrão processual nos termos empregados pelo presente estudo, pois aqui se trata de um lugar comum para justificar o autoritarismo. A princípio, poder-se-ia falar de um padrão autoritário de processo penal.

Autoritarismo é um termo polissêmico, podendo ser abordado a partir de diversos campos do conhecimento. FRAGOSO (2011) identifica que há quatro contextos tradicionais dentro dos quais o termo *autoritarismo* é empregado: como abuso

de poder; como estrutura de regime político em que “as liberdades e os direitos dos indivíduos são gravemente cerceados” (p. 64); como ideologia política; como padrão psicológico-social. Ou seja, o autoritarismo pode ser considerado “uma categoria política transversal, isto é, que percorre simultânea e indistintamente os mais diversos registros simbólicos, da psicologia social ao direito, passando pela sociologia, criminologia, filosofia e naturalmente, ciência política” (GLOECKNER, 2018, p. 49). Diante da dimensão do fenômeno do autoritarismo e da dificuldade em se delimitar o que pode, ou não, ser subsumido ao guarda-chuva das diferentes manifestações do autoritarismo, não seria pertinente adotar tal conceito especificamente como um padrão processual penal.

É inegável que práticas autoritárias são percebidas no processo penal, mas, na mesma medida em que a ideia de autoritarismo é muito ampla para ser eleita como padrão, ela também não é restrita o suficiente para se subsumir à compreensão deste trabalho sobre padrão processual. A ideia aqui apresentada de estruturação de um processo penal para dar conta dos fins do Estado em detrimento das garantias do indivíduo previstas na Constituição representa um padrão de processo, pois orientará a aplicação dos institutos processuais justamente no sentido da realização de algum fim político do Estado. Dizer que isso tão somente é um abuso de poder, logo, uma prática autoritária, não basta. É certo que uma exacerbação do uso do poder punitivo para perseguir um objetivo em específico e em detrimento de garantias individuais asseguradas na Constituição configura inequívoco abuso de poder. Todavia, o fenômeno não se resume a esse flagrante abuso, uma vez que se tem por legítimo a instituição pelo Estado de um direito penal a ser aplicado mediante o respeito das garantias individuais existentes no sistema. Em relação a esta manifestação de aplicação do processo penal, entende-se que a classificação como manifestação de um processo penal autoritário não seria a mais indicada. Tampouco se vislumbra um padrão processual democrático; ainda que o processo penal em questão esteja inserido em um Estado politicamente democrático, esta manifestação em específico não representa pontualmente um padrão de controle do exercício do poder punitivo²⁵.

Pelo exposto, sugere-se a adoção do conceito de um padrão processual efficientista, o qual pode abarcar manifestações mais arrojadas do poder punitivo, as

²⁵ A adoção da terminologia “padrão de controle do exercício do poder punitivo” em detrimento de outras nomenclaturas, como “padrão democrático”, será oportunamente abordada.

quais se subsomem às classificações de autoritarismo, mas também dá conta dos casos de aplicação de uma sanção penal por meio do decurso de um processo penal durante o qual são respeitadas as garantias individuais do acusado. Por mais que nesta segunda hipótese seja possível vislumbrar respeito à utilização do processo como uma ferramenta para garantir os direitos individuais, não é possível comparar uma regra processual penal que autoriza a aplicação de uma pena ou a restrição de um direito individual (para permitir, por exemplo, uma investigação) com uma norma de fundo constitucional que afirma de maneira positiva um direito individual, como quando se assegura a presunção de inocência ou a vedação às penas cruéis ou degradantes.

Sobre esta noção de eficiência do processo penal, BINDER afirma que, por um lado, ao longo da história, diferentes sistemas processuais penais foram estruturados, sendo possível neles identificar uma “força ou tendência [...] que se preocupa por estabelecer um sistema de garantias ou resguardos frente ao uso da força estatal”²⁶ (1999, p. 56). Vislumbra-se aqui um primeiro padrão processual, o qual será abordado no próximo título deste trabalho. Em contraposição a esta tendência, há uma destinada a “conseguir uma aplicação efetiva da coerção penal. Seu objetivo é conseguir a maior eficiência possível na aplicação da força estatal”²⁷ (1999, p. 56).

Esta ideia de dois padrões processuais existentes não se confunde com a ideia de sistemas processuais, pois o processo penal não pode ser classificado como totalmente eficientista ou de controle. Cada um desses padrões é dialeticamente percebido dentro de um processo penal, independentemente da forma de Estado que está instituída. O ponto é que justamente essa forma de Estado e os objetivos por ele eleitos podem gerar uma preponderância circunstancial de um ou outro padrão. No caso do Estado Novo, de forte viés autoritário, percebeu-se maior força de um padrão processual de eficiência, o que não exclui por inteiro eventuais normas no processo penal que fossem garantidoras dos direitos do indivíduo. BINDER exemplifica que “mesmo nos momentos mais cruéis da Inquisição existiam normas que limitavam a tortura ou

²⁶ Tradução nossa do original: “fuerzas o tendencias es la que se preocupa por establecer un sistema de garantías o resguardos frente al uso de la fuerza estatal”.

²⁷ Tradução nossa do original: “lograr una aplicación efectiva de la coerción penal. Su objetivo es lograr la mayor eficiencia posible en la aplicación de la fuerza estatal”.

disciplinavam a tarefa do torturador, para evitar o que era então considerado ‘uma tortura arbitrária ou injusta’²⁸ (1999, p. 59).

Assim, a concretização do padrão de eficiência do processo penal não é imediatamente percebida quando se fala que o sistema instituído busca tutelar o interesse do povo, por exemplo. O propalado interesse do povo não redundava de maneira direta em uma norma processual. Diversamente, o *padrão de eficiência* é realizado dentro do processo penal, por exemplo, quando se estabelecem regras processuais específicas sobre a iniciativa probatória, deixando-a a cargo do juiz, algo que deve ser constatado diante da percepção de que um padrão processual está inserido dentro de “mecanismos culturais próprios de uma sociedade e um tempo determinados”²⁹ (BINDER, 1999, p. 59).

Tanto é assim, que quando CAMPOS aborda a “produção e apreciação das provas” (2001, p. 170), o tema é introduzido nos seguintes termos: “como corolário da função ativa e autoritária do juiz, é, seguramente, o papel atribuído ao juiz em relação à prova” (CAMPOS, 2001, p. 170). Não é mero acidente que se percebe um padrão de eficiência, reconhecido na defesa da atuação autoritária do juiz, em cujo corolário reside a atividade probatória delegada ao juiz. Assim, o *padrão de eficiência* é aqui exemplificado na atuação do juiz que, dotado de iniciativa probatória, pode buscar a “verdade substancial” (CAMPOS, 2001, p. 124), pois é ela que vai realizar, no processo penal, a “distribuição da Justiça” (CAMPOS, 2001, p. 163), o fim politicamente eleito e perseguido pelo Estado. Quando se perceber que o mandamento incriminador deve ser realizado por meio de instrumentos processuais que conferem ao juiz o poder de produzir provas, percebe-se uma escolha pelo *padrão de eficiência*.

Este padrão certamente não está restrito na distribuição dos poderes probatórios no processo penal, pois a questão da eficiência é muito mais complexa que a distribuição da iniciativa probatória no processo penal. Por exemplo, Francisco Campos defendeu que seu projeto de Código de Processo Penal também trará alterações às “formas das ações, aos recursos e às nulidades” (CAMPOS, 2001, p. 172). Assim, o padrão em questão não é determinado ontologicamente, ou seja, com base em qual alteração individualmente considerada é feita, mas sim axiologicamente, com base na

²⁸ Tradução nossa do original: “Aun en los momentos más crudos de la Inquisición existían normas que limitaban la tortura o disciplinaban la tarea del torturador, para evitar lo que en ese entonces se consideraba ‘una tortura arbitraria o injusta’”.

²⁹ Tradução nossa do original: “mecanismos culturales propios de una sociedad y un tiempo determinados”.

orientação final daquela referida alteração. O eixo axiológico do padrão de eficiência é o já mencionado interesse do povo, da comunidade, do Estado ou de qualquer outra expressão que represente um lugar comum a ser preenchido aos sabores da conjuntura política, realizando os interesses daqueles que ocupam o poder. Recentemente, tornou-se comum ver repetido o discurso utilizado na defesa do Estado Novo para recrudescer a aplicação do poder punitivo, mas aplicado a diferentes valores, como a proteção da família, pelo Brasil ou pelo combate à corrupção.

O padrão que representa um recrudescimento do exercício do poder punitivo por meio do processo penal é aquele que vislumbra o processo como uma ferramenta para realizar fins outros (destinação axiológica das ferramentas processuais) que não a garantia dos direitos do indivíduo que é alvo imediato do poder punitivo.

A constatação de que o padrão de eficiência do processo penal advém da função atribuída a determinado instituto de direito processual é evidenciada em curioso exemplo. Atualmente, quando se fala em compatibilização do processo penal com a Constituição de 1988 e os direitos humanos nela consagrados, defende-se a superação do sistema inquisitório insculpido no Código de Processo Penal de 1941, para que seja adotado um sistema acusatório ao redor do princípio dispositivo, caracterizado por uma gestão da prova na qual o juiz não participa ativamente de sua produção e por uma oralidade do procedimento.

Nesse sentido, Leonel GONZÁLEZ POSTIGO sustenta que a passagem de um sistema inquisitorial para um acusatório gira em torno de dois pontos principais: “a substituição da escrituração pela oralidade; e, por outro lado, a divisão das funções persecutórias das decisórias” (2017, p. 4). GONZÁLEZ POSTIGO busca com essa guinada à adoção de uma lógica oral em substituição aos procedimentos escritos facilitar a compreensão pelo acusado do estado de seu processo e de sua atual situação. Assim, a lógica da oralidade na estruturação de um sistema acusatório ajudaria a afastar a noção de processo penal e de acusação como uma ferramenta que apenas pode ser conhecida a partir do saber técnico e restrito de especialistas, que conseguem ler os cadernos processuais e fazer juízo de suas diferentes fases, manifestações e particularidades.

Percebe-se que, nessa proposta de sistema acusatório, a importância conferida à oralidade é justificada na medida em que ela garante ao acusado um feixe mais extenso de direitos, permitindo-lhe defesa substancial da acusação e efetividade maior do

procedimento, pois o denunciado pode conhecer aquilo que lhe está sendo imputado. A orientação axiológica da ferramenta processual é oferecer garantias ao indivíduo.

O Ministro da Justiça do Estado Novo também tinha uma visão própria sobre a adoção de um processo penal pautado na oralidade ou na escrituração dos atos. Curiosamente, CAMPOS defendia que a oralidade era a forma mais adequada de racionalizar o processo. Neste contexto, a oralidade seria justamente o instrumento processual apto a substituir “a concepção duelística pela concepção autoritária ou pública do processo” (CAMPOS, 2001, p. 177). A justificativa para tal afirmação é que a oralidade ajudaria a gestão da prova pelo juiz, que poderia com ela ter um contato imediato e melhor apreciá-la: “o processo tem por fim a investigação de fatos. Será possível ao juiz investigá-los apenas no papel, nos relatórios e depoimentos escritos, abstraindo-se das pessoas e das coisas? Seguramente não” (CAMPOS, 2001, p. 177-178). Defende-se, inclusive, a decisão em audiência e que os atos decisórios devam ocorrer perante as partes, não em gabinete, mas sempre buscando que seja proporcionado ao julgador maior poder sobre a gestão das provas.

Percebe-se, portanto, a adoção da oralidade no processo penal, mas com um objetivo diametralmente oposto àquele perseguido pela instituição da oralidade no sistema acusatório. É exatamente a consciência dessa sutileza que é exigida na busca por institutos processuais que eventualmente se enquadrem, ou não, a um padrão de eficiência do processo penal.

A oralidade no processo penal, ao ser prevista na legislação competente, certamente pode compor um sistema que pretende oferecer as garantias processuais penais de maneira ampla ao denunciado, de sorte que ele possa exercer seu direito à ampla defesa e com paridade de armas em relação à acusação. Essa mesma ideia de oralidade pode também ser defendida como instrumento do recrudescimento do poder punitivo no processo penal, pois aumentaria os poderes do juiz sobre a produção e a disposição das provas ao longo do procedimento. A análise deve recair sobre a orientação axiológica do emprego da ferramenta processual.

No caso específico da oralidade, percebe-se que sua utilização como ferramenta de um processo penal pautado na eficiência está ligada a uma função política do processo, qual seja, munir o juiz de poderes instrutórios, para que ele busque a verdade substancial por meio do processo e, dessa forma, alcance o objetivo político eleito por aqueles que detêm o poder de estruturar o sistema processual penal, algo que pode variar desde o interesse do Estado; a tutela da população; o combate a uma forma

de vida ou de pensar; ou o enfrentamento a uma forma específica de criminalidade, que é praticada pelos “inimigos” de uma comunidade alegadamente homogênea.

Contudo, não cabe, para os fins deste trabalho, uma análise de cada instituto processual e a investigação de sua possível origem inquisitória ou acusatória, pois tal investigação seria uma historiografia. Deve-se considerar que, independentemente da origem de um ou outro instituto já consagrado no sistema processual vigente, ele pode ser utilizado para um fim de maior eficiência na aplicação do poder punitivo por meio do processo penal ou de controle do exercício do poder punitivo, no qual se busca atribuir a maior dimensão possível aos direitos do indivíduo acusado.

O que vai definir a subsunção de eventual instituto processual penal a um ou outro padrão é o seu uso em concreto, definido não apenas por aspectos técnicos, mas também por decisões políticas inerentes ao exercício do poder punitivo e da constituição de um Estado – que monopoliza o referido poder. Prado sintetiza ser “indispensável ultrapassar a etapa estritamente técnico-jurídica do processo penal como condição de superação da mentalidade autoritária” (2015, p. 563).

O presente exemplo, sobre a necessidade de se fazer um estudo axiológico do processo penal e de seus institutos para identificar o padrão de aplicação, demonstrando a insuficiência do estudo ontológico, também é aplicável à diferenciação da ideia de padrão de eficiência de processo penal e sistema processual inquisitório. Ou seja, a investigação sobre o padrão de eficiência no processo penal não pretende estabelecer uma correlação direta entre a adoção de um princípio inquisitório. Analogamente, conforme será oportunamente explorado, o padrão processual de controle, que se contrapõe ao padrão de eficiência, também não pode ser resumido ao princípio acusatório. Não é tanto uma questão sobre a verificação da correspondência entre cada um desses conceitos – acusatório e controle; inquisitório e de eficiência –, mas sim que a realidade processual penal é mais complexa.

Tal constatação foi demonstrada no exemplo da defesa da oralidade no processo penal, que pode ser adotada por uma concepção processual acusatória e, simultaneamente, pela corrente inquisitória. E a mesma conclusão pode ser derivada a partir de qualquer critério que se escolha para definir um sistema processual dito acusatório (oralidade, separação entre a função de julgar e acusar etc.). É possível vislumbrar uma situação na qual, mesmo havendo a separação entre as funções processuais, se esteja diante de um sistema que poderia ser de eficiência na aplicação do poder punitivo. Assim, a eleição de um tipo ideal de sistema processual é insuficiente

para a definição do padrão de eficiência de processo penal. Isso decorre da própria estrutura do tipo ideal tal qual a elaboração por Weber, que apresenta uma importante função analítica e classificatória, mas não sobrevive a um confronto com a realidade prática³⁰, que é o objetivo do presente estudo sobre o processo penal – não se busca algo dotado de validade meramente teórica.

Gloeckner, sobre a análise da possibilidade de simplesmente aplicar os tipos ideais dos sistemas processuais para compreender o autoritarismo, afirma que seria o caso de reducionismo indevido, pois seria possível delimitar o tipo acusatório com base em certas categorias eleitas, mas a recíproca não seria verdadeira, pois “o sistema inquisitório não pode ser explicado unicamente pela separação de funções, já que as práticas punitivas jamais foram, como poderia exigir um positivismo historiográfico rasteiro” (2018, p. 50).

Ou seja, analisar um instituto e sentenciar que ele é ontologicamente acusatório ou inquisitório não é tão relevante para o estudo ora desenvolvido quanto afirmar que determinado instituto está axiologicamente orientado para um uso de maior eficiência ou controle na aplicação do poder punitivo, justamente porque a resposta para tal investigação dependerá de elementos externos ao próprio instituto em comento. É, inclusive, neste sentido que Gloeckner emprega o conceito “pós-acusatório”, pois se fosse suficiente a mudança do paradigma constitucional, que consagra os direitos individuais e funda, em tese, um sistema processual que pode ser classificado como acusatório, “com a Constituição e o modelo democrático de processo penal, já não caberia se falar em autoritarismo, que estaria relegado ao passado político brasileiro não-democrático” (2018, p. 53).

A permanência do autoritarismo em nosso processo penal pátrio, inserido no âmbito de uma sanha de recrudescimento do exercício do poder punitivo pelo Estado, a despeito da ordem constitucional instituída em 1988, é uma realidade a ser reconhecida.

Recentemente, na sociedade brasileira, foi possível perceber a difusão de um sentimento de repulsa à *política*, fundado na noção de que seu exercício está vinculado à corrupção dos interesses da sociedade em benefício de agentes privados, os quais exercem a política como profissão. A rejeição das massas à política e àqueles que são

³⁰ Weber explica esta questão nos seguintes termos: “a Sociologia, por sua vez, deve delinear tipos ‘puros’ (‘ideias’) dessas configurações, os quais mostram em si a unidade conseqüente de uma adequação de sentido mais plena possível, mas que, precisamente por isso, talvez sejam tão pouco frequentes na realidade quanto uma reação física calculada sob o pressuposto de um espaço absolutamente vazio” (2012, p. 12).

classificados como *políticos* desconsidera o sentido clássico conferido à política, de ser “tudo o que se refere à cidade e, conseqüentemente, o que é urbano, civil, público, e até mesmo sociável e social” (BOBBIO, 1998, p. 954), tendo reverberado em todos os cantos da sociedade civil, de sorte que não é raro um grupo ou organização que assuma ter uma atuação *política* na defesa ou na promoção de uma causa ser classificado como pernicioso, perigoso ou subversivo, devendo ser combatido por aqueles que cultivam os bons costumes e valores tradicionais.

Do cenário relatado, diversos são os feixes de análise possíveis, passando por sociologia, filosofia, teoria do Estado, ciência política, direito constitucional, criminologia, direito penal, processo penal, dentre outros. Para os fins deste trabalho, destaca-se o impacto dessa ojeriza coletiva à política no processo penal e, em específico, quando se tem em consideração um padrão de eficiência no processo penal.

Quando se vincula a noção de política no âmbito de uma sociedade à corrupção, como se a política devesse ser excluída em prol de uma gestão neutra da sociedade, demonstra-se um pobre entendimento acerca do que, efetivamente, pode ser definido como política. Modernamente, política pode ser compreendida como “a atividade ou conjunto de atividades que, de alguma maneira, têm como termo de referência a pólis, ou seja, o Estado” (BOBBIO, 1998, p. 954). Assim, quando se estabelece que o Estado tem por missão o combate à corrupção, por exemplo, trata-se de uma decisão política. O problema, contudo, é que a ferramenta utilizada para realizar tal fim político é o processo penal: “ao mesmo tempo em que instiga a liberdade de mercado, o neoliberalismo exige que o Estado lance mão de seu braço forte e repressivo para garanti-la” (GLOECKNER; DA SILVEIRA, 2020, p. 1140).

A concepção instrumentalista do processo sustenta exatamente que o Estado tem fins específicos, que podem ser “pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos” ou ainda uma ação voltada à “manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e da sua própria” (DINAMARCO, 2009, p. 91), tudo isso buscado mediante o exercício de poder em concordância com regras específicas – o processo. A orientação do processo penal para a consecução destes fins selecionados pelo Estado, por sua vez, permite a manutenção e a renovação de práticas autoritárias, as quais vão de encontro aos ditames constitucionais aplicáveis ao processo penal.

Exemplo muito recente de tal fenômeno é o movimento de utilização do processo penal como ferramenta para o combate à corrupção: “a ideia de combate à corrupção disseminada pelo establishment financeiro no plano internacional toma forma

no interior dos Estados para servir aos interesses neoliberais em detrimento dos princípios democráticos” (GLOECKNER; DA SILVEIRA, 2020, p. 1156). Conclui-se que a instrumentalização do processo para a realização de objetivos específicos escolhidos por aqueles que dirigem o Estado é um fenômeno há muito observado no Brasil. Desde o Estado Novo e até o nosso regime democrático atual se percebe o aumento da capacidade de punir, em detrimento das garantias individuais previstas na Constituição. Constata-se, portanto, que há uma divisão entre um processo penal utilizado como ferramenta para a realização de fins políticos do Estado – podendo ser o combate à corrupção, ao terrorismo, ao tráfico de entorpecentes, dentre outras possibilidades – e um processo penal em conformação com o paradigma constitucional inaugurado em 1988.

Conforme será abordado no terceiro capítulo deste trabalho, tal permanência de traços autoritários, inseridos no contexto de uma maior eficiência no exercício do poder punitivo por meio do processo penal, dialoga e se perpetua na guerra contra o crime e na internacionalização do poder punitivo – em especial no binômio proibir/justificar – que ocorreu desde o fim da Guerra Fria e, mais lepidamente, com a globalização das trocas econômicas e mitigação das fronteiras estatais.

O padrão de eficiência do processo penal, contudo, não paira absoluto e solitário. Ele se relaciona com um padrão distinto – e oposto.

De todo modo, é possível extrair algumas conclusões parciais. A identificação da existência de um primeiro padrão no processo penal, qual seja um de exacerbação da capacidade Estatal de punir, percebido na medida em que o processo penal é utilizado como ferramenta política para realizar fins outros que não a garantia de direitos do indivíduo. São poucos os casos nos quais é possível, *a priori*, identificar que uma norma processual penal se enquadra neste padrão de eficiência. Via de regra, os instrumentos processuais previstos em lei poderão ser classificados como pertencentes, ou não, ao padrão de recrudescimento do poder punitivo, a partir da orientação axiológica de seu uso: para assegurar direitos ao indivíduo, ou para realizar um outro fim.

1.2 PADRÕES DE CONTROLE DO PODER PUNITIVO

Por uma questão de preclusão lógica, se o padrão de eficiência de aplicação do poder punitivo é aquele que não estrutura o processo como ferramenta para realização de direitos do indivíduo, o processo que se enquadra em um padrão de controle do

exercício do poder punitivo será aquele que desenvolve o processo para garantir os direitos do indivíduo³¹.

No panorama jurídico brasileiro, o ponto de partida é justamente o padrão de eficiência na aplicação do poder punitivo, pois foi sob este viés que o Código de Processo Penal foi escrito. Assim, cabe a investigação do momento a partir do qual se identifica um padrão de controle do exercício do poder punitivo aplicável ao processo penal e até onde ele foi desenvolvido.

O Código de Processo Penal vigente foi editado durante o período ditatorial do Estado Novo e foi mantido durante o regime autoritário subsequente (1964-1985). Não é mera coincidência, mas sim uma opção política: “os princípios de política processual de uma nação não são outra coisa do que segmento de sua política estatal em geral” (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 70). Assim, enquanto perdurou esse tipo de Estado – autoritário –, não é razoável buscar um processo penal que siga um padrão diferente.

Pelo exposto, somente com a mudança axiológica promovida pela Constituição de 1988 é que se vislumbra margem para o desenvolvimento de um padrão de controle do poder punitivo no processo penal. Percebe-se, todavia, que essa relação entre os objetivos do Estado e o processo penal traz nuances. Por mais que haja “um nexó entre forma de Estado e forma do processo” (SILVEIRA, 2015, p. 274), não se pode falar em um determinismo cego, pois “a forma de Estado pode mudar e o processo anteriormente vigente ser mantido em vigor” (SILVEIRA, 2015, p. 274). É, com exatidão, o caso do processo penal brasileiro.

O Código de Processo Penal de 1941, enquadrado sob o padrão de eficiência do processo penal, continua produzindo seus efeitos, conformando um processo penal pensado, originariamente, como uma ferramenta para realizar fins outros que não a garantia de direitos do indivíduo processado. Neste sentido, basta perceber que o

³¹ Inicialmente, decidiu-se pela classificação do padrão ora apresentado como “padrão democrático”. Contudo, com o desenvolvimento da pesquisa e, em especial, a partir de considerações aduzidas pela Banca em sede de defesa da presente dissertação, decidiu-se pela adoção da nomenclatura “padrão de controle do exercício do poder punitivo”. Das razões que fundamentam tal escolha, a primeira delas é de caráter lógico: em uma classificação binomial, um “padrão democrático” teria correspondência com um “padrão autoritário”, ou outra noção que exprimissem essa contraposição. Conforme anteriormente mencionado, a ideia de “padrão autoritário” não é satisfatória para os fins do presente trabalho, de sorte que a delimitação de um “padrão democrático de processo penal” não teria uma satisfatória correspondência com as ideias anteriormente apresentadas. As noções “padrão de eficiência no exercício do poder punitivo” e “padrão de controle do exercício do poder punitivo” se encaixam.

Por fim, o uso da palavra “democrático” possui um certo grau retórico. Ao eleger um padrão como democrático, em tese, tudo que a ele não se subsumisse poderia ser classificado como antidemocrático. Não se entende, contudo, que qualquer aplicação de pena seja antidemocrática, por mais que represente uma manifestação do exercício do poder punitivo no sentido de restringir direitos individuais.

processo penal brasileiro ainda confere ao juiz poderes instrutórios significativos, pois confia a ele o trabalho de buscar, por meio do processo, a verdade real sobre os fatos analisados. Assim, quando se estrutura a relação processual de tal forma, resta prejudicada a utilização do processo como ferramenta para garantir os direitos do indivíduo processado. Sobre esta característica, há apenas a ressalva de que ela, por si só, não define o ecossistema processual autoritário em sua integralidade, ainda que seja elemento componente da paisagem.

De todo modo, era de se esperar que a fundação de um novo paradigma constitucional, que erige um Estado que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana³², virasse a página do processo penal que tem como padrão prevalente aquele de eficiência na aplicação do poder punitivo. Entretanto, justamente pela inexistência de uma relação imediata de causa e efeito entre a forma de Estado e o processo penal, não se pode falar na total superação do autoritarismo no processo penal e integral adoção do padrão de controle. Silveira menciona a existência de uma cultura inquisitória que perpetua práticas processuais autoritárias, indo de encontro aos direitos assegurados ao indivíduo. Neste mesmo sentido, aponta Gloeckner: “a ‘tradição’, no campo do processo penal brasileiro, jamais deixou de manter relações incestuosas com as manifestações de poder, especialmente nutrida por mananciais autoritários, por ideologias antidemocráticas” (2018, p. 54).

É a partir desse embate, entre um autoritarismo pré-existente e uma ordem constitucional democrática vigente, que se busca a construção de um processo penal que se conforme ao padrão de controle do exercício do poder punitivo.

O primeiro passo para tanto é superar a noção de que um processo penal que é utilizado como ferramenta para garantir o direito dos indivíduos é sinônimo de impunidade. Esse discurso foi amplamente observado nas justificativas de Campos para as alterações por ele patrocinadas em nossa legislação processual penal. A alegação de existência desse maniqueísmo entre os direitos do indivíduo e os interesses coletivos³³ justificou a escolha política por um processo penal autoritário, pois “não se podia continuar a transigir com direitos individuais em antagonismo ou sem coincidência com o bem comum” (CAMPOS, 2001, p.121).

³² Art. 1º, inciso III da Constituição.

³³ Campos adotou a seguinte visão: “O indivíduo não é mais, em nossos dias, o objeto capital, e quase único, da proteção da lei e do Estado, os corpos sociais havendo-se tornado o principal sujeito de direitos. Esse princípio deve preponderar na aplicação da lei penal” (2001, p. 145).

Tal concepção, contudo, não é superada apenas com uma mudança legislativa, por mais importante que ela seja, como é o caso da fundação de um novo paradigma constitucional. Silveira faz referência à existência de uma cultura autoritária em nosso processo penal, algo que é facilmente observado em nossa jurisprudência. Basta verificar que o Superior Tribunal de Justiça, mais de 30 anos após a promulgação da Constituição de 1988, insiste em entendimentos que evidentemente defendem a existência da oposição entre o interesse público a ser realizado pelo processo penal e o interesse individual do réu de ter seus direitos fundamentais preservados. A título de exemplo, menciona-se a justificativa do recebimento de denúncia com base no princípio do *in dubio pro societate*³⁴, subvertendo de maneira grotesca a presunção de inocência.

Aqui, uma leitura sob o padrão de controle do exercício do poder punitivo no processo penal seria perceber que a distribuição da carga probatória ao longo do processo é dinâmica, de sorte que, na medida em que o processo avança, exige-se maior nível de certeza para que seja proferida decisão em desfavor do réu – maior “carga probatória atribuída à acusação” (LUCCHESI, 2019, p. 183). Ou seja, “ainda que nada possa ser exigido da defesa em termos de produção probatória, não se pode exigir que a acusação comprove cabalmente a culpa do acusado logo no início do processo para que se permita a sua instauração” (LUCCHESI, 2019, p. 182). No exemplo apresentado do recebimento da denúncia, não seria aplicável o conceito do *in dubio pro societate*, mas sim a garantia do *in dubio pro reo* à luz dos “limites da carga probatória da acusação para cada condição da ação – como, por exemplo, a demonstração de inocorrência de alguma circunstância negativa do tipo para a tipicidade aparente” (LUCCHESI, 2019, p. 183).

Caso o argumento da hierarquia normativa bastasse, a mera existência de uma Constituição garantidora dos direitos individuais deveria bastar para orientar o processo penal à realização destes mesmos fins. No caso específico do recebimento da denúncia no processo penal, aplicar-se-ia de maneira imediata o artigo 5º, inciso LVII da

³⁴ Havendo lastro probatório mínimo suficiente à instauração da ação penal – artefatos encontrados no interior da residência do denunciado, sem evidência alguma de que exista o necessário registro, e laudo de perícia criminal demonstrando as perfeitas condições de uso e eficiência das armas e munições – não se configura hipótese de absolvição sumária. Na fase de recebimento da denúncia, prepondera o princípio do *in dubio pro societate*, de modo que à defesa cumpriria demonstrar, de forma inequívoca, “que o fato evidentemente não constitui crime”, conforme previsto no inciso III do artigo 397 do Código de Processo Penal. (APn n. 996/DF, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Corte Especial, julgado em 15/12/2021, DJe de 2/2/2022.)

Constituição. Percebe-se que a construção de um processo penal voltado ao controle do exercício do poder punitivo é muito mais complexa. De todo modo, pertinente, neste ponto, a retomada das noções apresentadas pela Professora Mireille Delmas-Marty no sentido da insuficiência da apresentação da hierarquia normativa com uma verticalidade inescapável. A Professora francesa refere a existência de uma paisagem jurídica diversa, com normas inclusive provenientes de um espaço normativo internacional. O desrespeito à hierarquia normativa, segundo a qual “uma norma fundamental assegura a unidade e validade do conjunto” (DELMAS-MARTY, 2004b, p. 85), é agravado pelo fato de sua ocorrência não estar ligada à permeabilidade da ordem jurídica nacional ao direito internacional para permitir a incorporação de direitos afirmados no plano internacional, mas sim para que uma lei hierarquicamente inferior, qual seja, o Código de Processo Penal, seja aplicada em sentido oposto àquele prescrito pela norma fundamental.

Assim, em se tratando da identificação do padrão de controle do poder punitivo, constata-se que sua construção parte, sim, da fundação de um novo paradigma axiológico pela Constituição, mas também se relaciona com outros campos de influência, como o direito internacional e o combate à cultura autoritária no processo penal.

Neste sentido, uma ressalva a ser feita é que a influência do direito internacional na construção do processo penal nem sempre ocorre no sentido da afirmação dos direitos humanos. Seria um equívoco acreditar que a existência de um espaço normativo distinto seria uma panaceia para a cultura autoritária de recrudescimento do poder punitivo existente no ordenamento processual penal brasileiro. Contudo, percebe-se que já havia um ordenamento jurídico nacional quando os efeitos da internacionalização do poder punitivo e da adoção dos direitos humanos como linguagem comum universal começaram a ser sentidos no panorama jurídico nacional.

Quando foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, já havia o Código de Processo Penal de 1941. Quando a Guerra Fria acabou e finalmente foi possível vislumbrar a efetiva criação de uma linguagem comum em direitos humanos, o padrão processual penal autoritário já estava sendo aplicado no Brasil havia 50 anos. Assim, por um lado, é importante perceber que a incorporação de direitos afirmados no plano internacional colide com o processo penal autoritário. Analogamente, quando se fala em uma internacionalização do poder punitivo como

resposta à internacionalização das práticas criminosas ocorrida com a globalização, também será possível perceber uma influência autoritária proveniente do direito internacional sobre o processo penal nacional, algo que será abordado em espécie no terceiro capítulo do presente trabalho.

Cronologicamente, há uma sobreposição entre a instituição de um novo paradigma constitucional democrático em 1988, sua relação com a internacionalização dos direitos, a afirmação dos direitos humanos como uma linguagem universal, a existência perene de uma mentalidade autoritária incidente sobre o processo penal e a internacionalização do poder punitivo. Sinteticamente, percebe-se que ambos os padrões – de eficiência e de controle da aplicação do poder punitivo – são conformados por influências provenientes do espaço normativo nacional e internacional, que ocorrem concorrente e concomitantemente. A delimitação de cada um desses fenômenos será oportunamente desenvolvida, mas ainda impende aprofundar a relação específica entre a Constituição de 1988 e o processo penal nacional.

O imbricamento entre processo penal e Constituição passa pela análise de um enunciado apresentado discursivamente de maneira simples, mas cuja concretização na prática forense ainda está longe de ocorrer: “existe uma necessária simultaneidade e coexistência entre repressão ao delito e respeito às garantias constitucionais” (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 72). Ou seja, quando se apresenta neste trabalho a existência de um padrão de eficiência de aplicação do poder punitivo e um de controle, não se defende que toda e qualquer criminalização de conduta e instituição de ferramentas processuais que permitam a aplicação de pena àquele que incorre na referida conduta é imediatamente autoritária. Em sentido oposto, defende-se a necessidade de eleição de condutas que devem ter à sua prática uma cominação de sanção. Isso faz parte das escolhas fundamentais de uma sociedade, que deve eleger os valores fundamentais a serem protegidos – e isso ocorre tanto na escala nacional, como na internacional. A ressalva é que a aplicação de tal sanção deve ocorrer em observância ao paradigma democrático vigente e, em especial, aos valores fundamentais que conformam um feixe de direitos universais.

É nesta relação entre o binômio proibir/justificar, por meio do qual serão escolhidas as condutas sancionáveis, que se vislumbra a necessidade de aplicação de uma pena. Por sua vez, a aplicação de pena passa pelo binômio punir/perdoar, no qual deve ser identificado o padrão de controle do poder punitivo, pois só se vislumbra sentido na existência de um processo penal se houver a possibilidade de aplicação de

uma pena, seja ela qual for. Assim, a discussão sobre a construção de um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo não refuta, necessariamente, a criminalização do tráfico de drogas, da corrupção ou do terrorismo. Muito pelo contrário. Defende-se a aplicação de sanção diante da prática de um rol específico de condutas, porque se entende haver condutas que violam os direitos humanos afirmados a nível universal e os valores fundamentais a eles subjacentes.

Em específico, o presente trabalho, por estar inserido no binômio punir/perdoar, não perquire diretamente quais são as condutas às quais se prevê uma sanção. Não se questiona se, de fato, o tráfico de drogas, o terrorismo ou a corrupção violam valores comuns e direitos humanos universais. Isso é um dado anterior tomado como pressuposto: já que se considera que essas condutas são sancionáveis pelo direito penal (nacional ou internacional), investiga-se o caminho a ser percorrido até que haja, efetivamente, a aplicação de uma sanção (punir/perdoar).

O padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo, materialmente, reside na exigência de que o caminho a ser percorrido até a aplicação da sanção penal – o processo penal – deve respeitar e, para além disso, concretizar os direitos humanos universais e os valores fundamentais que a pena a ser aplicada ao final do processo pretende tutelar, sob risco de o próprio processo criar situações que, virtualmente, ensejariam a aplicação de uma sanção penal.

Tal afirmação decorre da escolha política realizada pela Constituição de 1988, qual seja, a fundação de um Estado democrático, que é um “sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente o Estado, [e se manifesta] em todas as esferas da relação Estado-indivíduo. Inegavelmente, leva a uma democratização do processo penal, refletindo essa valorização do indivíduo [...]” (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 74).

Consolida-se que a ideia de um processo penal que funciona sob um padrão de controle do exercício do poder punitivo é aquele voltado ao indivíduo, reconhecendo-o como sujeito de direitos e não como um mero objeto de realização de um objetivo político estatal. Ainda assim, é preciso superar de maneira definitiva essa falsa oposição entre os direitos individuais e os eventuais interesses coletivos, como fossem dois elementos inconciliáveis no âmbito do processo penal, pois ou haveria uma manifestação autoritária do Estado para evitar a impunidade, ou haveria um reconhecimento dos direitos individuais do réu.

Tanto as proposições de que a adoção de um processo penal orientado por um padrão de controle do exercício do poder punitivo não redunde em impunidade e que

não há conflito entre o interesse individual do réu em ter seus direitos respeitados quanto um eventual interesse coletivo na segurança da comunidade a ser realizado pelo processo penal podem ser sintetizados no estudo do aspecto coletivo dos direitos individuais.

Aqui, o aspecto coletivo não seria uma mera figura retórica, tal qual é o “interesse do Brasil”, “interesse da moralidade” ou “defesa da segurança da comunidade”, pois todos os integrantes dessa coletividade, ao serem individualmente considerados, têm os mesmos direitos que aqueles que estão sendo garantidos ao réu: “a proteção do indivíduo também resulta de uma imposição do Estado Democrático, pois a democracia trouxe a exigência de que o homem tenha uma dimensão jurídica que o Estado ou a coletividade não pode sacrificar ad nutum” (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 74).

Para que seja reconhecido o aspecto coletivo dos direitos humanos que têm repercussão direta no processo penal, deve-se aprofundar algumas ideias já abordadas no presente trabalho. Mencionou-se que um passo importante no desenvolvimento de uma linguagem comum universal sobre direitos humanos foi o reconhecimento da possibilidade de o indivíduo opor seus direitos individuais até mesmo contra o Estado – mitigação da soberania –, pois esses direitos humanos não são uma simples concessão que o Estado faz àqueles indivíduos. Tal afirmação, tradicionalmente, vem junto da tese de que o Estado, para além da obrigação de respeitar os direitos atribuídos ao indivíduo, deve também ativamente concretizá-los, promovendo não somente uma igualdade formal, mas sim uma igualdade material.

Todos esses conceitos, regularmente, são apresentados como se houvesse uma sucessão linear na “descoberta” dos direitos, de sorte que alguns deles seriam do indivíduo e quedariam fora da possibilidade de ingerência estatal e outros, pertencentes a uma outra geração, teriam de ser garantidos pelo Estado, na forma de prestações positivas. Haveria ainda uma terceira geração de direitos, os quais seriam pertencentes a todos os indivíduos de maneira coletiva e difusa, ou seja, comporiam a esfera jurídica de todos, mas sem que possam ser individualmente dispostos.

O problema dessa abordagem “encontra-se no plano jurídico-dogmático, e deriva da suposição de que cada uma dessas ‘espécies’ de direitos fundamentais possui caracteres jurídicos que lhe são próprios e que a distinguem das outras modalidades” (HACHEM, 2013, p. 620). Ou seja, dizer que um direito classificado como de primeira geração apresenta estrutura diversa da dos direitos classificados como sociais ou coletivos. Esta divisão em gerações de direitos já é questionada no âmbito dos estudos

sobre direito constitucional, pois “transparecer uma substituição paulatina da geração anterior pela subsequente” (HACHEM, 2013, p. 620), sendo que, em realidade, os direitos, a partir de sua construção histórica e social, vão se somando e completando, sem que haja perda do que veio antes em detrimento do que surgiu posteriormente. Também há a crítica no sentido de que nem todos os Estados passaram por essas três etapas de evolução de maneira linear, de sorte que essa explicação seria mais aplicável ao contexto histórico europeu, não sendo muito adequada à explicação dos direitos humanos compreendidos como uma categoria universal conformadora de uma linguagem comum.

De todo modo, a aplicação de tal posição teórica para a análise dos direitos humanos de aplicabilidade imediata ao processo penal causaria enorme prejuízo, em especial na jornada para a construção de um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo.

Caso se entenda que as garantias individuais previstas no artigo 5º, como presunção de inocência, vedação à tortura, inviolabilidade do domicílio, inviolabilidade das comunicações, dentre outras, sejam somente direitos de primeira geração – ou seja, algo a que o indivíduo tem direito de maneira isolada em sua esfera jurídica para opor contra o Estado e evitar uma opressão de natureza individual –, abre-se margem para a retórica do processo penal autoritário, pois o quadro que se esboça é justamente o do indivíduo e sua esfera jurídica contra todo o poder estatal, caracterizado como algo derivado da sagrada maioria “democrática”, ou como a ferramenta do bem comum ou qualquer outro lugar comum retórico.

Assim, mesmo nos direitos humanos tidos como de titularidade individual, olhados aqui sob sua dimensão subjetiva, também é necessário que se perceba neles uma dimensão na qual o Estado também é responsável por sua concretização, no panorama ora analisado, com a instituição de um processo penal sob o padrão de controle do exercício do poder punitivo. Não basta o indivíduo alegar, processualmente, cerceamento ao seu direito de defesa; é preciso haver também uma promoção estatal no sentido de que haja sempre uma concretização do direito à ampla defesa daqueles que figurem na posição de réu em uma ação penal.

Hachem apresenta o conceito de multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Defende que os direitos fundamentais individuais não são iguais aos direitos subjetivos no direito privado, pois os direitos fundamentais, além de uma dimensão subjetiva, na qual o indivíduo é o “titular do bem jurídico protegido [com]

uma multiplicidade de posições jurídicas autônomas que atribuem a ele situações de vantagem” (HACHEM, 2013, p. 627), também carregam uma dimensão objetiva, na qual do objeto tutelado pela norma surge “um plexo de deveres jurídicos ao Estado, impondo-lhe diversas obrigações expressas ou implícitas quanto à salvaguarda do direito fundamental, independentemente de qualquer reivindicação subjetiva por parte do seu titular” (HACHEM, 2013, p. 627).

Ademais, essas duas dimensões – objetiva e subjetiva – não devem ser isoladamente consideradas, pois o amálgama delas permite a “interpretação sistemática de vários dispositivos, apresenta múltiplas funções ligadas ao respeito, proteção e promoção do mesmo bem jurídico considerado essencial pela Constituição” (HACHEM, 2013, p. 628). Com isso, não basta ao Estado simplesmente respeitar os direitos humanos, pois a ele também compete sua proteção e concretização.

A multifuncionalidade dos direitos humanos também é manifestada na medida em que mesmo um direito considerado de caráter fortemente subjetivo, sendo fácil a visualização de um titular em específico e havendo meios de buscar sua efetivação – geralmente é o que se percebe nos direitos humanos com previsão constitucional, dos quais podem ser extraídas as garantias processuais penais constitucionais –, também é possível vislumbrar uma titularidade transindividual. Assim, “é inadequado e insuficiente associar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais à noção de ‘direito subjetivo’ e considerar necessária sua ‘titularidade individual’” (HACHEM, 2013, p. 633).

A percepção da dimensão objetiva desses direitos traz profundas repercussões às possibilidades de exigência de seu cumprimento e observância, tanto pelo Estado, como por particulares. Contudo, como se abordam no presente trabalho direitos de aplicabilidade imediata no processo penal, a questão de sua concretização deverá ocorrer dentro do processo penal. Assim, a maior possibilidade de concretização não será percebida na maior possibilidade de apresentar demandas, mas sim na existência de um processo penal que aplique um padrão de controle, reconhecendo não somente o indivíduo réu como titular de direitos, mas também reconhecendo que aqueles direitos atribuídos a todos os indivíduos são tão importantes na estruturação do Estado sob o paradigma da Constituição de 1988 que eles exigem prestações positivas por parte do Estado:

Pelo fato de tais direitos tutelarem interesses e bens jurídicos determinantes para a ordem social, os deveres estatais de protegê-los transbordam da

relação subjetiva estabelecida entre Poder Público e cidadão, assumindo a feição de princípios objetivos destinados a impulsionar a atuação de ofício do Estado e projetar o seu conteúdo axiológico por todo o ordenamento jurídico. (HACHEM, 2013, p. 633).

Há, portanto, uma superação do “vínculo subjetivo cidadão-Estado” (HACHEM, 2013, p. 634), de sorte que a existência de um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo não é simplesmente uma decorrência do feixe de direitos humanos universais que o Estado deve se abster de violar, mas sim uma exigência positiva para que o Estado estruture seu processo penal de tal forma que seja oferecida a maior dimensão possível aos direitos daquele que é acusado, pois somente dessa forma é possível falar em legitimidade democrática da aplicação de pena ao final do processo. Adotar tal compreensão sobre qual é o verdadeiro papel do Estado na definição de um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo é um passo essencial na superação da cultura autoritária existente, permanência de regimes autoritários pretéritos.

Assim, destaca-se a importância da multifuncionalidade dos direitos humanos não somente para a conformação do processo penal após a promulgação da Constituição de 1988, mas também reconhecendo seu papel ativo na promoção de uma cultura democrática que derroga o autoritarismo que insiste em se manifestar. O relevo de tal exigência da atuação estatal para a garantia dos direitos não fica restrita ao nível constitucional: “os valores deles emanados passam a costurar o tecido normativo constitucional e infraconstitucional, orientando a compreensão e a interpretação de todos os princípios e regras integrantes da ordem jurídica” (HACHEM, 2013, p. 634).

Para mais além do combate direto à cultura autoritária, o reconhecimento da dimensão multifuncional dos direitos humanos, superando sua restritiva compreensão como direitos integralmente subjetivos, também permite superar os mais perniciosos discursos autoritários, que frequentemente são ouvidos, inclusive no Poder Legislativo, quando se clama pelo recrudescimento do poder punitivo estatal para “restaurar a moralidade” ou “proteger o Brasil”. A noção de que um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo seria aliado da impunidade resta prejudicada quando se adota a concepção de que o padrão de controle não é só um favor do Estado para o indivíduo acusado de ter cometido um delito, e sim uma obrigação positiva do próprio Estado para com a ordem social constituída. Assim, não haveria mais que se falar em um processo penal autoritário para combater a impunidade, senão um processo penal para afirmar até mesmo no curso do exercício do poder punitivo os valores mais

centrais da sociedade. Poder-se-ia continuar falando em impunidade, mas não dentro do processo penal, pois não se reconheceria mais nele a função de combatê-la.

Em uma primeira análise, a aplicação da multifuncionalidade dos direitos humanos para a conformação de um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo poderia parecer carente de concretude ou até mesmo de utilidade prática imediata. Defende-se, entretanto, que tal afirmação desconsideraria que a abordagem proposta possui, de fato uma dimensão retórica, até porque ela se presta também ao combate do discurso autoritário, como é o caso da questão da impunidade. Contudo, reduzir essa teoria à mera função retórica seria demasiadamente simplista.

Sim, os direitos humanos com aplicação direta no processo penal decorrem da Constituição e, por serem compostos não somente por uma dimensão subjetiva, exigem do Estado uma atuação positiva em sua realização. Tal afirmação pode parecer disparatada da legislação processual penal infraconstitucional, mas ela, ainda assim, faz parte da construção de um sistema, tarefa que deve ter um ponto de partida. Se há não muito tempo se buscava a construção de um Estado Nacional que era estruturado ao redor de um líder³⁵, atualmente também podemos buscar a construção de um Estado que, a partir de uma ordem constitucional axiologicamente voltada à proteção do indivíduo, também reconhece o seu próprio dever de ativamente concretizar os direitos humanos por meio da estruturação de um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo.

Para além da defesa aqui apresentada, pode-se visitar os ensinamentos de Geraldo Prado, que, ao analisar a relação entre Constituição e Processo Penal, registra que “a Constituição, ligada a valores e ideais de democracia, deve preocupar-se em fixar claramente algumas normas processuais vinculadas à identidade democrática” (2001, p. 51). O autor inclusive menciona a mesma preocupação aqui esposada com relação à manifestação do autoritarismo no processo penal imiscuído em um discurso de combate à impunidade. Assim, como se pretende instituir um padrão processual penal de controle, que atue de maneira positiva na concretização de direitos humanos, constata-se que a não adoção de uma multifuncionalidade na análise da estrutura dos direitos humanos não gera um prejuízo somente de ordem jurídico-dogmático, mas também de ordem política.

³⁵ Francisco Campos define que, com a assunção ao poder por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, o “Estado passou a ser uma ordem, isto é, um sistema animado de um espírito e de uma vontade, unificado em torno de uma pessoa, que é em política a primeira categoria da realidade” (2001, p. 191).

Quando se menciona a existência de uma cultura autoritária e da elaboração de uma Constituição, não se trata somente da técnica jurídica, mas também de escolhas políticas fundamentais: “a análise do Processo Penal responde pela ótica constitucional a uma exigência não só metodológica e jurídica, mas também político-institucional” (PRADO, 2001, p. 53). A percepção da dimensão política das proposições acerca da conformação de um padrão processual penal de controle evidencia algo que tem sido apresentado na construção dos raciocínios empregados no presente trabalho: a instrumentalidade do processo penal.

Ao fim, cumpre perceber que a instrumentalidade do processo penal não diz respeito somente à ideia de que ele é o instrumento inafastável e necessário à aplicação de uma pena pelo Estado. Em verdade, ele pode ser utilizado como instrumento de concretização dos direitos humanos.

De plano, destaca-se que não se pretende reduzir em nenhuma medida a importância da compreensão do processo penal como sendo o percurso necessário à aplicação da pena. Trata-se do princípio da necessidade do processo penal, que é, tradicionalmente, compreendido a partir da sua relação com o direito penal, pois “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena” (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 86).

Binder ensina que “existirão normas que procurarão dotar o Estado de eficiência na coerção penal, da mesma maneira que existirão outras que procurarão proteger as pessoas, evitando a força ou a pena injusta”³⁶ (1999, p. 59). Ou seja, não haverá um processo penal que adote de maneira pura o padrão de controle do exercício do poder punitivo, assim como não houve um processo penal que adotou de maneira única e integral o padrão de eficiência. Uma indicação para a análise dos padrões processuais é o condicionamento cultural das diferentes normas processuais a serem analisadas, de sorte que é necessário “reconhecer que, por trás destas normas, encontram-se forças ou tendências que formam a estrutura do processo penal”³⁷ (BINDER, 1999, p. 59).

Para a execução de tal tarefa, contudo, é necessária uma abordagem sistemática, pois a explicação oferecida “deve dar conta tanto do fundamento das

³⁶ Tradução nossa do original: “Existirán normas que buscarán dotar al Estado de eficiencia en la coerción penal, al igual que existirán otras que buscarán proteger a las personas evitando la fuerza o el castigo injusto”.

³⁷ Tradução nossa do original: “reconocer que detrás de estas normas se hallan las fuerzas o tendencias estructuradoras del proceso penal”.

normas como de seu funcionamento na vida em uma sociedade”³⁸ (BINDER, 1999, p. 61). Não se aborda uma subsunção das normas processuais à ideia de sistemas processuais como categorias absolutas, pois tal raciocínio poderia causar uma simplificação indesejada do estudo de um fenômeno que é simultaneamente histórico e atual. Até em função das permanências autoritárias no processo penal brasileiro e dos mais de 30 anos do atual paradigma constitucional, as normas que regulam o processo penal compõem simultaneamente a história do exercício do poder punitivo e seu presente, de sorte que a eventual identificação de padrões processuais deve dar conta de tal complexidade.

Apresenta-se o processo penal brasileiro a partir da exigência de conformação com os direitos humanos previstos na Constituição e incorporados ao nosso ordenamento a partir da universalização dos direitos humanos. Lopes Junior ensina que “existem princípios que fundam a instrumentalidade constitucional e conduzem a uma (re)leitura de todos os institutos do processo penal brasileiro” (2012, p. 171-172).

Também não se pretende avançar sobre as discussões acerca da possibilidade de mitigação do princípio da necessidade para trazer ao nosso sistema processual institutos de justiça negociada. Ainda que seja uma discussão relevante para a temática da relação entre Constituição e processo penal, não é uma circunstância que prejudica a defesa de que a instrumentalidade do processo penal tem outros feixes de aplicação. Ademais, verifica-se pouco impacto dos institutos de justiça negociada no processo penal em se tratando da relação do processo penal e os movimentos de internacionalização do direito, seja o recrudescimento do exercício do poder punitivo, seja a incorporação de direitos humanos universalmente afirmados.

Assim, quando se fala em processo penal e sua instrumentalidade, também é possível perceber aplicações outras para além da simples aplicação da pena: “é fundamental compreender que a instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade” (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 88). Exemplo histórico disso é a instrumentalização do processo para a realização de objetivos autoritários, conforme já foi exposto no estudo sobre a concepção de Francisco Campos sobre como o processo penal brasileiro deveria ser ordenado a partir do Código de Processo Penal de 1941.

³⁸ Tradução nossa do original: “debe dar cuenta tanto del fundamento de las normas como de su funcionamiento en la vida social”.

No entanto, à luz da ordem constitucional vigente, é preciso defender que a instrumentalidade do processo penal, para além da aplicação da pena, é realizar os direitos humanos, em total consonância com as lições anteriormente delineadas sobre multifuncionalidade desses direitos³⁹. Não basta que o processo penal permita ao acusado defender seus direitos ao longo do procedimento, pois isso colocaria o Estado de um lado, desejando exercer o seu poder punitivo em toda sua potência, e em uma posição contraposta, o indivíduo tentando se defender dessa manifestação quase que incomensurável de poder. Essa não é a conformação ideal em um Estado democrático.

A instrumentalidade do processo sob o padrão de controle do exercício do poder punitivo é aquela que se manifesta, sim, a partir de sua relação com o direito penal e a aplicação de uma sanção, “mas, principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais” (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 91).

Quando se leva em conta a existência de um padrão de eficiência do processo penal e sua dimensão política, representada por uma cultura autoritária que já demonstrou significativas permanências no cenário jurídico nacional, mesmo após a Constituição de 1988, apresenta-se, a *contrario sensu*, o padrão processual penal de controle. Se o padrão de eficiência é aquele que instrumentaliza o processo penal para a realização de fins outros que não a garantia dos direitos do indivíduo, o padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo é aquele que, em sentido oposto, estrutura o processo penal em torno da concretização dos direitos do indivíduo posto na posição de acusado.

Percebe-se, contudo, no embate com discursos de caráter autoritário (como o que sustenta a garantia de direitos ao indivíduo no processo penal redundando em impunidade), que é necessária uma atuação ativa na garantia dos direitos humanos no processo penal. Ou seja, não basta reconhecer o indivíduo como um sujeito possuidor de um direito em face do Estado, detentor do poder punitivo. Deve-se reconhecer o aspecto multifuncional dos direitos humanos, que, além da dimensão subjetiva, levam em seu bojo a dimensão objetiva, exigindo do Estado a atuação positiva por meio da construção de um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo.

Diversos autores abordam a questão do processo penal em conformidade com a Constituição. Aury LOPES JÚNIOR (2012) identifica que o processo penal

³⁹ Tal instrumentalidade não se confunde com a instrumentalidade processual de caráter efficientista abordada no título anterior.

democrático é construído com base em cinco preceitos fundamentais: a jurisdiicionalidade, princípio acusatório, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa e motivação das decisões judiciais. Cada um desses pilares introduz um feixe muito mais amplo de garantias processuais, as quais podem ter suas origens identificadas na Constituição.

A ideia de jurisdiicionalidade é apresentada em uma dimensão que transcende o *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*, pois diz respeito à imparcialidade do julgador e à ideia de que “o acesso à jurisdição é premissa material e lógica para a efetividade dos direitos fundamentais” (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 175). Ou seja, a dimensão constitucional da jurisdiicionalidade decorre do papel que o juiz assume como garantidor dos direitos fundamentais, dentre os quais se destaca a vedação à criação de juízos ou tribunais de exceção (artigo 5º, XXXVII da Constituição) e o direito a um julgamento em prazo razoável (artigo 5º, LXXVIII da Constituição).

O princípio acusatório é apresentado por Lopes Júnior a partir de uma leitura sistemática de diversos dispositivos constitucionais, pois não há previsão expressa a seu respeito. Trata-se da divisão das funções processuais, atribuindo-se ao julgador, a quem cabe o dever de imparcialidade, a proibição de se imiscuir nas funções típicas da acusação, incluindo aqui a iniciativa probatória. O fundamento para tanto decorre da titularidade exclusiva do Ministério Público para exercer a ação penal (artigo 129, I da Constituição), o devido processo legal (artigo 5º, LIV da Constituição), o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV da Constituição), a presunção de inocência (artigo 5º, LVII da Constituição) e publicidade e o dever de fundamentação dos julgamentos (artigo 93, IX da Constituição). Deste conceito mais abrangente do princípio acusatório, se extrai também a presunção da inocência, que, por sua importância, é posta como um pilar autônomo que “impõe um verdadeiro *dever de tratamento* (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele” (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 239).

O mesmo se vislumbra com o pilar do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV da Constituição), que encontra eco no princípio acusatório, mas possui dimensão fundante no processo penal de matriz constitucional. Trata-se do “direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *iter procedimental*” (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 241), que é percebido nas garantias constitucionais de assistência jurídica prestada pelo Estado (artigo 5º, LXXIV da Constituição), vedação à exclusão da apreciação do Poder

Judiciário lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, XXXV da Constituição), *nemo tenetur se detegere* (artigo 5º, LXIII da Constituição).

E, por fim, em estrita relação com as noções fundamentais anteriormente expostas, Lopes Júnior apresenta o dever de motivação das decisões judiciais (artigo 93, IX da Constituição), que garante a concretização do contraditório e da ampla defesa e “permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal” (2012, p. 253).

Sobre o mesmo tema, Badaró (2015) também reconhece a existência de um sistema de garantias processuais fundado na Constituição, identificando como garantias constitucionais no processo penal a do juiz independente e imparcial (artigo 5º, XXXVII e LIII e artigo 95, *caput*, todos da Constituição), a do juiz natural (artigo 5º, XXXVII e LIII da Constituição), a do contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LXIII da Constituição), a da igualdade de partes, do estado de inocência (artigo 5º, LVII da Constituição), a da motivação (artigo 93, IX da Constituição), a da publicidade (artigo 5º, LX e artigo 93, IX, ambos da Constituição), a do duplo grau de jurisdição, a do processo no prazo razoável (artigo 5º, LXV e LXXVIII da Constituição) e a do devido processo legal (artigo 5º, LIV da Constituição).

O conteúdo específico de cada uma dessas garantias processuais com amparo na Constituição é especificado por Badaró, mas a simples leitura dos dispositivos constitucionais aos quais elas se referem já faz perceber a semelhança com as proposições de LOPES JÚNIOR.

De maneira mais sucinta que os autores anteriormente citados, mas ainda reconhecendo que, após a promulgação da Constituição de 1988, passou a se exigir que o processo penal “se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado” (2021, p. 32), Pacelli menciona que o devido processo constitucional deve se pautar pelo reconhecimento da inocência daquele contra quem não há sentença penal condenatória transitada em julgado (artigo 5º, LVII da Constituição), de modo a garantir a igualdade material entre as partes do processo, do contraditório, do juiz natural, da motivação, vedação à prova ilícita e imparcialidade.

Cabe ainda mencionar as considerações de um último autor sobre as garantias constitucionais do processo penal. Alberto Binder elenca “*el juicio previo*” (1999, p. 115), o princípio da inocência e da não culpabilidade, a irretroatividade da lei

processual penal, juiz natural e proibição do juiz de exceção⁴⁰, imparcialidade e independência judicial, a inviolabilidade do direito à defesa em juízo, *ne bis in idem*, direito de não declarar nada contra si próprio, inviolabilidade do domicílio e registros privados e proibição da tortura.

A ideia de *juicio previo* esposada por Binder transcende a simples necessidade de um julgamento do qual se extrai uma sentença logicamente fundamentada, prévia à aplicação de pena. Esta definição traduz tão somente uma dimensão formal, ignorando o aspecto político cultural do julgamento, que é o constructo histórico “da ideia de um poder limitado”⁴¹ (1999, p. 116). Binder sustenta que esta garantia em específico é a mais fundamental do sistema processual em conformidade com a Constituição. Tanto é assim que, para o autor, a garantia do princípio da inocência ou de não culpabilidade dela decorre: se o julgamento prévio à imposição de uma sanção penal é uma garantia fundamental, não é difícil vislumbrar a decorrência de tal afirmação no sentido de que todos aqueles que ainda não têm contra si uma sentença condenatória são inocentes. De maneira mais específica, a relação entre essas duas garantias estabelecida por Binder não é propriamente de que uma origina a outra, mas sim que “são duas caras de uma mesma moeda [...]”. A partir delas e sobre elas se começa a construir o escudo protetor frente ao poder arbitrário, que é o objetivo de todas as garantias que jogam no processo penal”⁴² (1999, p. 123).

Expostos os padrões processuais existentes no ordenamento brasileiro, é preciso definir o processo de internacionalização do direito e o caminho percorrido até a construção de uma linguagem comum a partir dos direitos humanos e como, concomitantemente, houve um recrudescimento do poder punitivo no plano internacional.

1.3 A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A CONSTRUÇÃO DE UMA LINGUAGEM COMUM

⁴⁰ Tradução nossa do original: “las comisiones especiales”.

⁴¹ Tradução nossa do original: “La idea de un poder limitado”.

⁴² Tradução nossa do original: “son dos caras de una misma moneda [...]. A partir de ellas y sobre ellas comienza a construirse el escudo protector frente al poder arbitrario, que es el cometido de todas las garantias que juegan en el proceso penal”.

Max Weber apresenta a noção de que uma comunidade política⁴³ é composta por uma área, que pode ser definida ou, ao menos, é definível, dentro da qual há pessoas dispostas a se valerem da violência física para manter o controle organizado dentro desta respectiva área (WEBER, 1922, p. 613). A ideia é de que haja a possibilidade de emprego da violência, não sendo necessário sua concreta e efetiva utilização, seja contra eventuais inimigos externos, seja para o controle interno da referida comunidade, até porque se vislumbra a existência de diferentes formas de dominação para além da sujeição através do uso imediato da violência. Para essa forma de organização social, o emprego da violência é uma preocupação existencial.

O domínio sobre uma determinada área exercido por uma comunidade política não se confunde com aquele exercido por outras comunidades ou organizações que também se valem da violência como instrumento, como é o caso da Camorra, exemplo apresentado por Max Weber em sua obra (1922, p. 614). A nota definidora da comunidade política com relação a esse aspecto é sua “duradoura e manifesta existência como um sólido poder de disposição sobre uma área considerável”⁴⁴ (WEBER, 1922, p. 614).

O Estado, por sua vez, é definido por Weber como sendo uma espécie de comunidade política:

Estado é uma comunidade humana, que dentro de uma determinada área – isso: a “área” pertence à caracterização – reclama para si (com sucesso) o monopólio da *legítima violência*⁴⁵ física. Pois isso é específico para o presente: que para todas as outras organizações ou aos indivíduos só é atribuído o direito à violência física, na medida em que o Estado permite isso de sua parte: ele é considerado a única fonte do “Direito” à violência.⁴⁶ (WEBER, 1926, p. 8).

Ou seja, a violência não é a única ferramenta à disposição do Estado, tampouco é o principal meio pelo qual o Estado age; contudo, é particular a ele. A violência física

⁴³ Tradução nossa do original: “ein politischer Verband”.

⁴⁴ Tradução nossa do original “besonders nachhaltigen und dabei offenkundigen Bestandes als einer gefestigten Verfügungsmacht über ein beträchtliches Land”.

⁴⁵ Percebe-se que, em alguns textos que abordam a obra de Weber, a expressão *Gewaltsamkeit* foi traduzida como *força*. Contudo, no alemão, a ideia de força se aproxima mais da palavra *Kraft*. Ainda que ambos os significados possam ser admitidos, adota-se para os fins deste trabalho a tradução *violência*, por se entender que a ideia de violência é mais próxima do contexto e das obras consultadas na elaboração dessa dissertação.

⁴⁶ Tradução nossa do original: “Staat ist diejenige menschliche Gemeinschaft, welche innerhalb eines bestimmten Gebietes – dies: das “Gebiet” gehört zum Merkmal – das Monopol legitimer physischer Gewaltsamkeit für sich (mit Erfolg) beansprucht. Denn das der Gegenwart Spezifische ist: daß man allen anderen Verbänden oder Einzelpersonen das Recht zur physischen Gewaltsamkeit nur so weit zuschreibt, als der Staat sie von ihrer Seite zuläßt: er gilt als alleinige Quelle des “Rechts” auf Gewaltsamkeit”.

era um meio disponível às pessoas e a outras organizações existentes dentro de uma comunidade humana. Quando esse Direito à violência é concentrado em um único ator naquela sociedade, passa a se falar em Estado.

Todavia, não basta o monopólio da violência; é necessário haver legitimidade, pois é justamente ela que fundamenta a “relação de poder de homem sobre homem”⁴⁷ (WEBER, 1926, p. 9). Assim, a legitimidade é observada a partir da continuidade do exercício do poder soberano, da obediência habitual ou da efetividade dos comandos. Noberto Bobbio explica que Weber entendia que a “efetividade é consequência da legitimidade” (BOBBIO, 2000, p. 139). É por isso que WEBER apresenta diferentes justificativas para a dominação, pois a legitimidade seria uma causa para que o exercício do poder soberano fosse efetivo em certa área e sobre um determinado grupo de pessoas.

Realizando o caminho inverso, Kelsen parte do direito e da pressuposição de uma ordem jurídica que, por sua vez, necessita do exercício do poder em seus diferentes níveis para que haja validade no sistema. Kelsen verifica a identidade entre Estado e ordem jurídica (KELSEN, 1934, p. 127), de sorte que o Estado é a ordem jurídica soberana, aplicada em um território e sobre um grupo de pessoas, limitada somente por suas próprias previsões, jamais por qualquer outra ordem jurídica (KELSEN, 1934, p. 129).

Independentemente do modelo a partir do qual se pretende explicar a diferença entre um poder legítimo e sua relação com o direito, percebe-se que a ideia de Estado está presente, sempre posto como um corpo inserido na sociedade com poder absoluto sobre um determinado território e um grupo de pessoas. No plano internacional, o reflexo de tais conceitos é vislumbrar uma igualdade internacional entre os Estados (DISSENHA, 2013, p. 75).

Ao analisar o processo de internacionalização do direito e os impactos para a noção clássica de soberania do Estado, Dissenha explica que a formação de um Direito Internacional decorreu, inicialmente, da necessidade de Estados soberanos coexistirem. Ou seja, não havia uma unidade de valores de caráter universal, cuja proteção se buscava promover. A principal questão abordada era a limitação da guerra, para que cada Estado e comunidade conseguisse, na medida do possível, levar a cabo seus respectivos fins. Koskenniemi delimita que, a partir do Congresso de Viena de 1814-15

⁴⁷ Tradução nossa do original: “Herrschaftsverhältnis von Menschen über Menschen”.

e a derrota de Napoleão, buscou-se a promoção do império do Direito⁴⁸ no plano internacional, de sorte que “as relações entre potências europeias não mais foi construída na busca de uma potência pela primazia, mas em uma busca geral pela manutenção do equilíbrio de poder” (KOSKENNIEMI, 1990, p. 5). Desse período, Dissenha também destaca a importância do desenvolvimento do direito humanitário, ainda que inexistente uma autoridade internacional global (DISSENHA, 2013, p. 78).

Do início do Século XX, ainda é relevante a experiência da Sociedade das Nações, principalmente no que se refere ao início de um guia axiológico nas relações entre Estados no plano internacional, o que é especialmente representado pela limitação do *jus ad bellum*⁴⁹, ou seja, uma busca pela paz. Ainda assim, tais esforços não foram duradouros, uma vez que sobreveio a Segunda Guerra Mundial, durante a qual a humanidade conheceu os horrores do holocausto e níveis até então desconhecidos de destruição humana.

Neste contexto, a Solução Final, engendrada pela máquina de guerra nazista para exterminar os judeus, exigiu a criação de uma nova palavra que pudesse captar a gravidade e a dimensão dos fatos perpetrados: genocídio. Trata-se de termo cunhado por Raphael Lemkin, um refugiado polonês que, ao escapar da perseguição nazista em seu país, buscou uma expressão que capturasse “a grave ofensa de extinguir um grupo, deste modo, roubando do mundo tal grupo e suas futuras contribuições”⁵⁰ (CASSESE; ACQUAVIVA; FAN; WHITING, 2011, p. 200). Diante disso, percebe-se que a soberania clássica, um poder ilimitado e desvinculado de aspectos políticos e filosóficos, não foi suficiente para que o Estado, sozinho, garantisse a segurança dentro de seu próprio território.

Estes eventos, no plano do Direito, tiveram por consequência o surgimento de diversas perspectivas críticas. Percebeu-se que a forma de Estado até então erigida, fundamentada inclusive nas teorias de Hans Kelsen, não dava conta das necessidades sociais, de sorte que as teorizações sobre o Direito com base somente em “atributos de sistematização, impessoalidade, abstração, universalidade e manutenção do *status quo* se redimiam diante do desvendar da ideologia dominante proporcionada por um direito

⁴⁸ A expressão originariamente empregada por Koskenniemi foi “Rule of Law”.

⁴⁹ O Pacto Kellogg-Briand, de 1928, buscou a renúncia da guerra como um instrumento de política nacional. Disponível em <<https://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/satzger/materialien/kellogg1928e.pdf>>.

⁵⁰ Tradução nossa do original: “[...] the grave offence of extinguishing a group, thereby robbing the world of the group and its future contributions”.

travestido de igualdade” (BORGES, 2016, p. 376). Quando a noção de igualdade formal não mais deu conta dos anseios sociais, buscou-se uma nova posição para a figura do Estado dentro da sociedade, que passou a ser instado a garantir direitos humanos de caráter social, “em vez de sustentar o monismo jurídico e o monopólio da instituição jurídica estatal” (BORGES, 2016, p. 363). Esta superação do monismo jurídico desempenhou um papel fundamental, inclusive, para que fosse possível o desenvolvimento de espaços normativos internacionais.

Assim, percebeu-se um impulso no desenvolvimento do Direito Internacional. Apesar de marcos anteriores no que se refere à estruturação de acordos e organismos internacionais para mediar a relação entre Estados e evitar a deflagração de guerras, somente com o fim da Segunda Guerra Mundial é que se reconheceu a necessidade de mitigação do modelo clássico de Estado de soberania absoluta e indivisível no âmbito de seu território. Em 26 de junho de 1945, foi assinada a Carta das Nações Unidas, que buscava evitar a ocorrência de novos conflitos que produzissem tragédias na escala observada. Em seu preâmbulo, a Carta registra o compromisso dos países signatários de garantir a paz e promover os direitos humanos:

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.⁵¹

Do excerto, a busca pela paz, evitando que o flagelo da guerra se abatesse sobre as futuras gerações, e a afirmação dos direitos humanos são os dois principais eixos a partir dos quais se vislumbra a limitação do poder estatal. O Estado passa a ter limitações em função, por exemplo, dos grupos de Estados dos quais ele faz parte, ou então em decorrência de outros compromissos que ele mesmo assume no plano internacional: vislumbra-se uma autolimitação (DISSENHA, 2013, p. 82) do poder soberano do Estado, pois ele próprio dispõe de sua soberania e se vincula a tratados e a organismos internacionais, inclusive com a previsão de sanções para o caso de

⁵¹ Decreto nº 19.841/1945. Disponível em. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>.

inadimplemento das obrigações assumidas. Trata-se, aqui, de uma “soberania pragmática” (DISSENHA, 2013, p. 83).

Contudo, a noção de paz insculpida na Carta das Nações Unidas, resumida em uma ausência de guerra, deixou de se preocupar com a concretização dos seus pressupostos e dos direitos afirmados. A Professora Mireille Delmas-Marty resumiu que tal perspectiva “não tinha por objetivo nem a redução dos desequilíbrios econômicos e financeiros, nem o apaziguamento de conflitos étnicos e religiosos, a Carta não ofereceu os meios para a ONU construir a ‘paz positiva’”⁵² (DELMAS-MARTY, 2004a, p. 23).

Esta ideia de afirmação positiva também é aplicável ao outro eixo sobre o qual a internacionalização do Direito ocorre: a proteção dos direitos humanos. Vislumbra-se a limitação do poder do Estado – colocando em xeque a ideia de soberania – quando compromissos assumidos no âmbito internacional impõem aos Estados uma *obrigação positiva* de garantir os direitos humanos, que passam a ser um “idioma universal” (DISSENHA, 2013, p. 83) no Século XXI.

De acordo com a Professora Mireille Delmas-Marty (2004a, p. 53-54), o primeiro documento que apresenta os direitos humanos como um conceito com pretensão de universalização é a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵³. Proclamada em 10 de outubro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU), afirmou uma série de direitos fundamentais, os quais, nos termos do artigo 28 da Declaração⁵⁴, são de titularidade de todo ser humano. Um dos desafios iniciais foi encontrar o fundamento a partir do qual se poderia estabelecer uma universalidade de direitos.

Não se pode assumir que um documento de pretensão universal tenha como fulcro um argumento religioso ou espiritual, pois certamente essa não será uma concepção dividida por todos os Estados. Não se admite a justificativa de que os direitos sejam universais porque todo ser humano é feito à imagem e semelhança de Deus, ou que a universalidade de direitos decorra de uma consciência moral vinculada a alguma outra religião ou filosofia de vida. Então, a saída adotada foi a afirmação de que todos

⁵² Tradução nossa do original: “N’ayant pour objet ni de réduire les déséquilibres économiques et financiers, ni d’apaiser les conflits ethniques et religieux, la Charte ne donne pas les moyens à l’ONU de bâtir la ‘paix positive’”.

⁵³ Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>.

⁵⁴ Artigo 28 da Declaração Universal dos Direitos Humanos “Todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”.

os seres humanos são dotados de razão e consciência, de sorte que nascem livres e iguais em dignidade e direitos, nos termos do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A adoção de uma redação que tenta não eleger uma concepção filosófica específica ajudou a acomodar a pretensão ao universalismo da Declaração. Ao fim, a legitimação dos direitos humanos é discussão que, argumentativamente, pode ser considerada superada, pois a própria adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos formou um consenso sobre os direitos ali previstos que supre a necessidade de se buscar qualquer origem de legitimidade ou fundamento adicional.

Percebe-se que a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos promovem a internacionalização do direito com uma carga axiológica bastante definida, pois não se buscava a paz somente para permitir a coexistência dos Estados, mas sim para que fosse possível assegurar e concretizar os direitos humanos, os quais têm caráter universal. Ainda assim, no plano prático, a realização de tais preceitos foi limitada em função de conjunturas políticas.

Já em 1948, o mundo começava a se dividir entre nações alinhadas com os Estados Unidos ou com a União Soviética. Assim, quando se buscou editar um documento dentro do âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), cuja sede é em Nova York, muitos países do emergente bloco comunista se abstiveram. A consequência imediata foi uma baixa densidade normativa do documento.

Ademais, a ideia de universalidade dos direitos humanos existente em 1948 é compreendida sob uma perspectiva menos abrangente que a atual. Em 1948, havia somente 58 Estados, número que chegaria a mais de 190 após os processos de descolonização na segunda metade do Século XX. Também não se pode conceber uma universalidade de direitos dentro de um mundo colonial, cujas barbáries continuaram mesmo após a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁵.

Deve-se observar que, durante este período, na América Latina, para além da polarização entre o bloco comunista e o bloco capitalista, ocuparam o poder diversos governos ditatoriais. Seja em países como Brasil, Chile, Argentina, Paraguai, Peru ou em países da América Central, governos militares, que utilizavam tortura e violações sistemáticas dos direitos humanos como política de Estado, estiveram no poder. Neste período, o esforço internacional foi dirigido à ampliação do poder repressivo estatal

⁵⁵ Apenas a título de exemplo, cito a repressão francesa aos movimentos pela independência na Argélia e os crimes perpetrados pelo Império Britânico contra populações nativas no Quênia.

para além das fronteiras nacionais, como ocorreu durante a Operação Condor⁵⁶, não se vislumbrando uma materialização de esforços conjuntos em prol da concretização dos direitos humanos.

Todas essas circunstâncias influenciaram a forma pela qual a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi tratada nos anos subsequentes à sua promulgação. Muito em função da divisão do mundo em um bloco comunista e em outro capitalista, a concretização de direitos afirmados universalmente era quase impossível, não somente porque não havia um agir internacional coletivo entre todos os Estados, mas também porque cada um dos blocos se regulava por uma concepção acerca de quais direitos eram mais importantes e, portanto, deveriam ser concretizados antes.

Isso restou demonstrado pela elaboração de diferentes pactos para afirmar os direitos anteriormente apresentados na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) aprovou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁵⁷, cujas disposições estavam mais ligadas às propostas políticas do bloco capitalista liderado pelos Estados Unidos e, de maneira separada, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵⁸, cujos preceitos eram mais próximos àquilo defendido pela União Soviética. É certo que tal divisão obsta o pensar nos direitos humanos como um universalismo, a despeito de terem sido assim declarados em 1948.

Gradativamente, e principalmente após o fim da Guerra Fria, ganhou força a noção de que os direitos humanos são indivisíveis, compondo uma unidade que impede somente a busca pela realização de uma certa classe de direitos. Inclusive, quando se analisa em paralelo o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, é possível perceber como seus dispositivos são complementares. O artigo 24 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos assegura que toda criança, sem qualquer discriminação, terá direito “às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da

⁵⁶ “A Operação Condor – também chamada de Plano ou Operativo Condor – foi o pacto clandestino internacional de coordenação repressiva entre os serviços de inteligência, polícias políticas e comandos militares das Forças Armadas de Chile, Argentina, Uruguai, Paraguai, Bolívia e Brasil, no intuito de organizar a colaboração anti-subversiva contra a comunidade de exilados nos países do Cone Sul. Para tanto, os serviços de inteligência militar dos seis países membros, que tinham ainda como associados secundários o Peru e o Equador, assumiram esse mecanismo encoberto de colaboração e atuação conjunta a partir da lógica de ampliar a guerra suja além das fronteiras territoriais no combate ao inimigo interno.” (DOS REIS, 2013, p. 40).

⁵⁷ Incorporado ao ordenamento pátrio pelo Decreto nº 592/1992.

⁵⁸ Incorporado ao ordenamento pátrio pelo Decreto nº 591/1992.

sociedade e do Estado”. De maneira análoga, o artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais delimita que “toda pessoa [tem o direito] de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental” e que, para tanto, os Estados também deverão garantir o “desenvolvimento são das crianças”.

Assim, pode-se afirmar que a natureza jurídica dos direitos insculpidos nos dois documentos é a mesma, de sorte que a separação ocorreu muito mais em decorrência de circunstâncias históricas e políticas do que por uma questão teórica. A leitura que se faz é de que, seja uma garantia do indivíduo, seja um dever prestacional do Estado, trata-se de um direito fundamental universalmente garantido. Exemplo disso, ainda no que se refere às disposições comuns do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos acerca dos direitos das crianças: o direito que a criança tem à educação poderia ser classificado como um direito social. Contudo, sua efetivação permite que a criança usufrua de seus direitos cívicos e políticos. Ao fim, ambos são direitos fundamentais.

Destaca-se a importância da sedimentação de tal noção para que se realize a internacionalização do direito a partir da ideia de universalização de direitos humanos, com a percepção de que a ideia clássica de soberania estatal anteriormente exposta não mais dá conta de explicar, por si só, os fenômenos jurídicos contemporâneos. A soberania não é mais compreendida como um poder absoluto a ser disposto pelo Estado no interior de seu território, pois há garantias universalmente oponíveis pelos indivíduos perante o Estado: o Direito Internacional reconhece “não mais o Estado como seu único e preferencial destinatário direto, mas erigindo o indivíduo ao ponto de referência de toda a construção jurídica internacional” (DISSENHA, 2013, p. 93).

A percepção da unidade e da complementariedade dos direitos fundamentais, a despeito de estarem eles classificados entre políticos, sociais, cívicos, econômicos ou culturais, é um grande passo em direção ao reconhecimento da universalidade dos direitos humanos. Contudo, sua concretização exige esforços constantes. Os instrumentos para tanto não foram previstos diretamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos: “a DUDH terá esboçado um primeiro inventário, necessário, mas

insuficiente para transformar o status dos direitos humanos de lei moral em medida comum, depois em verdadeiro direito comum”⁵⁹ (DELMAS-MARTY, 2004a, p. 64-65).

Necessário, portanto, desenvolver instrumentos no âmbito do direito internacional que promovessem a concretização dos direitos humanos. Uma das estratégias adotadas foi estabelecer organismos no plano internacional que têm por objetivo a promoção dos direitos humanos. Dentro do próprio Sistema ONU, por meio da Resolução 48/141 da AGNU⁶⁰, foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos (ACNUDH), que busca justamente a concretização dos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Na mesma moldura, há organismos voltados à promoção de um feixe específico de direitos, como é o caso da Organização Mundial da Saúde (OMS), da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura e do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. Em outros casos, estes organismos estão orientados à proteção de um grupo específico, que é afetado de maneira transversal pela concretização de direitos, como é o caso do Fundo das Nações Unidas para a Infância e do Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher.

Também se observa a existência de cortes regionais em matéria de direitos humanos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que têm posição privilegiada para concretizar os direitos humanos e desenvolver uma densidade teórica acerca de qual conteúdo será atribuído a cada um dos direitos proclamados no âmbito internacional.

É certo que deixar a concretização dos direitos humanos nas mãos de juízes que exercem sua jurisdição no âmbito internacional não é a melhor maneira de universalizá-los. A ideia é que o conteúdo dos direitos humanos seja algo construído de maneira fluida, a partir de conceitos que admitem uma margem de indefinição e, diante disso, sejam aplicados de maneira adequada em cada um dos diferentes Estados, tendo em conta suas complexidades sociais, culturais e históricas. Ou seja, é importante haver um Tribunal que possa resolver casos em concreto de modo a garantir a observância dos direitos humanos. Mais que isso: é essencial que os particulares tenham ferramentas a partir das quais eles possam opor seus direitos aos Estados, mesmo quando os

⁵⁹ Tradução nossa do original: “la DUDH aura esquissé un premier inventaire, nécessaire mais insuffisant pour transformer le statut des droits de l’homme de loi morale en mesure commune, puis en véritable droit commun”.

⁶⁰ Disponível em: < <https://digitallibrary.un.org/record/180226?ln=en#record-files-collapse-header>>.

mecanismos internos àqueles Estados negarem tal possibilidade – afinal de contas, trata-se de direitos de caráter universal. Entretanto, não é possível que o conteúdo e a delimitação de tais direitos sejam especificados somente por Tribunais – ou originariamente por Tribunais.

Também não cabe a este tipo de Tribunal estabelecer de maneira originária o conteúdo aos direitos humanos afirmados, até porque somente haverá exercício da jurisdição quando já houver uma violação ao direito, de sorte que é necessário o desenvolvimento da sociedade civil no sentido de que as violações não ocorram. Ademais, aspectos burocráticos, como o rito adotado pelo Tribunal, a tradição jurídica à qual ele se vincula ou a forma pela qual seus juízes são escolhidos podem influenciar na definição do conteúdo dos direitos humanos. Exemplo elementar disso é o caso de um juiz, eventualmente escolhido para atuar em dada corte de direitos humanos no plano internacional, que também desempenhe as funções de julgador no âmbito interno ao seu país de origem – como frequentemente ocorre. Ele será, ao mesmo tempo, responsável por fixar os parâmetros de concretização dos direitos humanos e terá sua atividade no âmbito interno submetida a tais parâmetros.

De todo modo, Tribunais com competência material sobre casos de direitos humanos, atuando no âmbito internacional – ainda que regional – e com a possibilidade de proferir decisões condenatórias em desfavor de Estados e em benefício de indivíduos, são um golpe direto à ideia clássica de soberania estatal.

A internacionalização do direito e o conseqüente eclipse da noção clássica de soberania estatal foram impulsionados, no final do Século XX, por eventos como a queda do Muro de Berlim e o fim da Guerra Fria. Nessa mesma época, ocorreram importantes evoluções tecnológicas e o aumento das trocas comerciais no âmbito internacional, que ensejaram o encurtamento das distâncias, mitigação das fronteiras nacionais, intensos fluxos migratórios, incremento das possibilidades de exploração de recursos por empresas transnacionais e maior fluxo de capitais. Todos esses fenômenos relativizaram a ideia clássica de território dentro do qual um Estado exerce sua soberania sobre um determinado grupo de pessoas.

Ademais, percebe-se que a mitigação de fronteiras também ampliou a dimensão e o alcance de práticas criminosas, como terrorismo, corrupção internacional, crimes ambientais e a criminalidade organizada internacional. Ou seja, na mesma medida em que há uma globalização no campo econômico, também se percebe a ocorrência de crimes a nível internacional, com a preparação de uma determinada

conduta ocorrendo em um país, sua execução se produzindo em outro e seus frutos sendo remetidos a um terceiro. Diante de tal cenário, o combate à criminalidade também deve ser internacional, pois somente assim será possível lidar com os riscos existentes na atual sociedade.

A internacionalização do direito é, na realidade, uma “mudança na própria concepção de ordem jurídica”⁶¹ (DELMAS-MARTY, 2003, p. 14). Adota-se tal compreensão, pois o surgimento de um espaço normativo internacional afeta a ideia de que o direito somente é aquilo que deriva do Estado. Não importa quão poderoso, rico ou proeminente no cenário internacional seja um Estado, ele não conseguirá, por completo, esquivar-se de superposições entre seu ordenamento interno e instrumentos normativos existentes no plano internacional, seja a nível regional, seja a nível mundial.

Cumprir notar que a internacionalização do direito, que tem como fundamento a adoção de conceitos universais, os quais se relacionarão com a ordem jurídica interna aos diferentes países, não pode ser confundida com globalização. É certo que a globalização tem uma pretensão de universalização, mas esta universalização está conectada à ideia de mercado, no sentido de que o mercado e as práticas econômicas se tornem universalizadas. Ou seja, a globalização tem uma tarefa mais simples, pois ela busca tão somente a padronização de práticas e técnicas, permitindo o desenvolvimento de trocas comerciais. Neste sentido, a globalização possui um aspecto muito mais objetivo, pois ela busca a uniformização de práticas que, em última análise, independentemente do contexto, sempre terão o mesmo fim.

Quando a globalização busca a universalização da lógica de mercado, seja em um país europeu, na América-Latina ou em qualquer outra parte do globo, o objetivo sempre será a maximização dos lucros. Aqui não se pretende adentrar na discussão sobre a distribuição destes proventos ou de quem são os verdadeiros beneficiados pela pretensão de universalização das lógicas do mercado. O ponto é que se trata de dinâmica muito mais objetiva, quando em comparação com a universalização no contexto da internacionalização do direito.

Na internacionalização do direito se busca um “compartilhamento de sentidos: aplicado aos conceitos, ele se torna uma espécie de linguagem comum”⁶² (DELMAS-MARTY, 2004a, p. 54). Percebe-se, portanto, que a tarefa é procedimentalmente mais

⁶¹ Tradução nossa do original: “une mutation de la conception même de l’ordre juridique”.

⁶² Tradução nossa do original: “partage de sens: s’appliquant à des concepts, il devient une sorte de langage commun”.

difícil, pois esta noção de construção de uma linguagem comum é mais complexa do que o estabelecimento de práticas comuns, com o objetivo de otimizar as trocas comerciais. Também é semanticamente mais densa, pois a pretensão de universalização da lógica de mercado, própria da globalização, não mostra a mesma complexidade que a universalização de conceitos como humanidade e direitos humanos.

Universalizar a lógica de mercado no âmbito da globalização é maximizar trocas comerciais e gerar lucro. Elaborar uma ideia universal de direitos humanos e humanidade envolve uma profundidade filosófica, cultural e histórica significativa.

Ao proferir a aula inaugural para o biênio 2006-2007 de sua cátedra de Estudos Jurídicos Comparados e Internacionalização do Direito no Collège de France, a Professora Mireille Delmas-Marty indicou que a sua análise da internacionalização adota o método comparativo e a indeterminação como parte integrante do raciocínio jurídico.

Fala-se em *método comparativo*, pois é a partir dele que é possível o estudo de como o ordenamento jurídico interno a um país interage com o direito existente no plano internacional. A Professora francesa chama especial atenção ao método comparativo, pois ele permite o resguardo da pluralidade na internacionalização, conceito fundamental para que se evite a internacionalização hegemônica de visões específicas sobre o sistema jurídico.

A ideia, portanto, é que a utilização do método comparativo sugerido pela Professora Mireille Delmas-Marty, no que se refere ao processo de internacionalização do direito, evite a utilização da internacionalização como uma ferramenta para a efetivação de interesses hegemônicos e assegure a preservação de uma margem nacional de apreciação dos institutos.

Com relação à indeterminação, a Professora Mireille Delmas-Marty afirma não se tratar de um espaço para arbitrariedade, mas sim o reconhecimento de que não é possível saber *a priori* como ocorrerá a internacionalização do direito e que tal processo precisa de um certo grau de indeterminação espacial e temporal. Assim, o conceito de indeterminação se liga justamente ao método comparativo, pois permite a harmonização entre diferentes concepções sobre um instituto, por exemplo. Em realidade, a ideia de harmonização é muito mais compatível com o objetivo de construção de uma ordem plural do que um processo de hibridização entre o direito afirmado no plano internacional e aquele existente no âmbito interno dos países, pois isso exigiria que algum ator específico – um país, um juiz nacional ou internacional – afirmasse uma

norma precisa, a qual seria aplicada a despeito de eventuais particularidades do sistema jurídico interno a determinado Estado.

A busca por uma gramática comum a partir da harmonização entre as diversas realidades jurídicas, mantendo-se um espaço para a indeterminação, preserva a existência do particular e possibilita a construção de uma universalidade: estes dois níveis se relacionarão de maneira dialética constante, em busca de uma síntese. É justamente a continuidade deste processo que permite almejar a construção de uma gramática comum, pois ela estará sensível às alterações no tempo e espaço normativo de aplicação do direito. A possibilidade de reconhecimento de valores comuns é o fio condutor do processo de internacionalização, pois permite a determinação do conteúdo da norma jurídica aplicável, seja no espaço normativo interno a um país, seja no plano internacional: postula-se um “universalismo de valores que o obstinado relativismo dos fatos contradirá diariamente”⁶³ (DELMAS-MARTY, 2003, p. 52). Esta relação entre o universal e o relativo representa, portanto, o estudo da internacionalização do direito.

A despeito de dificuldades na concretização e uma baixa densidade normativa no que se refere à sua aplicação e oponibilidade pelos indivíduos, a existência de um eixo axiológico comum e de natureza universal verdadeiramente funda um novo paradigma. Tanto é assim que conceitos clássicos, como o de soberania, já não mais conseguem oferecer um suporte suficiente para as explicações necessárias. A manifestação do poder absoluto do Estado como sendo a única fonte de produção do direito é confrontada com um cenário normativo diverso⁶⁴ e que se relaciona dialeticamente com o particular – o direito interno aos Estados. A não linearidade da aplicação das normas de direitos humanos (DISSENHA, 2013, p. 96) não desnatura a importância da construção jurídica internacional.

Esse movimento que coloca o indivíduo no centro das discussões, muitas vezes em detrimento do Estado, anteriormente visto como a única figura atuante no plano internacional, ocorreu em função de e concomitante a uma série de mudanças sociais e econômicas. Na mesma medida em que essas circunstâncias – o fim da Segunda Guerra Mundial e a percepção dos horrores do Holocausto; o estabelecimento da ONU; o fim da Guerra Fria; a globalização – aumentaram o ganho de importância dos direitos

⁶³ Tradução nossa do original: “un universalisme des valeurs que le relativisme obstiné des faits contredit chaque jour”.

⁶⁴ A Professora Mireille Delmas-Marty registra que “Por mais tranquilizante que seja, a metáfora da pirâmide dificilmente dá conta da paisagem observada” (2004b, p. 86).

humanos, a construção teórica sobre direitos humanos também influenciou outros campos teóricos e sociais.

Destaca-se aqui, portanto, a relação dos direitos humanos como uma linguagem comum e o direito penal.

O direito penal, historicamente, é a expressão máxima do poder soberano do Estado, pois ele enseja a possibilidade de aplicação de uma sanção sobre um indivíduo como consequência da prática de um determinado comportamento – remete-se aqui à ideia anteriormente exposta de monopólio sobre o uso legítimo da violência. Neste cenário, sobremaneira importante o poder de definir quais são as condutas que implicarão sanção e quais serão as sanções. Assim, afirma-se que “as incriminações penais referem, através das proibições que elas expressam, à identidade cultural de cada nação”⁶⁵ (DELMAS-MARTY, 2011, p. 22).

Em uma primeira análise, o direito penal seria, portanto, a maior expressão de soberania estatal e de impossibilidade de se cristalizar valores universais para serem protegidos pelo direito penal, pois seria o caso da mais íntima expressão dos valores escolhidos por uma comunidade em específico. Seria a expressão máxima do relativismo, em oposição à ideia de valores universais a serem protegidos, expressos pelos direitos humanos. Todavia, a Professora Mireille Delmas-Marty explica que tais afirmações estão longe da realidade.

Não se pode negar que o direito penal congela e congrega valores específicos a uma comunidade, tutelando-os por meio da possibilidade de aplicação de uma sanção contra aqueles que os violam. Mas, seja pela própria fragmentariedade do direito penal, seja por questões sociológicas atinentes à organização dessa comunidade de pessoas ordenadas sob um Estado, muitos valores existentes nessa sociedade não são protegidos pelo direito penal. E, mais importante, muitos dos valores protegidos pelo direito penal são escolhidos para receberem tal tratamento por sua função subjacente e por serem interessantes a um segmento específico da sociedade. Desta sorte, é seguro afirmar que, mesmo dentro de um Estado, comunidade que, em tese, goza de homogeneidade suficiente para o estabelecimento de um direito penal unificado e eleição dos valores que fundamentarão proibições, ainda se percebe a possibilidade de que os valores fundamentais para determinado segmento da sociedade não estejam abarcados pelo

⁶⁵ Tradução nossa do original: “les incriminations pénales renvoient, par les interdits qu’elles expriment, à l’identité culturelle de chaque nation”.

direito penal, bem como que alguns dos valores tidos como alicerces das proibições fundamentais dessa sociedade em questão não encontrem referência em todos os grupos sociais existentes dentro desse Estado.

Exemplos dessas situações são diversos, passando pela criminalização das relações homoafetivas, do uso de determinadas substâncias – seja para uso recreativo, seja em rituais religiosos, por exemplo –, de convicções políticas, dos direitos reprodutivos das mulheres etc. Todas essas questões perpassam, a princípio, por uma noção material de conduta que pode, ou não, ser criminalizada. Contudo, há outras circunstâncias que dizem respeito à proteção dos valores fundamentais pelo direito penal. O processo penal adotado no âmbito interno de um Estado é fruto de escolhas políticas e afeta profundamente o conteúdo da proteção penal exercida sobre valores comuns por meio da criminalização de condutas: “mesmo sem ir até as formas extremas de violência de Estado, o recrudescimento do direito penal pode se manifestar por um enfraquecimento de garantias processuais e substantivas próprias do Estado de direito”⁶⁶ (DELMAS-MARTY, 2011, p. 24).

Da mesma maneira que se vislumbra a eleição de proibições fundamentais no âmbito do direito penal, as quais encontram correspondência nos direitos fundamentais, também é possível vislumbrar padrões fundamentais no processo penal, os quais podem se colocar também para garantir e concretizar esses mesmos direitos fundamentais, ou para recrudescer o poder punitivo. É justamente nessa relação que este trabalho pretende se aprofundar: diante dos padrões processuais penais identificados, como eles se relacionam com os direitos humanos dispostos sob esta lógica de construção de uma linguagem comum e com as manifestações de internacionalização do poder punitivo e seu recrudescimento no plano internacional.

⁶⁶ Tradução nossa do original: “Même sans aller jusqu’aux formes extrêmes de la violence d’État, le durcissement du droit pénal peut se manifester par un affaiblissement des garanties de procédure et de fond propres à l’État de droit”.

2 OS PADRÕES PROCESSUAIS PENAIS À LUZ DA UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO PODER PUNITIVO

Tendo em conta o processo de universalização dos direitos humanos, cujas correspondências têm valores comuns que devem ser universalmente protegidos, conforma-se uma valorização do indivíduo, titular dos referidos direitos. Com isso, percebe-se uma mitigação da soberania estatal, pois os direitos citados são oponíveis perante os Estados, os quais percebem uma limitação de seus poderes, dentre os quais se vislumbra o uso legítimo da violência.

A mitigação da noção clássica de Estado também se estende à noção de território, pois, com o fim da Guerra Fria, e em especial com as evoluções tecnológicas e econômicas do final do Século XX e início do XXI, a ideia de fronteira como um espaço hermético dentro do qual o Estado exerce um poder absoluto também decai. Este processo de internacionalização de práticas, definido como globalização, também tem forte impacto na internacionalização dos riscos sociais, em especial a criminalidade. O tráfico de armas e drogas, a corrupção, o terrorismo e a lavagem de capitais se disseminam com a mitigação de fronteiras. Com isso, há intensificação da internacionalização do poder punitivo, conformando, em especial, a guerra contra o crime. Pela mesma porta que entram nos ordenamentos nacionais noções universais de proteção aos direitos humanos, também chegam medidas voltadas ao recrudescimento do poder sancionador.

Concorrentemente a esses fenômenos do plano internacional, existe o plano jurídico interno aos países. Para os fins deste trabalho, menciona-se com destaque o processo penal e o direito constitucional. Enquanto se construíam no plano internacional, desde o final da Segunda Guerra Mundial, noções garantistas com relação aos direitos humanos, o Brasil ainda vivia o Estado Novo. Após um breve respiro democrático entre 1946 e 1964, vigeu um regime profundamente autoritário até a promulgação da Constituição de 1988. Neste ínterim, adotou-se um Código de Processo Penal profundamente autoritário e de inspiração fascista, cuja vigência se mantém desde 1941. Tal legislação faz parte de uma cultura política autoritária, cujas manifestações são perceptíveis até os dias atuais, a despeito do caráter garantidor de direitos da Constituição de 1988.

Neste cenário, percebe-se no processo penal brasileiro um padrão de eficiência do exercício do poder punitivo, que muitas vezes exhibe vinculação próxima com o autoritarismo e é ferramenta para realizar fins como “assegurar o bem da nação”, “combater a impunidade” ou “proteger o povo”. Trata-se de discurso vago, que permite justificar o sacrifício dos direitos do indivíduo submetido ao processo penal para realizar um fim maior falacioso, supostamente atrelado ao bem comum. Em sentido oposto, também se verifica o padrão processual de controle do exercício do poder punitivo, o qual, para além de reconhecer no indivíduo seu caráter de sujeito de direitos, também se conforma como uma ferramenta de concretização dos direitos humanos no próprio processo penal – o processo penal é o caminho a ser percorrido até a pena, ao longo do qual ele também é ferramenta a ser utilizada na garantia positiva dos direitos humanos, os quais são compreendidos na sua dimensão subjetiva e objetiva.

Assim, identifica-se no plano jurídico nacional um impulso pelo desenvolvimento de um processo penal sob um padrão de controle, superando as permanências do autoritarismo representado, em especial, pelo Código de Processo Penal de 1941. A partir deste ponto, investiga-se como a relação dos padrões de controle e eficiência do processo penal foi influenciada pela universalização dos direitos humanos e pela internacionalização do poder punitivo. Há uma prevalência na adoção no ordenamento nacional das influências de um ou outro fenômeno normativo?

Para tal análise, foram eleitas algumas condutas em específico, de sorte que a análise do desenvolvimento dos padrões processuais e a influência da internacionalização do direito seja realizada de maneira contextualizada. Desde logo, destaca-se que não se discute se tais condutas devem, efetivamente, ser objeto do poder punitivo estatal, tampouco qual é o efetivo interesse protegido por sua criminalização. Conforme os estudos apresentados da Professora Delmas-Marty, tais questões se colocam dentro do binômio proibir/justificar, enquanto a aplicação de uma sanção penal sobre as condutas que são proibidas recai sobre o binômio punir/perdoar, o qual está situado em um momento posterior, pois a proibição da conduta já pode ser tomada como um dado, cabendo, a partir de então, delimitar o caminho a ser percorrido até a punição ou o perdão, que é justamente o processo penal.

Tanto pela relevância no direito penal material, como pelos intensos debates no plano internacional, redundando em frequentes mudanças legislativas e adoção de instrumentos de direito internacional como tratados e convenções, o presente trabalho

analisará os padrões processuais aplicáveis em específico à lavagem de capitais, tráfico de entorpecentes e terrorismo.

2.1 INCORPORAÇÃO AO PROCESSO PENAL PÁTRIO DE MATRIZES QUE FREIAM O PODER PUNITIVO

Os tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil não apresentam uma influência tão direta e imediata sobre o processo penal.

Em relação ao Brasil, se reconhece uma longa tradição de adesão aos instrumentos internacionais que afirmam os direitos humanos, tanto no sistema global de proteção dos direitos humanos, representado pelos instrumentos produzidos no âmbito da ONU, como no sistema interamericano. Desde a participação do Brasil na proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, destaca-se no Sistema ONU a adoção da Convenção sobre Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio (1948)⁶⁷; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966)⁶⁸; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984)⁶⁹; o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura (2002)⁷⁰; e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (2006)⁷¹. A seu turno, no sistema interamericano, destaca-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de San José da Costa Rica (1969)⁷²; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985)⁷³; e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte (1990)⁷⁴.

De plano, constata-se que a simples conclusão das convenções e tratados no plano internacional não representa sua imediata adoção no plano nacional. Há um processo de incorporação que exige a interação entre o Poder Legislativo e o Executivo: este envia o tratado àquele que delibera e, em algum momento, aprova o texto por meio de Decreto Legislativo, a partir de quando o Poder Executivo volta a atuar para

⁶⁷ Incorporado ao ordenamento nacional por meio do Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952.

⁶⁸ Incorporado ao ordenamento nacional por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

⁶⁹ Incorporado ao ordenamento nacional por meio do Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.

⁷⁰ Incorporado ao ordenamento nacional por meio do Decreto nº 6.085, de 19 de abril de 2007.

⁷¹ Incorporado ao ordenamento nacional por meio do Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016.

⁷² Incorporado ao ordenamento nacional por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

⁷³ Incorporado ao ordenamento nacional por meio do Decreto nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989.

⁷⁴ Incorporado ao ordenamento nacional por meio do Decreto nº 2.754, de 27 de agosto de 1998.

ratificação, no plano internacional, e edição de Decreto que promulga o tratado no plano nacional.

Tal procedimento, que exige o trabalho de diferentes Poderes, é fortemente influenciado pelas escolhas políticas do Estado no plano internacional; pelas vontades políticas dos Membros do Poder Legislativo, que devem debater um Projeto de Decreto Legislativo; e pela vontade política do Poder Executivo para editar o Decreto que promulga o tratado. Tais complexidades são somadas à burocracia natural da elaboração de um texto normativo. Assim, a princípio, deve-se esperar um prazo razoável entre a propositura de um Projeto de Decreto Legislativo, sua aprovação e a edição do Decreto que promulga o tratado. Contudo, especialmente diante da importância dos temas abordados em tratados internacionais, não é de se esperar uma demora excessiva que, a princípio, somente pode ser justificada pelas próprias escolhas políticas tomadas no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo.

Para aferir tais questões, optou-se por desenvolver uma tabela⁷⁵ expondo o tempo decorrido entre a propositura do Projeto de Decreto Legislativo e o Decreto que promulgou cada um dos oito tratados aqui mencionados como garantidores dos direitos humanos e de outros seis tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro⁷⁶, mas que se vinculam a um padrão de eficiência do processo penal.

Dos tratados em matérias de direitos humanos, cinco demoraram ao menos 5 anos entre a propositura do Projeto de Decreto Legislativo e a promulgação via Decreto. Destaca-se o caso do Pacto de San José da Costa Rica, cujo trâmite entre os dois marcos eleitos demorou 7 anos, 5 meses e 3 dias. Dos três tratados de direitos humanos restantes, dois demoraram ao menos 2 anos para o trâmite entre os dois marcos: o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura levou 2 anos, 5 meses e 2 dias e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura precisou de 3 anos, 6 meses e 23 dias. Uma rara exceção de celeridade no trâmite analisado foi da Convenção sobre a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, que demorou somente 1 ano, 9 meses

⁷⁵ A íntegra da tabela pode ser encontrada no tópico Anexo I, nos termos do sumário.

⁷⁶ Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional (Convenção de Washington); Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena); Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais; Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo); Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção; e Convenção sobre o Crime Cibernético (Convenção de Budapeste).

e 9 dias entre a propositura do Projeto de Decreto Legislativo e a promulgação por meio de Decreto.

Conformando um cenário totalmente diverso, dos seis tratados enquadrados no padrão de eficiência do processo penal, o que mais demorou para tramitar entre os marcos mencionados foi a Convenção sobre o Crime Cibernético (Convenção de Budapeste), que precisou de 1 ano, 9 meses e 25 dias – poucos dias a mais que o tratado de trâmite mais célere em matéria de direitos humanos. Destaca-se, ainda, o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), que levou apenas 6 meses e 8 dias da propositura do Projeto de Decreto Legislativo até a promulgação via Decreto.

Os dados apresentados escancaram a dificuldade enfrentada para que os tratados internacionais que afirmam direitos humanos sejam incorporados ao ordenamento, algo que pode ser constatado em termos absolutos, com trâmites frequentemente superiores a 5 anos, e relativos, quando em comparação com tratados internacionais que promovem um aumento na capacidade de punir condutas. Destaca-se que a análise até aqui realizada diz respeito tão somente à incorporação dos tratados, não se verificando a efetivação de suas disposições ou a concretização dos direitos afirmados.

Outra tendência que pode ser depreendida da tabela em anexo é que dos oito tratados com conteúdo de direitos humanos, cinco deles tiveram o Projeto de Decreto Legislativo proposto antes do paradigma constitucional atual. No entanto, somente a Convenção sobre a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio foi promulgado por meio de Decreto. É certo que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, o Pacto de San José da Costa Rica e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura tiveram seus respectivos Projetos de Decretos Legislativos propostos a partir de 1985, o que deixaria, em tese, pouco tempo para o trâmite até a promulgação por meio de Decreto, ao contrário da Convenção sobre a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, cujo Projeto de Decreto Legislativo é de 1950. Contudo, se estes quatro tratados fossem incorporados na mesma marcha que os seis tratados enquadrados como pertencentes a um padrão de eficiência do processo penal, todos eles teriam sido promulgados, gerando efeitos no plano interno, ainda antes da promulgação da Constituição de 1988. E mesmo a Convenção sobre a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, que poderia ser enquadrada como uma exceção ao

padrão identificado, também é subsumida ao grupo de tratados internacionais em direitos humanos que passa a produzir seus efeitos no ordenamento jurídico nacional durante a vigência de um Estado democrático, estabelecendo aqui mais uma correlação que, por mais evidente que possa parecer, encontra nesta análise uma demonstração prática da influência da existência de uma ordem democrática no interesse político em se recepcionar tratados de direitos humanos, promovendo sua concretização.

A análise dos aspectos cronológicos da incorporação formal ao ordenamento pátrio de tratados internacionais em matéria de direitos humanos que têm impacto sobre o campo processual, todavia, não é suficiente para descrever todo o fenômeno da relação entre a construção dos direitos humanos como uma linguagem comum universal e um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo. Os dados expostos são importantes, pois apresentam a demora para que os tratados internacionais citados sejam internalizados e demonstram desinteresse político em comparação com o processo de internalização dos tratados que implicam recrudescimento do poder punitivo e a adoção de um padrão de eficiência do processo penal. Entretanto, a análise aduzida diz respeito somente ao plano formal de interação entre os direitos humanos como linguagem comum universal e o processo penal pátrio.

O momento posterior é o de concretização desses direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos após sua incorporação ao ordenamento nacional. A avaliação sistemática da aplicação desses tratados para reconhecer direitos a réus em processos penais com base na jurisprudência se mostra inviável, pois, a princípio, qualquer juiz pode aplicar em qualquer decisão norma oriunda de tratado internacional incorporado ao ordenamento nacional. Ademais, tal análise, inexoravelmente, deixaria uma cifra oculta significativa, pois, ainda que se admitisse a viabilidade de uma compreensiva análise jurisprudencial sobre a aplicação das normas oriundas de tratados internacionais em matéria de direitos humanos, seria impossível identificar em quais casos estes tratados foram, por exemplo, alegados pelos réus e afastados pelos magistrados.

Mais ainda, tal análise perderia seu objeto, na medida que é impossível identificar e diferenciar, no caso concreto, a aplicação de direito reconhecido a partir de tratado internacional da aplicação de direito reconhecido a partir de preceitos do direito processual penal constitucional, pois muitas vezes, por exemplo, um direito pode não estar previsto de maneira expressa na Constituição e estar em algum tratado incorporado ao nosso ordenamento e, apesar disso, ainda ser depreendido a partir do corolário que

conforma cada um dos preceitos constitucionais aplicáveis ao processo penal. Portanto, percebe-se que tal estudo, em última análise, não promoveria um significativo ganho de compreensão dos assuntos que este trabalho pretende abordar.

Pelo exposto, para analisar a relação entre o padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo e a universalização dos direitos humanos após a incorporação dos tratados internacionais em matérias de direitos humanos ao ordenamento nacional, serão retomados os preceitos fundamentais de um padrão constitucional de processo, os quais serão comparados com as disposições específicas dos oito tratados internacionais em matéria de direitos humanos com aplicabilidade processual, apresentando-se, eventualmente, exemplos concretos de tal relação.

2.1.1 Convenção sobre a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio

A Convenção sobre a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio indica, de plano, uma tendência bastante representativa da antinomia fundamental da aplicação do direito penal. Na mesma medida em que se elegem valores fundamentais dignos de proteção, como é o caso da vida e da diversidade da humanidade como um todo no crime de genocídio, a ferramenta escolhida para realizar tal proteção é a violência estatal aplicada ao final de um processo penal. Delmas-Marty explica que “a relação entre direito penal e direitos humanos é uma relação ambígua que exprime uma tensão entre dois polos, às vezes antinômicos e às vezes confundidos” (2004c, p. 22).

Esta aparente antinomia no tratado ora analisado é identificada no seu artigo 5º, que estipula o compromisso de que os Estados que adiram à Convenção estabelecerão sanções penais aos culpados de genocídio. No caso em tela, a Convenção estabeleceu um conceito de genocídio que “se manteve durante longo tempo praticamente imutável no plano internacional e foi base para a configuração dessa espécie criminosa em inúmeras legislações nacionais” (DISSENHA, 2015, p. 105-106).

Este tipo de dispositivo é comum em tratados de direitos humanos, a exemplo de tratados que preveem direitos de mulheres e idosos e, na mesma medida em que afirmam os direitos destes grupos, defendem mandados de criminalização. Exemplificativamente, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), incorporada ao ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto nº 1.973/1996, em seu artigo 7º, alínea c, prevê que os Estados Partes se empenharão para “incorporar na sua legislação interna normas

penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher”. No mesmo sentido, a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos⁷⁷ estipula em seu artigo 12, alínea d, que os Estados Parte deverão estabelecer normas “para que os responsáveis e o pessoal de serviços de cuidado de longo prazo respondam administrativa, civil e/ou penalmente pelos atos que pratiquem em detrimento do idoso, conforme o caso”.

Não se está a criticar a iniciativa de imposição de sanções àqueles que violam os direitos dos idosos, mulheres ou que praticam genocídio. Tão somente se destaca que caberá justamente ao processo penal garantir que o caminho até a aplicação da sanção penal não gere uma instrumentalização do réu para que se realize o fim político de, por exemplo, proteger os direitos de um grupo específico. Em tese, assim como é possível perceber o recrudescimento do exercício do poder punitivo sobre delitos econômicos e a corrupção, que passam a ser objetivos políticos a serem realizados dentro do processo sob o escopo de um padrão processual de eficiência, também pode ser possível vislumbrar este mesmo fenômeno para combater a prática de genocídio, ou assegurar os direitos das mulheres.

É evidente que, quando se fala em instrumentalização do processo para o combate à corrupção, há o envolvimento profundo de interesses econômicos que se imiscuem com o fenômeno da globalização e impactam profundamente o nível e a dimensão do uso político do processo penal. Diversamente, o mesmo interesse político não se repetiria no combate a violações contra um grupo que já é marginalizado e alvo de violências nas práticas sociais, como é o caso de mulheres, idosos e grupos nacionais, étnicos e religiosos, conforme previsto no artigo 1º da Convenção sobre a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio. Ainda assim, são aplicáveis os conceitos anteriormente apresentados, no sentido de que não há um sistema processual penal que exercite de maneira pura um padrão processual penal, seja ele controle ou eficiência do exercício do poder punitivo. Em espécie, a síntese a ser encontrada é a aceitação de seleção de condutas a serem sancionadas, conformando o binômio proibir/justificar, com a garantia de que o exercício do poder punitivo será à luz de um

⁷⁷ Esta Convenção, em particular, é mais um exemplo da demora na incorporação ao plano nacional de normas garantidoras dos direitos humanos. Concluída no âmbito internacional em 15 de junho de 2015, teve o Projeto de Decreto Legislativo proposto em 06 de dezembro de 2017, sob o nº 863/2017, e ainda não teve sua tramitação concluída no âmbito do Poder Legislativo.

processo penal constitucional que tem como premissa a garantia dos direitos do indivíduo processado, não a realização de um fim político outro.

Voltando ao texto da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, um aspecto propriamente processual sobre o qual ela dispõe é o julgamento daqueles acusados de genocídio. O artigo 6º da Convenção estipula: “As pessoas acusadas de genocídio [...] serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido [...]”. Ou seja, consagra-se a garantia da jurisdicionalidade e, em especial, conforme disposto por Binder, a do juiz natural e a vedação aos juízos de exceção. O objetivo disso é “evitar toda possível manipulação política do julgamento e lograr que esse julgamento seja verdadeiramente imparcial”⁷⁸ (1999, p. 142).

Tal preocupação ganha especial relevo em se tratando da eventual imputação de um crime de genocídio, que possui forte carga política. Neste sentido, Luc Côté destaca como na experiência dos Tribunais Penais Internacionais para Ruanda, ex-Iugoslávia e Serra Leoa foi concedida “ao Promotor larga discricionariedade no que se refere quais investigações começar e quais indivíduos acusar”^{79,80} (CÔTÉ, 2005 p. 165) e, ainda que tal discricionariedade fosse submetida a alguns critérios mais “objetivos e neutros, como a gravidade do crime, a qualidade e suficiência de evidências ou a limitação de recursos”⁸¹ (CÔTÉ, 2005 p. 169), também foi possível constatar fortes influências políticas sobre os critérios de seleção dos acusados e casos a serem perseguidos. Em certo ponto, inclusive, buscou-se promover os casos que, politicamente, dariam mais respaldo para a manutenção da Corte do que aqueles que fossem efetivamente os mais graves do ponto de vista de violação de direitos: “a decisão de acusá-los [os suspeitos] não foi baseada somente nas provas disponíveis, mas também em considerações políticas indiscutivelmente legítimas sobre o mandato da

⁷⁸ Tradução nossa do original: “evitar toda posible manipulación política del juicio y lograr que ese juicio sea verdaderamente imparcial”.

⁷⁹ Ainda que a palavra original empregada por Luc Côté tenha sido *indict*, optou-se pela tradução *acusar*, que, entende-se, descreve de maneira mais precisa o momento processual, sem vincular à ideia de oferecimento de denúncia existente no processo penal brasileiro.

⁸⁰ Tradução nossa do original: “the Prosecutor with broad discretion regarding which investigations to begin and which individuals to indict”.

⁸¹ Tradução nossa do original: “more objective and neutral, such as the gravity of the crime, the quality and sufficiency of the evidence or the limited resources”.

justiça criminal internacional e a sobrevivência das novas instituições jurídicas”⁸² (CÔTÉ, 2005 p. 169-170).

Tem-se que é de difícil visualização a implementação prática de tal garantia no processo penal brasileiro no período que sucedeu a promulgação da Convenção ora analisada, em especial até a promulgação da Constituição de 1988, que afirmou as garantias da jurisdicionalidade e do juiz natural no artigo 5º, incisos LIII e LIV. Ainda que houvesse previsão formal de tal garantia nas Constituições de 1946⁸³ e de 1964⁸⁴, não se percebe que tenha ocorrido uma efetiva influência do tratado em direitos humanos incorporado ao ordenamento na construção de uma cultura de respeito aos direitos humanos no processo penal consubstanciado pelo respeito à jurisdicionalidade e ao juiz natural. Não se pode olvidar que, durante a vigência de tal Convenção, o Brasil esteve submetido a regime ditatorial notabilizado por aparatos paralelos de poder que aplicavam a violência estatal de maneira ilegítima e descontrolada em seus porões.

Em que pese a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio tenha estipulado estas garantias em específico para o processamento dos crimes de genocídio, pertinente lembrar que a leitura de normas que dispõem sobre direitos humanos sempre deve ser feita extensivamente.

Por derradeiro, o mesmo artigo 6º supracitado, em sua segunda parte, estipula a hipótese de julgamento daqueles que são acusados do delito de genocídio por um Tribunal Penal Internacional (“ou pela Corte Penal Internacional competente com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição”). À época, ainda não havia previsão do Tribunal Penal Internacional (TPI), nos termos do Estatuto de Roma, mas a memória recente dos Tribunais Penais Internacionais de Nuremberg e Tóquio deve ter influenciado a redação apresentada. Como o objetivo do presente trabalho é a análise da relação entre o processo penal interno em relação à afirmação no plano internacional de direitos humanos universais e da internacionalização do poder punitivo, não se aprofunda na análise do dispositivo. Ainda assim, é importante mencionar, para evitar confusões, que o excerto destacado não é uma norma de acesso

⁸² Tradução nossa do original: “the decision to indict them was not based only on the evidence available, but also on arguably legitimate political considerations about the mandate of international criminal justice and the survival of the new judicial institutions”.

⁸³ Artigo 141, §20º: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei”.

⁸⁴ Artigo 150, §12º: “Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal.”.

direto ao TPI, uma vez que a atração de sua jurisdição é regida pelo princípio da complementariedade⁸⁵.

2.1.2 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

Por sua vez, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos assegura um feixe bastante amplo de direitos. Dentre aqueles que oferecem influência direta sobre o processo penal, destaca-se, inicialmente, o disposto no artigo 6º do Pacto. O dispositivo citado aborda a pena de morte e apresenta um distinto mecanismo interpretativo. Exige-se que tal sanção seja aplicada somente “em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente”, consagrando as noções de presunção de inocência, jurisdicionalidade e juiz natural, as quais têm respaldo em nossa Constituição. Ademais, no §4º do referido dispositivo, há uma ampliação das garantias do indivíduo em relação ao que está previsto em nossa Constituição, já que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estipula que “qualquer condenado à morte terá o direito de pedir indulto ou comutação da pena. A anistia, o indulto ou a comutação da pena poderão ser concedidos em todos os casos”. A Constituição, contudo, tão somente prevê que a pena de morte somente poderá ser aplicada em caso de guerra declarada (artigo 5º, XLVII, alínea a). Por fim, o §6º do artigo ora analisado do Pacto estipula um mandamento interpretativo, no sentido de que suas disposições não podem ser interpretadas no sentido de impedir a abolição da pena de morte, ou seja, em um sentido que permita recrudescimento ou afirmação do exercício do poder punitivo estatal. A análise sobre tais pontos pode somente ser feita no plano teórico, pois não houve no Brasil, durante a vigência da Constituição de 1988, período de guerra declarada apto a permitir a aplicação da pena de morte (artigo 84, XIX da Constituição).

Sobre a questão da restrição à pena de morte, cabe destacar mais uma vez a dificuldade na incorporação de tratados internacionais que representam a universalização dos direitos humanos. Em espécie, ainda que o Brasil tenha incorporado ao seu ordenamento o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (após mais de seis anos de tramitação), o mesmo não ocorreu com seu Segundo Protocolo Facultativo

⁸⁵ O artigo 1º do Estatuto de Roma, incorporado ao ordenamento nacional por meio do Decreto nº 4.388/2002 dispõe que “[...] O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e **será complementar às jurisdições penais nacionais**. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto”. (Grifo nosso.)

Ao Pacto Internacional Sobre Direitos Civis E Políticos Com Vistas À Abolição Da Pena De Morte, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 15 de dezembro de 1989, tendo havido, porém, o Projeto de Decreto Legislativo apresentado 31 de maio de 2006, sob o nº 2.253/2006. O trâmite foi concluído no âmbito do Poder Legislativo em 17 de junho de 2009, com a promulgação do Decreto Legislativo nº 311/2009. Contudo, até a conclusão do presente trabalho não houve a promulgação via Decreto que permitisse a produção dos efeitos do tratado no plano jurídico nacional.

Destaca-se agora o disposto no artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que abole a submissão à tortura ou a aplicação de tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes. É de fácil observação que tal dispositivo encontra respaldo no artigo 5º, incisos III e XLVII da Constituição. Contudo, em especial no que se refere à vedação à aplicação de penas desumanas ou degradantes, não é possível afirmar que o Pacto gerou um profundo impacto no ordenamento jurídico nacional. No Brasil, a degradação das condições impostas àqueles sujeitos ao cárcere é histórica, constatada, por exemplo, pelo relatório de 1976 da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) sobre a situação penitenciária do país⁸⁶ e pelos relatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) da Câmara Federal, elaborados em 1993⁸⁷, 2008⁸⁸ e 2015⁸⁹, que também tiveram por objeto o sistema penitenciário brasileiro⁹⁰. Neste mesmo contexto, ainda em 2015, foi proferida paradigmática decisão no âmbito da ADPF 347/DF⁹¹, que reconheceu que o sistema carcerário nacional consubstancia um estado de coisa inconstitucional.

Para ilustrar o que se afirmou, o relatório da CPI de 2008 apresentou a situação de superlotação carcerária que tem por consequência direta “insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens

⁸⁶ BRASIL. Congresso. Comissão Parlamentar de Inquérito. Relatório Final da CPI destinada a investigar a situação do sistema penitenciário brasileiro. Diários da Câmara dos Deputados, Brasília, n. 61 (suplemento), 4 jun. 1976.

⁸⁷ BRASIL. Congresso. Comissão Parlamentar de Inquérito. Relatório Final da CPI destinada a investigar a situação do sistema penitenciário brasileiro. Diários da Câmara dos Deputados, Brasília, n. 57 (suplemento), 19 abr. 1994.

⁸⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar; n. 384).

⁸⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro. – Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. 434 p.

⁹⁰ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/507945-quatro-cpis-ja-investigaram-o-sistema-penitenciario-brasileiro/>>.

⁹¹ ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016

amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário” (2008, p. 247). Não houve mudança substancial em tal cenário nos anos subsequentes aos trabalhos da Comissão. Tanto é assim que o relatório da CPI de 2015 traz o depoimento do Presidente da Federação Sindical Nacional dos Servidores Penitenciários (FENASPEN), que relatou em 2008 que a CPI iria constatar no Estado do Mato Grosso do Sul presos sendo mantidos junto de porcos e que “a realidade do sistema penitenciário da última CPI para esta não mudou, entretanto ela surtiu efeito, pois o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) passou a atuar mais dentro do sistema penitenciário” (2015, p. 86). Ou seja, além da ausência de mudança do quadro fático de violações às garantias individuais mais básicas, as medidas institucionais adotadas entre 2008 e 2015 foram ineficientes na resolução do problema.

Neste ponto, percebe-se situação similar com o relatado sobre a adoção do Segundo Protocolo Adicional ao Pacto. Se há uma disposição sobre a vedação a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (a qual é sistematicamente desrespeitada, pois aqueles submetidos ao sistema carcerário brasileiro vivem exatamente as condições proscritas no Pacto), então deveria haver, dentro do Pacto, um mecanismo de controle e concretização daquilo que foi avençado no plano internacional. Todavia, o dispositivo que operacionaliza tal possibilidade de reclamação individual de desrespeito ao Pacto está previsto no seu Primeiro Protocolo Adicional, aprovado na Assembleia Geral das Nações Unidas em 23 de março de 1976. Tal documento, contudo, também já cumpriu seu trâmite no Poder Legislativo (Decreto Legislativo nº 311/2009), mas, assim como o outro Protocolo Adicional anteriormente abordado, ainda não houve edição do Decreto que promulga o tratado, impedindo a produção de efeitos no plano nacional.

Neste momento, apresenta-se o dispositivo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que, talvez, seja aquele que possui o maior conteúdo processual penal. Em seu artigo 9º, §3º, consta a seguinte previsão:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

A primeira metade da norma apresentada, de maneira inequívoca, assegura o direito àquilo que posteriormente se consagrou em nosso processo penal como sendo a audiência de custódia. Antes de mais nada, é importante repisar que esta norma, com esta exata previsão de apresentação sem demora do preso ao juiz, vige em nosso ordenamento desde 6 de julho de 1992. Contudo, a regulamentação desta apresentação do preso ao juiz somente ocorreu com as alterações promovidas no artigo 310 do Código de Processo Penal pela Lei nº 13.694/2019, ou seja, quase trinta anos depois para que um direito com previsão formal em nosso ordenamento fosse suficientemente regulamentado a ponto de ser concretizado.

Antes disso, somente havia uma previsão da possibilidade de o juiz determinar a apresentação do preso em casos de prisão temporária (artigo 2º, §3º da Lei nº 7.960/1989), que era uma medida facultativa e que “transformou-se em letra inoperante e não ajudou a diminuir o hiato entre a prática inquisitiva e a construção de uma nova e desejada moldura acusatória” (CHOUKR, 2014, p. 2), e também o disposto no artigo 656 do Código de Processo Penal, segundo o qual o juiz também pode determinar a apresentação do paciente de *habeas corpus* que se encontre preso, mas algo que padece do mesmo vício apontado com relação ao artigo 2º, §3º da Lei nº 7.960/1989.

Neste intervalo ainda houve o Projeto de Lei (PL) nº 554/2011, que buscava disciplinar o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao juiz em até 24 horas. Destaca-se que, em suas justificativas, o autor do Projeto, Senador Antonio Carlos Valadares (PSB/SE), mencionou a adesão do Brasil ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e ao Pacto de San José da Costa Rica, dois tratados internacionais em direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico nacional com disposições similares sobre o tema ora analisado⁹². Ainda assim, o referido PL não concluiu sua tramitação no Legislativo e nunca virou Lei. Sempre importante lembrar, entretanto, que a previsão da primeira parte do artigo 9º, §3º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos tem autoaplicabilidade: “o direito reconhecido por tratados internacionais de direitos humanos não necessit[a] de regulamentação” (MASI, 2015, p. 14).

⁹² Consta do texto inicial do Projeto de Lei nº 554/2011 a seguinte justificação: “Ressalte-se, todavia, que o Brasil é signatário do Pacto de Direitos Civis e Políticos, promulgado por meio do Decreto no 592, de 6 de julho de 1992, que reconhece a todos os membros da família humana direitos iguais e inalienáveis, constituindo a dignidade humana o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Nesse contexto, o item 3 do artigo 9 do referido Pacto, estabelece que [...]”. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>.

Contudo, somente com a Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça passou a haver previsão a nível nacional da obrigação de que o preso fosse apresentado em até vinte e quatro horas ao juiz, o que passou a constar expressamente no Código de Processo Penal somente com as alterações promovidas pela Lei nº 13.694/2019. Desde então, “entre os meses de fevereiro de 2015 e fevereiro de 2021, pelo menos 758 mil audiências de custódia foram realizadas” (CNJ, 2021, p. 37), de sorte que o resultado concreto atingido foi uma redução da porcentagem de presos provisórios em nosso sistema carcerário na seguinte proporção: “Em dezembro de 2014, 40,1% das pessoas no sistema prisional eram presas provisórias. Em 6 anos, esse número caiu para 29,75%. A audiência de custódia pode ser apontada como um dos fatores que contribuíram para essa redução” (CNJ, 2021, p. 37).

Não se pretende maior aprofundamento na efetividade presente da implementação das audiências de custódia, bastando para os fins do presente trabalho a constatação de sua efetividade em promover um processo penal orientado à concretização dos direitos do indivíduo, nos moldes de um padrão de controle do exercício do poder punitivo. Esta constatação é acompanhada pela conclusão de que a realização deste direito na realidade jurídica brasileira demorou 44 anos desde sua afirmação no plano internacional, com a conclusão do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em dezembro de 1966 e 22 anos desde o início da vigência da norma que passou a prever o direito ora analisado no ordenamento jurídico nacional.

A respeito da segunda parte do artigo 9º, §3º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que dispõe sobre a excepcionalidade da prisão preventiva, percebe-se mais uma situação na qual o ordenamento processual pátrio falhou na concretização de direitos previstos em tratados internacionais de direitos humanos já incorporados, cujas disposições estão vigentes e oferecem aplicabilidade imediata por qualquer magistrado em território nacional – e, analogamente, passíveis de serem invocados por qualquer réu ou investigado.

Antes que se aborde propriamente o regime das cautelares pessoais, é preciso ressaltar um aspecto quase que retórico de nosso sistema, mas extremamente representativo da cultura processual vigente: mesmo após as reformas no Código de Processo Penal promovidas pela Lei nº 12.404/2011, o *nomen iuris* da medida a ser adotada pelo magistrado em audiência de custódia ao constatar não ser caso de relaxamento da prisão ilegal ou conversão em prisão preventiva é a concessão de

liberdade *provisória*. Ou seja, um caráter precário de liberdade, indo de encontro à noção de que ela deveria ser a regra e não a exceção.

De toda sorte, o sistema existente de cautelares pessoais no Código de Processo Penal antes das alterações promovidas no Código de Processo Penal pela Lei nº 12.404/2011 era bastante pobre. Bottini afirma que “a redação anterior do Código apresentava ao magistrado uma *mediocre dicotomia* no campo das *cautelares processuais*” (2013, p. 265)⁹³. Isso se devia ao fato de que o magistrado, diante da prisão em flagrante do investigado, tinha somente duas opções expressamente previstas em Lei: decretar a prisão preventiva ou conceder a liberdade provisória. Neste sistema, por mais que a liberdade devesse ser a regra independentemente da existência ou não de cautelares pessoais intermediárias, verificava-se que a única forma de acautelar a ordem pública era a decretação da prisão preventiva, o que tinha por consequência a prisão de investigados que poderiam ser mantidos em liberdade mediante a imposição de cautelares outras, que ainda não tinham sido incorporadas ao sistema. Bottini destaca ainda a tentativa de juízes de aplicarem cautelares diversas da prisão sem expressa previsão legal, “como a retenção de passaportes ou a proibição de frequência a determinados lugares, mas a aplicação destas cautelares inominadas sempre foi polêmica e cercada de suspeitas sobre sua legalidade” (2013, p. 265).

As alterações neste cenário começaram, em realidade, quando, em 12 de março de 2001, foi apresentado o PL nº 4.208/2001, que, ao final de seu trâmite, foi convertido na Lei nº 12.403/2011. Apesar dos dez anos de tramitação para que houvesse uma alteração legislativa que promovesse alterações no Código de Processo Penal no sentido de concretizar direitos individuais, percebe-se que o PL citado menciona como inspirações, para as mudanças propostas, legislações estrangeiras, da Itália e de Portugal⁹⁴, sem mencionar o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, vigente à época das discussões e que apresentava previsão específica sobre o tema. Ainda que haja no PL menção expressa ao artigo 5º LVII da Constituição, que compõe um preceito fundamental de um processo penal constitucional ao consagrar a presunção de inocência, percebe-se uma flagrante negligência com os direitos incorporados ao ordenamento pátrio a partir dos tratados internacionais em direitos humanos. No início

⁹³ Grifo nosso.

⁹⁴ No Diário da Câmara dos Deputados de 30 de março de 2001, na p. 9542, consta no corpo da justificativa do PL apresentado o seguinte trecho: “As novas disposições pretendem ainda proceder ao ajuste do sistema às exigências constitucionais atinentes à prisão e à liberdade provisória e colocá-lo em consonância com modernas legislações estrangeiras, como as da Itália e de Portugal”.

das discussões do PL, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos já estava há quase 10 anos totalmente vigente no direito brasileiro e sequer foi mencionado nas discussões, mesmo tendo previsão expressa sobre a matéria em questão.

Foram necessários ainda mais 10 anos de tramitação legislativa até que o Código de Processo Penal fosse alterado, incluindo as medidas cautelares diversas da prisão previstas nos incisos do artigo 319⁹⁵ do supracitado diploma legislativo. Apesar do descaso com os direitos afirmados em tratados internacionais em matéria de direitos humanos, as alterações promovidas serviram para concretizar a excepcionalidade da prisão preventiva prevista no artigo 9, §3º do Decreto nº 592/1992 (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos).

Bottini ainda destaca que a estruturação de um sistema de medidas cautelares diversas da prisão com mais possibilidades, as quais são aplicadas de acordo com um critério de progressividade, é um melhor acautelador do processo, “porque surge um novo rol de medidas de resguardo à ordem dos trabalhos” (2013, p. 265), dos réus, “porque a prisão cautelar, ato de extrema violência, será a extrema e última opção” (2013, p. 265) e da sociedade, pois “a redução da prisão cautelar significa o desencarceramento de cidadãos sem condenação definitiva, que eram submetidos desde o início do processo ao contato nefasto com o submundo de valores criados pela cultura da prisão” (2013, p. 265).

⁹⁵ O artigo 319 do Código de Processo Penal prevê as seguintes medidas cautelares diversas da prisão:
art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

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

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

O artigo 11 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ainda dispõe que “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”. Esta proscrição à prisão civil será abordada oportunamente durante a análise dos dispositivos do Pacto de San José da Costa Rica.

Por derradeiro, cabe apresentar o artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que contém um amplo rol de garantias individuais aplicáveis ao processo penal. Em seu primeiro parágrafo, são afirmadas as garantias da jurisdicionalidade, do juiz natural e imparcialidade. De plano, cabe notar que a imparcialidade, por mais que fundamental que seja, não é uma garantia expressa na Constituição, podendo ser alcançada somente de maneira implícita. Assim, sua expressa afirmação em norma à qual se confere hierarquia supralegal tem especial importância. O parágrafo segundo do artigo ora analisado afirma a presunção de inocência.

O parágrafo terceiro apresenta um rol próprio de garantias processuais penais. Assegura-se o direito do acusado de ser informado da acusação que pende contra ele, algo que pode ser depreendido a partir da noção de ampla defesa. Nesta mesma linha, afirmam-se outros feixes da garantia da ampla defesa, como o direito de defesa material (BINDER, 1999, p.156) de ser ouvido e de se manifestar no curso do processo, podendo também “intervir em todos os atos do processo, [...] apresentar prova e [...] examinar e controlar a prova” (BINDER, 1999, p.157). O exercício de todas essas atividades no curso do processo se realiza por meio da defesa técnica, outra garantia prevista no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que afirma também a designação gratuita de defensor àqueles que não possuem condições de constituírem um particular. Por fim, também são assegurados os direitos à razoável duração do processo e à não autoincriminação.

2.1.3 Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e seu Protocolo Facultativo

A Convenção ora analisada enfrenta a mesma relação de ambivalência entre a proteção dos direitos humanos e a violação destes como consequência do uso da violência estatal por meio da aplicação de uma sanção penal para protegê-los. Em espécie, o artigo 4º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e seu Protocolo Facultativo estipula que “cada

Estado Parte assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal”.

Evita-se abordar os mesmos pontos que os anteriormente abordados, mas é importante salientar que o mandado de criminalização de condutas que se enquadrem sob a definição apresentada de tortura apresenta a ambiguidade da relação entre direitos humanos e sua proteção por meio do direito penal de maneira ainda mais pungente, pois se a consequência da tortura é o encarceramento, então aquele que é condenado pela prática de tortura, à luz das condições do sistema carcerário brasileiro, é posto em situação de vulnerabilidade para ser ele próprio vítima de tortura.

O relatório da CPI sobre o sistema carcerário de 2008 afirma que “o sistema carcerário nacional é, seguramente, um campo de torturas psicológicas e físicas. Do ponto de vista psicológico, a tortura é ampla, de massa e quase irrestrita” (2008, p. 270). Constatou-se que “a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário” (2008, p. 270) e que, em 2007, 422.590 pessoas compunham a população carcerária, enquanto o sistema carcerário possuía somente 275.194 vagas (2008, p. 70-71). O problema da superlotação no sistema carcerário foi novamente registrado no relatório da CPI do sistema carcerário de 2015, que afirmou haver 607.731 presos e somente 376.669 vagas, conformando um déficit de 231.062 vagas (2015, p. 8).

Ao apresentar em seu relatório conclusões e propostas para melhorar o cenário verificado, a CPI de 2015 afirmou que a audiência de custódia “foi apontada como uma importante ferramenta para reduzir o número de prisões preventivas desnecessárias” (2015, p. 176). Assim, de maneira imediata as audiências de custódia reduzem o número de pessoas potencialmente expostas à tortura por impedir que pessoas sejam encarceradas. Indiretamente, há uma minoração no problema da superlotação.

A audiência de custódia possui ainda um papel mais importante na prevenção da tortura, pois trata do momento processual específico para o preso ser apresentado perante o juiz e relatar se sofreu violência policial ou foi vítima de tortura no momento da prisão ou enquanto aguardava a audiência de custódia. Ainda que não seja possível traçar uma linha direta entre a Convenção aqui mencionada e o desenvolvimento da audiência de custódia no processo penal brasileiro, é possível afirmar que esta medida concretiza e amplia o impacto da garantia constitucional de vedação à tortura, promovendo, simultaneamente, o disposto no artigo 11 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Ainda assim, é mais uma situação na qual se constata a baixa permeabilidade no processo penal das

disposições de tratados internacionais em matéria de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico nacional.

Por fim, sem deslusto ao trabalho apresentado pelas CPIs do sistema carcerário, salta aos olhos o fato de que nenhum dos três relatórios produzidos durante o atual paradigma constitucional (1993, 2008⁹⁶ e 2015) sequer menciona a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes ou seu Protocolo Facultativo. Cabe destacar que ao menos a Convenção já havia sido incorporada ao ordenamento pátrio e produzia seus efeitos durante a elaboração dos três relatórios, nos termos do Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Não é possível ignorar que uma CPI que aborda a situação do sistema carcerário nacional, com frequentes relatórios de tortura ocorrendo em estabelecimentos mantidos pelo Estado, tem relação estrita com a Convenção ora analisada. Assim, mais uma vez é possível constatar a dificuldade de penetração dos instrumentos de direito internacional em matéria de direitos humanos na realidade do processo penal. Mesmo após superar a dificuldade do processo de incorporação, que no caso da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, durou exatos 5 anos, ela ainda não é levada em conta como instrumento normativo digno de ser citado em extensos relatórios que investigam uma situação que é expressamente regulada por seus dispositivos.

Assim, por mais que haja esforços em se desenvolver um processo penal que incorpore o padrão de controle do exercício do poder punitivo, na medida em que se busca eliminar a tortura durante a aplicação de pena ou no curso do processo na forma de prisões preventivas descabidas, afirma-se que tais movimentos não são capitaneados pelos direitos humanos reconhecidos em nosso ordenamento por meio da incorporação dos tratados em direitos humanos.

2.1.4 Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado

⁹⁶ O Relatório da CPI de 2008 ainda faz menção a alguns outros documentos de direito internacional em matéria de direitos humanos, como foi o caso dos “Princípios de Ética Médica aplicáveis à função do pessoal de saúde, especialmente aos médicos, na proteção de prisioneiros ou detidos, contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas cruéis, desumanos ou degradantes” (p. 206). Também foram mencionadas as Regras de Mandela para o Tratamento de Reclusos, documento que dispõe sobre os direitos mínimos garantidos a pessoas reclusas.

Esta Convenção também traz em seu bojo mandado de incriminação aos Estados que a ela adiram, com o objetivo de coibir a prática do desaparecimento forçado. Cabe reiterar que não se questiona a necessidade de incriminação de certas condutas, já que violadoras dos direitos fundamentais, apenas com a ressalva que este emprego do poder punitivo no âmbito estatal não represente outra violação intolerável dos direitos humanos.

No caso específico, o Brasil se encontra em mora com tal obrigação legislativa, pois não há previsão específica em nosso ordenamento para o crime de desaparecimento forçado. Até há a previsão do desaparecimento forçado de pessoas como uma das formas de cometimento de crimes contra a humanidade, nos termos do artigo 7(1)(i) do Estatuto de Roma, incorporado ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto nº 4.388/2002, mas se trata somente de uma hipótese de conduta sobre a qual o TPI pode eventualmente exercer sua jurisdição, não havendo regulamentação específica sobre o tema na forma de um tipo penal no direito pátrio. Ademais, o Estado Brasileiro já foi condenado⁹⁷ pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a suprir tal mora nas disposições finais da sentença proferida do Caso Gomes Lund E Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil⁹⁸. Demais influências específicas dos instrumentos regionais de proteção aos direitos humanos serão oportunamente abordadas neste trabalho.

Em outro dispositivo da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado nota-se passagem bastante representativa da universalização dos direitos humanos como uma linguagem comum de proteção de valores fundamentais. Tal afirmação decorre do disposto no artigo 5º da Convenção, que especifica que “a prática generalizada ou sistemática de desaparecimento forçado constitui crime contra a humanidade”. Nota-se, portanto, a ideia de valores universais passíveis de serem violados pela prática sistemática de desaparecimento forçado.

Uma disposição bastante relevante da Convenção aqui estudada diz respeito às medidas a serem implementadas pelo Estado Parte para evitar o desaparecimento

⁹⁷ O parágrafo 15º das disposições finais da referida decisão traz a seguinte redação: “O Estado deve adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, nos termos do estabelecido no parágrafo 287 da presente Sentença. Enquanto cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno”.

⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Execuções preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24-11-2010.

forçado. Há grande relevância histórica em relação a esta preocupação em um país como o Brasil, em especial quando se têm em mente os desaparecimentos forçados ocorridos durante a ditadura (1964-1988)⁹⁹. Atualmente, na vigência de um paradigma constitucional democrático, busca-se evitar o desaparecimento forçado de pessoas por meio de detenções ilegais em centros não oficiais no plano individual, em oposição ao plano sistemático do desaparecimento forçado anteriormente constatado. Para tanto, importantes ferramentas são o auto de prisão em flagrante e a nota de culpa. Não há no Código de Processo Penal disposições específicas sobre quais informações devem constar nestes documentos. À exceção do previsto nos artigos 304, 305 e 306 do referido diploma legislativo, não há uniformização a nível nacional acerca de quais informações a Autoridade Policial deve neles fazer constar. Assim, neste ponto, importante seria a conformação do processo penal brasileiro no sentido de ampliar a dimensão na qual estes direitos individuais são concretizados durante o trâmite processual e investigatório. Para tanto, bastaria a implementação prática de disposição já formalmente vigente, qual seja, o artigo 17, §3º e alíneas da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, com a seguinte redação:

Artigo 17

[...]

3. O Estado Parte assegurará a compilação e a manutenção de um ou mais registros oficiais e/ou prontuários atualizados de pessoas privadas de liberdade, os quais serão prontamente postos à disposição, mediante solicitação, de qualquer autoridade judicial ou de qualquer outra autoridade ou instituição competente, ao amparo do direito interno ou de qualquer instrumento jurídico internacional relevante de que o Estado Parte seja parte. Essa informação conterá, ao menos:

- a) A identidade da pessoa privada de liberdade;
- b) A data, a hora e o local onde a pessoa foi privada de liberdade e a identidade da autoridade que procedeu à privação de liberdade;
- c) A autoridade que ordenou a privação de liberdade e os motivos por ela invocados;
- d) A autoridade que controla a privação de liberdade;
- e) O local de privação de liberdade, data e hora de admissão e autoridade responsável por este local;
- f) Dados relativos à integridade física da pessoa privada de liberdade;
- g) Em caso de falecimento durante a privação de liberdade, as circunstâncias e a causa do falecimento e o destino dado aos restos mortais; e
- h) A data e o local de soltura ou transferência para outro local de detenção, o destino e a autoridade responsável pela transferência.

⁹⁹ Refere-se à lista de 434 mortos ou desaparecidos políticos entre 1946 e 1988 apresentada no Relatório da Comissão Nacional da Verdade, Volume III, 2014.

Mais uma vez, percebe-se que, mesmo formalmente vigente no ordenamento nacional desde 11 de maio de 2016, a disposição da Convenção garantidora de direitos aplicáveis de maneira imediata ao processo penal não é concretizada na prática forense.

2.1.5 Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

O Pacto de San José da Costa Rica é o tratado de direito internacional com maiores impactos para o presente trabalho. Tal fato se deve à extensão do rol de direitos nele previsto, que não se limita, por exemplo, a abordar somente os que são classificados como civis e políticos. Ademais, por se tratar de um instrumento regional de proteção de direitos humanos e mais recente que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, percebe-se maior proximidade à realidade brasileira para sua aplicação e maior lembrança de sua existência, de sorte que sua menção é mais comum nos projetos legislativos, artigos e relatórios. Ademais, sua concretização ganha maior destaque em decorrência de instâncias de controle próprias no que se refere às suas disposições, de sorte que se verifica a existência de um órgão consultivo e de um jurisdicional com competência para condenar os Estados Parte em demandas propostas por particulares.

A existência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁰⁰ e seus respectivos mecanismos de provimento de tutela são o maior exemplo da superação da noção clássica de soberania estatal em prol de uma linguagem comum de direitos humanos universalmente reconhecidos, os quais colocam os interesses e as garantias dos indivíduos em posição de destaque, podendo ser opostos por particulares em espaços normativos fora do controle do Estado, mas que podem sujeitá-lo. Apesar dessa indiscutível relevância teórica e prática, não se pode apresentar o Pacto de San José da Costa Rica como a receita para a concretização até a máxima potência dos direitos nele previstos. Em especial no que se refere à irradiação destes direitos humanos ao processo penal que privilegia o padrão de controle do exercício do poder punitivo, ainda há muito o que ser feito – e aquilo que já foi

¹⁰⁰ No curso deste título, serão citados diversos casos consultados ao longo da elaboração do trabalho. Cumpre explicar, contudo, que a seleção dos casos foi, em grande parte, conduzida com base no livro BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos: anotada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Supremo Tribunal Federal. - 2. ed. - Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022.

implementado e conquistado não foi alcançado de maneira simples ou por meio de ágeis mudanças.

Já no artigo 4º do Pacto de San José da Costa Rica, assegura-se o direito à vida. Com relação ao processo penal, as disposições mais relevantes dizem respeito a garantias processuais penais específicas para as hipóteses de aplicação da pena de morte. Como no Brasil este tipo de pena somente pode ser aplicado em caso de guerra declarada, a análise da aplicabilidade concreta e influência destas previsões na construção de um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo resta limitada.

O artigo 5º do Pacto consagra a integridade pessoal. Neste ponto, repete-se a vedação à tortura e à penas ou tratamentos cruéis. Uma dimensão interessante conferida pela CIDH a esse direito foi no Caso Acosta e outros vs. Nicarágua¹⁰¹, que reconheceu violação à dimensão psíquica da integridade pessoal da requerente em decorrência do homicídio de seu esposo, que ficou sem investigação adequada e teve, no âmbito do procedimento que buscava investigar o delito, uma falsa imputação¹⁰². Ainda que a condenação em questão não tenha ocorrido em desfavor do Estado brasileiro, trata-se de uma dimensão importante de direito humano que a aplicação de um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo pode implementar, ainda mais quando se tem em mente a estigmatização e o sofrimento que qualquer processo penal já causa naquele que figura na posição de réu e, muitas vezes, na posição de vítima¹⁰³.

O artigo 7º do Pacto consagra a liberdade pessoal. Aqui são percebidas disposições próprias do processo penal, afinal de contas, o processo penal é o caminho para a aplicação de uma pena restritiva de liberdade. Neste cenário, são percebidas as garantias da jurisdicionalidade, ampla defesa, razoável duração do processo,

¹⁰¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Acosta e outros vs. Nicarágua**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 25-3-2017.

¹⁰² “200. En relación con la señora Acosta, la Corte considera que han sido aportados suficientes elementos para considerar que ha sufrido particulares afectaciones a su integridad personal, em razón no sólo del grave sufrimiento por el homicidio de su esposo, sino también como consecuencia de la falta de investigación adecuada del mismo; la infundada imputación dentro del mismo procedimiento penal que se suponía debía investigar y procesar a los responsables; la estigmatización que debió enfrentar al haber sido objeto de infundadas acciones judiciales, así como la frustración frente a la impunidad parcial. En este sentido, la Corte considera que el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad psíquica y moral, reconocido en el artículo 5.1 de la Convención, en perjuicio de la señora Acosta”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Acosta e outros vs. Nicarágua**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 25-3-2017.

¹⁰³ Em específico sobre o tema, remete-se o leitor à Lei nº14.245/2021, exemplo de que a realização de ato no curso do processo penal pode violar severamente a integridade psíquica de eventual vítima de delito.

inafastabilidade da jurisdição, dentre outras. Neste dispositivo, o Pacto também possui previsão específica com relação à necessidade de se apresentar o preso perante um “juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”. Remete-se ao título anterior no qual foi abordada a demora na implementação das audiências de custódia no processo penal brasileiro, a despeito de normas vigentes em nosso ordenamento oriundas da incorporação de tratados internacionais disciplinando o tema.

Sobre esta garantia, pertinente analisar a previsão do artigo 7º, §3º, segundo o qual “ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários”. A principal incidência desta norma no processo penal é a questão da decretação da prisão preventiva. A CIDH entendeu que se enquadra na definição de arbitrária a prisão cautelar decretada somente com base na gravidade em abstrato da conduta, sem que sejam avaliadas as circunstâncias concretas¹⁰⁴. Neste sentido, tem-se que a decretação da prisão cautelar também não pode ser genericamente fundamentada na proteção da ordem pública, devendo estar demonstrado que, no caso em concreto, o investigado ou réu represente um risco para o regular desenvolvimento do processo ou algum outro risco¹⁰⁵.

Percebe-se, contudo, uma lenta permeabilidade de tais conceitos no processo penal brasileiro. Veja-se, inicialmente, que a decisão da CIDH ora citada já é antiga, de sorte que as mudanças legislativas no regime das cautelares pessoais ocorreram somente

¹⁰⁴ “81. En el presente caso, pese a que el artículo 93 de la Constitución de Honduras determina que “[a]ún con auto de prisión, ninguna persona puede ser llevada a la cárcel ni detenida [...], si otorga caución suficiente”, el artículo 433 del Código de Procedimientos Penales sólo permitía la concesión de dicho beneficio en el supuesto de delitos que “no merezca[n] pena de reclusión que pase de cinco años”. La pena aplicable por tráfico ilícito de drogas, del que se acusó a la presunta víctima, era de 15 a 20 años de reclusión. Em razón de ello, la privación de la libertad a que fue sometido el señor Alfredo López Álvarez fue también consecuencia de lo dispuesto en la legislación procesal penal. Dicha legislación ignoraba la necesidad, consagrada en la Convención Americana, de que la prisión preventiva se justificara en el caso concreto, a través de una ponderación de los elementos que concurran en éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar sea determinada por el tipo de delito que se impute al individuo”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso López Álvarez vs. Honduras**. Mérito, reparaciones e costas. Sentencia de 01-02-2006. Grifo nosso.

¹⁰⁵ “A criterio de la Comisión, la detención únicamente es permisible sobre la base de una evaluación individualizada y para dar cumplimiento a un interés legítimo estatal, — como asegurar la comparecencia de una persona al trámite de determinación de estatus migratorio y posible deportación. Asimismo, sostuvo que el argumento de la — amenaza para la seguridad pública sólo podría fundarse bajo — circunstancias excepcionales en las cuales existan serios indicios del riesgo que representa una persona. Al respecto, la Comisión señaló que no consta en la decisión de 12 de noviembre de 2002 referencia alguna a — la situación individualizada de la [presunta] víctima, a las razones por las cuales procedía la detención y no otra medida menos lesiva, ni a los motivos por los cuales el señor Jesús Vélez Loor implicaba un riesgo para la seguridad o el orden público [por lo que] la detención resultó arbitraria”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso López Álvarez vs. Honduras**. Mérito, reparaciones e costas. Sentencia de 01-02-2006.

em 2011. Assim, para além da análise do eventual alinhamento do processo penal pátrio com as disposições do Pacto de San José da Costa Rica, observa-se a demora na adoção, seja em qualquer medida, das garantias processuais penais provenientes de tratados internacionais em direitos humanos incorporados em nosso ordenamento. De toda sorte, também não seria possível concluir que o Pacto integralmente instituiu um padrão de controle do exercício do poder punitivo no que se refere à imposição das cautelares de natureza pessoal, pois ainda se percebe uma grande instrumentalização da imposição de tais medidas para, por exemplo, restabelecer a ordem pública. Nesta hipótese, a menção abstrata de uma ordem pública violada é eleita como objeto de tutela do processo penal, o qual deverá ser realizado em detrimento do direito à liberdade pessoal do investigado ou réu.

A decretação da prisão preventiva de tal forma violaria, inclusive, o aspecto cautelar da medida, pois estaria servindo uma função satisfativa almejada pelo processo, como a restauração da ordem pública ou o combate a determinada modalidade de criminalidade. Por consequência, restaria vilipendiada também a presunção de inocência. Destaca-se, inclusive, que a tendência de desenvolvimento do processo penal brasileiro pelo recrudescimento do poder punitivo e sua estruturação na busca de uma suposta maior eficiência no combate à corrupção, como quando, no bojo das “Dez medidas contra a corrupção” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2015), foi sugerida alteração legislativa no sentido de acrescer hipótese de prisão preventiva para “permitir a identificação e a localização do produto ou proveito do crime, ou seu equivalente, bem como impedir sua utilização para financiar fuga ou a defesa, e garantir sua devolução” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2015, Medida nº 9¹⁰⁶). “Trata-se de mais uma pretensão equivocada, uma vez que afronta o princípio constitucional da presunção de inocência e a natureza cautelar da prisão preventiva” (GLOECKNER; DA SILVEIRA, 2020, p. 1165).

Este mesmo tipo de desrespeito do uso do instituto da prisão preventiva sob um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo é percebido quando ela é decretada para apaziguar os raivosos ânimos da opinião pública, os quais são nomeados de *ordem pública*, para fins de preenchimento dos requisitos formais do artigo 312 do Código de Processo Penal: “há quem recorra à “credibilidade das instituições’ como fundamento legitimante da segregação [...]. A prisão seria um

¹⁰⁶ Disponível em: <<https://dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>>.

antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor” (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 296). Assim, novamente, constata-se uma difícil permeabilidade do processo penal brasileiro aos direitos e às garantias individuais provenientes de tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento nacional. Mais que isso, como GLOECKNER (2018) bem aborda ao denunciar as permanências do autoritarismo no processo penal, constata-se que, paralelamente aos esforços na construção de um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo, há esforços envidados, inclusive, por aqueles que deveriam “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição” (artigo 129, inciso II da Constituição), no sentido de promover um recrudescimento do exercício do poder punitivo estatal por meio de um padrão de eficiência do processo penal no combate, por exemplo, da corrupção.

Cabe ainda abordar o artigo 7º, §7º, segundo o qual “ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Mesmo em se tratando de prisão civil, o tema em questão é relevante, pois a Constituição apresenta posição de maior restrição aos direitos humanos que o Pacto de San José da Costa Rica. Isso se deve ao fato de que, ao contrário do artigo 7º, 7º do Pacto, a Constituição permite a prisão civil por dívida, do depositário infiel (artigo 5º, LXVII). Contudo, diante das disposições do Pacto de San José da Costa Rica e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, entendeu-se que tal possibilidade era incompatível com nosso sistema. O detalhe é que, a princípio, o Pacto não pode derogar dispositivo constitucional, pois é norma hierarquicamente inferior, ainda que se considere seu *status* supralegal dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

A saída adotada foi entender que os tratados em matéria de direitos humanos têm hierarquia superior às leis ordinárias, de sorte que as disposições infraconstitucionais que regulamentavam a prisão civil do depositário infiel estavam em desconformidade com o parâmetro supralegal – e com outros dispositivos da Constituição. Neste sentido, cumpre destacar excerto do voto proferido pelo Relator do

Acórdão¹⁰⁷, Ministro Cezar Peluso, que firmou a tese da supralegalidade dos tratados em matéria de direitos humanos que não tenham sido aprovados sob o rito do artigo 5º, §3º da Constituição:

Penso que, neste voto, não preciso comprometer-me definitivamente com uma dessas teorias, porque – e disto estou seguro – me basta negar que o Tratado tenha status legal, equivalente ao de qualquer lei em sentido estrito, de modo que lhe não pode ser oposto o Código Civil superveniente.

[...]

De modo que, para concluir, é com a grande satisfação de ver a evolução da Corte que adiro inteiramente à conclusão de que, nos casos em exame, não subsiste, perante a Constituição da República e o Pacto de San José da Costa Rica, a admissibilidade de prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a natureza do depósito.

Para além da resolução proposta à situação concreta da prisão civil por dívida, o que se pretende ressaltar por meio da discussão apresentada é que os tratados em direitos humanos podem – e já foram – utilizados como parâmetro para derrogar leis ordinárias que dispunham em sentido contrário ao previsto no tratado internacional em matéria de direitos humanos incorporado ao ordenamento. Por mais que o entendimento do STF que se valeu de tal raciocínio seja de 2009, não se percebe sua replicação para as situações nas quais estes mesmos tratados de direitos humanos estipulam diretamente garantias processuais penais que eventualmente não coincidam com as disposições do Código de Processo Penal, ou até mesmo com práticas consagradas na rotina forense que não possuem propriamente um amparo legal expresso.

Na sequência, o artigo 8º do Pacto apresenta as garantias judiciais. Fundamentais para a estruturação de um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo, o §1º do supracitado artigo afirma o direito ao julgamento num prazo razoável¹⁰⁸, o que pode ser aplicado também na análise de duração das

¹⁰⁷ RE 466343, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165

¹⁰⁸ Há condenação em desfavor do Brasil por desrespeito à referida garantia: “222 Con respecto a la conducta de las autoridades en los procedimientos judiciales, el 10 de diciembre de 1998, fecha en la cual Brasil reconoció la competencia del Tribunal, estaba pendiente de decisión un recurso del Estado oponiéndose a una determinación del juez de primera instancia para que presentara información sobre la Guerrilha do Araguaia. No obstante, luego de una apelación y otros recursos interpuestos por el Estado, los cuales fueron rechazados por los tribunales superiores (supra párrs. 191 y 204 a 208), la decisión adquirió fuerza de cosa juzgada el 9 de octubre de 2007 (supra párr. 191). Los expedientes tardaron más de siete meses en regresar, en mayo de 2008, al juez de primera instancia a fin de iniciar la ejecución del fallo. Finalmente, pese a esa decisión firme, la ejecución de la sentencia tuvo inicio 18 meses después, el 12 de marzo de 2009 (supra párr. 191). A pesar que la autoridad judicial ordenó la entrega de documentación, el Estado Federal requerido no la proveyó con base en distintos argumentos e interponiendo numerosos recursos, siendo finalmente entregada varios años después de solicitada. En

medidas cautelares impostas ao investigado ou réu. Também são citadas as garantias do juiz natural e da imparcialidade. O entendimento da Corte sobre estes direitos afirmados é no sentido de que se deve conferir a eles interpretação extensiva e sistemática à luz dos demais dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁰⁹.

No §2º é consagrada a presunção de inocência¹¹⁰ e são estipuladas garantias específicas voltadas à concretização da ampla defesa.

Uma dimensão relevante do direito de defesa está prevista no artigo 8º, §2º, alínea c do Pacto, que afirma ser direito do réu ter “tempo e (...) meios adequados para a preparação de sua defesa”. Por mais que haja previsão constitucional do direito à ampla defesa, (artigo 5º, inciso LV), o artigo 396 do Código de Processo Penal tão somente refere a existência de prazo de dez dias para a apresentação da resposta à acusação. Geralmente, este é o momento no qual o denunciado é formalmente informado dos fatos a ele imputados. Em um processo penal regular, que envolva crimes praticados por somente um agente, sem que haja pluralidade de condutas, este prazo tende a ser razoável. Contudo, ao se deparar com o fenômeno recente das megaoperações policiais e as subsequentes mega denúncias, questiona-se se é concretamente ofertado aos investigados e acusados prazo adequado para preparação da defesa.

De plano, questiona-se a instrumentalização política do processo penal sob um padrão de eficiência na aplicação do poder punitivo pela simples existência desse tipo de maneira de operar o processo. Afirma-se que, em megaprocessos criminais, “acusador e julgador assumem conotação partidária e o processo criminal feição

efecto, la Corte observa que durante el trámite de la Acción Ordinaria, el Estado afirmó en 1999 que “no hab[ía] ninguna mínima prueba razonable de la existencia de un supuesto ‘informe de la [G]uerrilha do Araguaia’” y en abril de 2000 el Ministerio de Defensa informó sobre la inexistencia del referido informe (supra párr. 191), pese a lo cual, en julio de 2009, la Unión presentó numerosa documentación sobre la Guerrilha do Araguaia (supra párrs. 192 y 210)”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Exceções Preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24-11-2010.

¹⁰⁹ Neste sentido, o seguinte entendimento: “96. Este Tribunal considera que el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c) de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno” CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso Blake vs. Guatemala**. Mérito. Sentença de 24-1-1998.

¹¹⁰ Sobre este tema, o seguinte entendimento: “120. El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso Cantoral Benavides vs. Peru**. Mérito. Sentença de 18-8-2000.

ofensiva, de instrumento de luta contra a delinquência organizada (v.g. terrorista, mafiosa, contra a Administração Pública etc.)” (MALAN, 2019, p. 4).

Para além de tal questão, destaca-se uma dimensão específica dos megaprocessos criminais, a qual dialoga especificamente com o desrespeito da norma que prevê o direito ao tempo razoável para o exercício da defesa. No plano temporal, estes processos, que já se notabilizam pela pluralidade de agentes conjuntamente acusados e infinidade de fatos imputados, vislumbra-se sua dimensão temporal, “revelada pela duração excessiva dos processos, que se arrastam por anos a fio durante a fase da investigação preliminar, de sorte a se estender ao máximo o prazo de duração da prisão preventiva” (MALAN, 2019, p. 4). Assim, a Autoridade Policial ou Ministério Público têm prazo quase que indeterminado para investigar e devassar a vida de seus alvos, elaborando um complexo conjunto de eventos, os quais serão somente apresentados em sua integralidade para o acusado no eventual oferecimento de uma denúncia, momento a partir do qual ele terá exíguo prazo para se manifestar nos autos. Diante deste cenário, difícil a concretização do previsto do direito insculpido no artigo 8º, §2º, alínea c do Pacto de San José da Costa Rica¹¹¹. Nesta toada, reitera-se a aplicabilidade da norma citada em nosso ordenamento desde 6 de novembro de 1992, ou seja, muito antes que se pudesse falar no Brasil de megaprocessos criminais e seu uso político no recrudescimento do exercício do poder punitivo estatal. Novamente, verifica-se que uma norma vigente e de aplicabilidade imediata para garantir direitos individuais foi simplesmente ignorada, enquanto surgia nova manifestação do padrão processual de eficiência na aplicação do processo penal, ainda que nosso próprio ordenamento já contasse com dispositivo apto, ao menos em tese, para contrabalançar o desenvolvimento das manifestações do poder punitivo.

Por fim, o artigo 8º, §2º, alínea h do Pacto estipula o direito ao duplo grau de jurisdição. Ao abordar a matéria, a CIDH se manifestou contrariamente à possibilidade de supressão de tal garantia¹¹². Neste caso em específico, a dificuldade em concretizar

¹¹¹ Sobre o direito de concessão de tempo razoável para a preparação da defesa, a Corte esposou o seguinte entendimento: “54. Uno de esos derechos fundamentales es el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, previsto en el artículo 8.2.c de la Convención, que obliga al Estado a permitir el acceso del inculpado al conocimiento del expediente llevado en su contra. Asimismo, se debe respetar el principio del contradictorio, que garantiza la intervención de aquél en el análisis de la prueba”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**. Mérito, reparaciones e costas. Sentença de 17-11-2009.

¹¹² “89. La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo

no processo penal brasileiro as garantias individuais afirmadas no Pacto não decorre de uma resistência percebida no âmbito do processo penal em se conformar com um padrão de controle do exercício do poder punitivo, mas sim com as previsões constitucionais em matéria de foro por prerrogativa de função e na estruturação do sistema recursal. Justamente pela restrição ao duplo grau de jurisdição decorrer de norma hierarquicamente superior ao Pacto, entende-se que, em determinados casos de julgamentos originários em Tribunais, é possível a supressão da hipótese do duplo grau de jurisdição. Entende-se que “a Constituição não consagra expressamente o duplo grau de jurisdição, mas sim os casos em que haverá julgamento originário pelos tribunais, podendo haver, portanto, uma restrição à garantia, que decorre da CADH¹¹³ (cujo caráter “supralegal” a coloca abaixo da Constituição)” (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 449).

O artigo 11º do Pacto dispõe sobre a proteção da honra e da dignidade. Em específico, protege-se o domicílio de ingerências arbitrárias. No processo penal, a obtenção de provas após a invasão de domicílio, em especial em situações de crime permanente, tem se tornado uma questão objeto de intensos debates. Muitas vezes figura em um polo a ideia de “guerra contra o crime” ou “guerra contra o tráfico”, que justifica a violação do direito à inviolabilidade do domicílio, que tem assento constitucional (artigo 5º, XI). Especificamente neste caso, a construção de um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo aparenta estar mais bem definida com base na Constituição, que elege inciso apartado especificamente para tratar da inviolabilidade do domicílio. De maneira diversa, o Pacto de San José da Costa Rica dispõe de maneira conjunta sobre diversas esferas da dignidade individual que não podem ser alvo de ingerências abusivas.

Dentre elas, destaca-se a vida privada. Trata-se de garantia que envolve, por exemplo, o sigilo de comunicações entre os indivíduos. Para o processo penal, esta questão pode ser compreendida por meio da produção de provas por meio de

tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. 90. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana (supra párr. 74). Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**. Mérito, reparaciones e costas. Sentença de 17-11-2009.

¹¹³ Trata-se da Convenção Americana de Direitos Humanos.

interceptação das comunicações telefônicas e seu uso no processo. A princípio, tais questões restam delimitadas na Constituição (artigo 5º, XII) e na Lei nº 9.296/1996 (Lei que regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição) de maneira mais extensiva que o disposto no Pacto de San José da Costa Rica. Ainda assim, não é possível deixar de mencionar o caso *Caso Escher e outros vs. Brasil*¹¹⁴, cujos fatos analisados pela Corte ocorreram no Estado do Paraná, entre abril e junho de 1999. Relatou-se que a Polícia Militar do Estado do Paraná interceptou ilegalmente as comunicações telefônicas de membros de organizações sociais que defendiam os direitos de trabalhadores rurais¹¹⁵. Na decisão exarada, a Corte delineou sua compreensão acerca do conteúdo que a garantia da vida privada, no que se refere às comunicações telefônicas, deve ter¹¹⁶, de sorte que a conclusão adotada foi no sentido de que as interceptações desrespeitaram a legislação vigente no Brasil, portanto ilegítimas, não havendo que se falar em desconformidade da legislação infraconstitucional vigente com a concepção da Corte de garantia da vida privada. O desrespeito, em tese, foi de agentes estatais que violaram a norma vigente sobre interceptações telefônicas, não uma deficiência sistêmica na tratativa legal sobre a matéria. No decorrer da análise do Caso, a Corte mencionou que, além das interceptações telefônicas ilegais, houve vazamento ilegítimo à imprensa do material produzido, o que, por si só, configurou nova violação à vida privada¹¹⁷. Este tipo de

¹¹⁴ Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/cooperacao-internacional/seriec_200_por.pdf>.

¹¹⁵ “2. Segundo a Comissão indicou, a demanda se refere ‘à [alegada] interceptação e monitoramento ilegal das linhas telefônicas de Arle[i] José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral, Celso Aghinoni e Eduardo Aghinoni, [...] membros das organizações [ADECON] e [COANA], realizados entre abril e junho de 1999 pela Polícia Militar do Estado do Paraná; [a divulgação das conversas telefônicas,] bem como [a] denegação de justiça e [da] reparação adequada’.”.

¹¹⁶ Sobre este tema, o seguinte excerto da decisão: “114. Como esta Corte expressou anteriormente, ainda que as conversações telefônicas não se encontrem expressamente previstas no artigo 11 da Convenção, trata-se de uma forma de comunicação incluída no âmbito de proteção da vida privada. O artigo 11 protege as conversas realizadas através das linhas telefônicas instaladas nas residências particulares ou nos escritórios, seja seu conteúdo relacionado a assuntos privados do interlocutor, seja com o negócio ou a atividade profissional que desenvolva. Desse modo, o artigo 11 aplica-se às conversas telefônicas independentemente do conteúdo destas, inclusive, pode compreender tanto as operações técnicas dirigidas a registrar esse conteúdo, mediante sua gravação e escuta, como qualquer outro elemento do processo comunicativo, como, por exemplo, o destino das chamadas que saem ou a origem daquelas que ingressam; a identidade dos interlocutores; a frequência, hora e duração das chamadas; ou aspectos que podem ser constatados sem necessidade de registrar o conteúdo da chamada através da gravação das conversas. Finalmente, a proteção à vida privada se concretiza com o direito a que sujeitos distintos dos interlocutores não conheçam ilicitamente o conteúdo das conversas telefônicas ou de outros aspectos, como os já elencados, próprios do processo de comunicação.”.

¹¹⁷ Sobre este tema, o seguinte excerto da decisão: “158. Ante o exposto, a Corte considera que as conversas telefônicas das vítimas e as conversas relacionadas com as organizações que elas integravam eram de caráter privado e nenhum dos interlocutores consentiu que fossem conhecidas por terceiros.

espetacularização das ações policiais é expediente frequente no âmbito de grandes operações policiais, que buscam o apoio da opinião pública no decorrer da instrumentalização do processo penal à realização de fins políticos, como o combate a movimentos sociais ou determinada modalidade de criminalidade.

Nesta toada, se percebe que, mesmo havendo uma condenação anterior em desfavor do Estado brasileiro relativa à instrumentalização do processo penal e dos meios de obtenção de prova, num viés muito claro de eficiência no exercício do poder punitivo, ainda há uma deficiência na implementação prática dos direitos afirmados em tratado internacional em matéria de direitos humanos na extensão já delineada pela Corte. Trata-se de mais um exemplo de descompasso no que se refere à construção de um padrão processual de controle do exercício do poder punitivo à luz de conceitos que já foram definidos e são válidos e de aplicabilidade imediata no processo penal brasileiro.

2.1.6 Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura

A Convenção apresenta disposições similares à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em especial no que se refere aos impactos dos seus dispositivos na construção de um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo. Assim, remete-se o leitor às considerações anteriormente aduzidas sobre a relação entre a decretação de prisões cautelares, sob um contexto de recrudescimento do exercício do poder punitivo pela instrumentalização do processo penal para realizar fins como combater a criminalidade que, de maneira direta, expõe desnecessariamente os investigados aos estabelecimentos prisionais brasileiros, onde se verifica a prática de tortura e, mediatamente, também causa uma superlotação no cárcere, gerando um ambiente vulnerável à ocorrência de tortura.

Assim, cabe também a referência ao raciocínio por meio do qual se defende que a construção de um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo passa pela adoção de medidas como a realização das audiências de custódia, nas quais é possível identificar individualmente os casos de tortura cometidos contra os presos apresentados ao juiz e, imediatamente, adotar as providências cabíveis.

Assim, a divulgação de conversas telefônicas que se encontravam sob sigilo de justiça, por agentes do Estado, implicou uma ingerência na vida privada, honra e reputação das vítimas. A Corte deve examinar se tal ingerência resulta compatível com os termos do artigo 11.2 da Convenção.”

Concomitantemente, a reforma no sistema processual de cautelares de natureza pessoal também pode ajudar indiretamente o combate à tortura, pois permitiria redução na superlotação prisional e evitaria que pessoas sejam desnecessariamente submetidas ao ambiente carcerário de vulnerabilidade para a tortura.

Não se defende que a inclusão da audiência de custódia e a previsão de medidas cautelares pessoais diversas da prisão tenham resolvido o problema da tortura e adimplido as obrigações assumidas pelo Estado brasileiro ao aderir à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Muito pelo contrário, ressalta-se que há medidas possíveis de serem implementadas à nossa realidade processual, mas que ainda não são capazes de concretizar na dimensão desejada os direitos humanos reconhecidos em nosso ordenamento. Em especial, destaca-se que a Convenção ora analisada passou a produzir seus efeitos no direito brasileiro em 9 de dezembro de 1989, mas as duas principais medidas no âmbito do processo penal que teriam o condão de concretizar suas disposições foram introduzidas praticamente 30 anos depois do início da vigência da norma, tratando-se de mais um ponto no qual se percebe a difícil permeabilidade do processo penal brasileiro a direitos humanos existentes no nosso ordenamento a partir da incorporação de tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

2.1.7 Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte

Trata-se de tratado internacional incorporado ao ordenamento jurídico nacional, mas com reserva, uma vez que o Estado brasileiro optou por manter em nosso ordenamento a possibilidade de aplicação de pena de morte em tempo de guerra, nos termos do artigo 2º, I do Protocolo. De todo modo, trata-se de instrumento que integra o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e, apesar da relativa simplicidade de seus dispositivos e brevidade do seu texto (4 artigos formados por 225 palavras), demorou mais de 3 anos e 6 meses para tramitar no Poder Legislativo e passar a produzir efeitos no ordenamento pátrio, mais uma vez representando a permanente resistência no que se refere à incorporação – ainda que formal – de dispositivos que afirmam os direitos humanos e podem compor um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo.

2.2 INCORPORAÇÃO DE MATRIZES QUE PERMITEM O RECRUDESCIMENTO DO PODER PUNITIVO

No título anterior, foram analisados oito tratados internacionais em matéria de direitos humanos, os quais, apesar de eventuais mandados de incriminação, são voltados à afirmação do conteúdo dos direitos humanos na esteira do processo anteriormente descrito de universalização dos direitos humanos e da formação de uma linguagem comum. Constatou-se nos tratados garantias individuais com grande aplicabilidade para o processo penal, muitas vezes coincidindo com conceitos básicos conformadores de um processo penal constitucional. Neste sentido, tais garantias se prestam ao reconhecimento do réu como um sujeito de direitos, de sorte que o processo penal, além de ser a ferramenta inescapável para aplicação de uma pena, também deve ter em seu centro o indivíduo processado, de sorte que, em seu desenrolar, deve haver um esforço ativo na concretização das garantias processuais existentes no ordenamento – Código de Processo Penal, tratados em matéria de direitos humanos com *status* supralegal e a própria Constituição.

Esta forma de pensar o processo penal pertence a um padrão aqui identificado como de controle do exercício do poder punitivo, que contrasta com o padrão de eficiência do exercício no poder punitivo, o qual é caracterizado pelo impulso de se aplicar sanções em decorrência da prática de condutas selecionadas, mas também pela tendência de abuso de tal poder, na medida em que se busca, por meio do processo penal, atingir fins políticos em detrimento dos direitos individuais para além do limite que o próprio ordenamento permite que tais direitos sejam restringidos: a liberdade do indivíduo é um direito intrínseco a ele, o qual pode ser legitimamente reduzido a partir de uma condenação penal transitada em julgado, mas que passa a sofrer uma restrição ilegítima, por exemplo, quando se decreta uma prisão cautelar com o intuito de aplacar uma difusa e inaudível opinião popular que exige, por exemplo, o combate ao tráfico de entorpecentes.

Verificou-se até o presente momento que, de maneira objetiva, é assaz demorada a incorporação ao processo penal dos direitos humanos previstos em tratados internacionais incorporados ao nosso ordenamento. Isso tem por consequência um significativo atraso no desenvolvimento do padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo mencionado. Isto posto, passa-se à análise comparada de tal fenômeno, por meio da análise da velocidade de incorporação ao processo penal de

medida previstas em tratados internacionais que aumentam o alcance do poder punitivo estatal, reforçando, portanto, o padrão de eficiência do exercício do poder punitivo no processo penal.

2.2.1 Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional (Convenção de Washington)

Antes que se proceda à análise em espécie dos dispositivos desta Convenção que permitem um exercício mais alargado do poder punitivo no âmbito do processo penal, conformando um padrão de eficiência do processo penal, cabe reiterar a velocidade com a qual seus dispositivos são incorporados ao nosso ordenamento. Ainda que seja análise de um ponto de vista formal, cumpre salientar que a Convenção de Washington, desde o momento da propositura do Projeto de Decreto Legislativo (PDL) e até a promulgação via Decreto, demorou somente 1 ano, 2 meses e 9 dias, mais rápido que qualquer tratado em matéria de direitos humanos observado.

A mais evidente manifestação da busca por um processo penal de maior eficiência, representada por uma “pura capacidade de castigar”¹¹⁸ (BINDER, 1999, p. 59), é o compromisso assumido pelo Estado brasileiro de incluir em sua respectiva legislação penal “os atos delituosos matéria desta Convenção”, nos termos do seu artigo 8, alínea d. Contudo, o terrorismo já era um tipo penal previsto no artigo 20 da Lei nº 7.170/1983. Mesmo sendo um diploma legislativo remanescente do regime ditatorial que antecedeu a democracia instituída pela Constituição de 1988, ele permaneceu hígido em nosso ordenamento até a edição da Lei nº 14.197/2021. Assim, quando se percebe que a lei específica sobre terrorismo vigente em nosso ordenamento somente foi promulgada em 2016 (Lei nº 13.260/2016), não há que se falar em demora na adoção das medidas que implicavam um recrudescimento do poder punitivo previstas na Convenção de Washington.

Há que se reconhecer que a Convenção menciona em seu corpo garantias processuais mínimas àqueles processados por terrorismo, nos termos da Convenção. Menciona-se o devido processo (artigo 4º) e direito de defesa (artigo 8º, alínea c).

¹¹⁸ Tradução nossa do original “pura capacidad de castigar”.

Entende-se, contudo, que a principal influência desta Convenção sobre o processo penal, e aqui sob um paradigma de eficiência do exercício do poder punitivo, é a partir de suas previsões sobre a cooperação entre os signatários do documento, tanto no cumprimento de cartas rogatórias (artigo 8º, alínea e), como para reprimir e investigar as condutas classificadas como terroristas (artigo 1º e artigo 8º, alínea b¹¹⁹). Evidentemente que a cooperação na investigação de delitos que são cometidos sem qualquer observância às fronteiras nacionais é inescapável. Contudo, dentre as medidas de cooperação, é possível vislumbrar a mitigação de garantias processuais no que se refere ao regime jurídico atinente à obtenção de provas.

Um exemplo diz respeito à produção de provas que estão sujeitas à reserva de jurisdição dentro do processo penal brasileiro, como é o caso da quebra de sigilo fiscal ou telefônico. Caso sejam remetidas em sede de cooperação internacional informações obtidas por meio da quebra destes sigilos sob a égide de ordenamento jurídico estrangeiro que preveja sua realização por meio de determinação de autoridade administrativa, e, posteriormente, sejam utilizadas para instruir processo penal em curso no Brasil, poder-se-ia vislumbrar violação às garantias processuais vigentes em nosso ordenamento jurídico.

Destaca-se que o Brasil é signatário de acordos de cooperação em matéria penal¹²⁰ com Canadá, China, Bélgica, Colômbia, Coréia do Sul, Cuba, Espanha, Estados Unidos, França, Honduras, Itália¹²¹, Jordânia, México, Nigéria, Panamá, Peru, Reino Unido, Suíça, Suriname, Turquia e Ucrânia. Ou seja, percebe-se um significativo desenvolvimento no que se refere às possibilidades de cooperação em medidas investigatórias entre o Brasil e outros países. Os acordos mencionados não dizem respeito especificamente à produção de provas e à realização de atos processuais em casos que versem sobre terrorismo, de sorte que são genericamente aplicáveis aos processos criminais.

¹¹⁹ Neste ponto, destaca-se a previsão de cooperação inclusive em medidas administrativas.

¹²⁰ Informações disponíveis em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/acordos-internacionais/acordos-bilaterais-1>>.

¹²¹ Trata-se do primeiro tratado de cooperação judiciária em matéria penal firmado pelo Brasil, promulgado em nosso ordenamento pelo Decreto nº 862, de 9 de julho de 1993.

2.2.2 Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena)

A Convenção de Viena, com somente 6 meses e 8 dias de tramitação, é o tratado de direito internacional mais rapidamente incorporado ao nosso ordenamento, dentre todos os 13 analisados. Apesar da significativa complexidade, com 34 artigos (a título de comparação, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte tem apenas 4 artigos e demorou mais de 5 anos para tramitar), o PDL correspondente demorou somente 5 meses e 25 dias para tramitar em rito ordinário no Poder Legislativo, isso considerando a interrupção dos trabalhos pelo recesso parlamentar: o PDL foi apresentado em 19 de dezembro de 1990 e sua tramitação foi interrompida pelo recesso parlamentar entre 22 de dezembro de 1990 e 2 de fevereiro de 1991, nos termos do artigo 57 da Constituição. Assim, na prática, o PDL tramitou na Comissão de Constituição e Justiça, foi a Plenário e Convertido em Decreto Legislativo em somente 4 meses e 10 dias.

Questiona-se, portanto, o interesse político em se incorporar ao ordenamento jurídico nacional um tratado que permite maior eficiência na aplicação do poder punitivo de maneira tão célere.

No que se refere às disposições contidas no tratado, é curioso notar que o primeiro conceito apresentado é o de “apreensão preventiva” (artigo 1º, alínea a). Ou seja, antes mesmo de definir qualquer dos termos que compõem o título do Tratado em questão, como “tráfico”, “entorpecentes” ou “substâncias psicotrópicas”, conceitua-se uma medida cautelar processual voltada a limitar a disposição sobre o patrimônio: “Por ‘apreensão preventiva’ ou ‘apreensão’ se entende a proibição temporária de transferir, converter, alienar ou mover bens, ou manter bens em custódia ou sob controle temporário, por ordem expedida por um tribunal ou por autoridade competente”.

Na sequência, nesta mesma linha, são apresentados os conceitos de bens (artigo 1º, alínea c)¹²², confisco (artigo 1º, alínea e)¹²³ e entrega vigiada (artigo 1º, alínea l)¹²⁴.

¹²² Definição apresentada pela Convenção: “Por ‘bens’ se entendem os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis e imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos legais que confirmam a propriedade ou outros direitos sobre os ativos em questão”.

¹²³ Definição apresentada pela Convenção: “Por ‘confisco’ se entende a privação em caráter definitivo, de algum bem, por decisão de um tribunal ou de outra autoridade competente”.

¹²⁴ Definição apresentada pela Convenção: “Por ‘entrega vigiada’ se entenda a técnica de deixar que remessas ilícitas ou suspeitas de entorpecentes, substâncias psicotrópicas, substâncias que figuram no Quadro I e no Quadro II anexos nesta Convenção, ou substâncias que tenham substituído as

Ou seja, mais dois conceitos atinentes a medidas de constrição patrimonial e um sobre produção de provas mediante o flagrante diferido.

O artigo 2º da Convenção aborda o tema da cooperação internacional no combate ao tráfico ilícito. É tão flagrante a adoção de um padrão de eficiência do processo penal a ser utilizado como ferramenta para combater o tráfico, que a redação do artigo ora analisado foi feita nos seguintes termos: “O propósito desta Convenção é promover a cooperação entre as Partes a fim de que se possa fazer frente, **com maior eficiência**, aos diversos aspectos do tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas que tenham dimensão internacional”¹²⁵. Com o risco da repetição, mas importante destacar, foi esse o texto incorporado ao nosso ordenamento jurídico com pouco mais de 4 meses de tramitação e discussão no Poder Legislativo.

Na sequência, o mandado de incriminação de condutas é complementado pelo compromisso assumido pelos Estados Partes em aplicar “sanções proporcionais à gravidade dos delitos, tais como a pena de prisão, ou outras formas de privação de liberdade, sanções pecuniárias e o confisco” (artigo 3º, §4º, alínea a). Nem a Convenção de Washington que, a princípio, regula condutas com uma gravidade em concreto normalmente superior em relação ao tráfico de entorpecentes, defende disposição de tal natureza, no sentido de vincular os Estados Partes a não somente criminalizar condutas, como também impor a elas penas de prisão e outras formas de restrição da liberdade.

Mais adiante no texto, de maneira quase que redundante e com redação carregada de adjetivos, reitera-se a busca pela eficiência no exercício do poder punitivo no combate ao tráfico de entorpecentes:

As Partes se esforçarão para assegurar que qualquer poder legal discricionário, com base em seu direito interno, no que se refere ao julgamento de pessoas pelos delitos mencionados neste Artigo, seja exercido **para dotar de eficiência máxima** as medidas de detecção e repressão desses delitos, levando devidamente em conta a necessidade de se exercer um efeito dissuasivo à prática desses delitos. (artigo 3º, §6º)¹²⁶

A princípio, não há menções na Convenção sobre medidas cautelares de natureza pessoal, exceto uma vaga previsão de que os Estados Partes devem adotar medidas adequadas para garantir que os réus, aos quais se imputam as condutas tratadas

anteriormente mencionadas, saiam do território de um ou mais países, que o atravessem ou que nele ingressem, com o conhecimento e sob a supervisão de suas autoridades competentes, com o fim de identificar as pessoas envolvidas em praticar delitos especificados no parágrafo 1 do Artigo 2 desta Convenção”.

¹²⁵ Grifo nosso.

¹²⁶ Grifo nosso.

pela Convenção, compareçam ao processo. De maneira diversa, há extensas previsões sobre medidas cautelares de natureza patrimonial, dispondo sobre a obrigação de que os Estados Partes adotem as “medidas necessárias para permitir [...] a apreensão preventiva [...]” (artigo 5º, §2º) dos produtos derivados da prática das condutas listadas na Convenção e que, caso tais produtos já tenham sido convertidos em outros bens, também é possível proceder ao confisco (artigo 5º, §6º).

Ademais, há na Convenção incentivo para que cada Estado Parte adote, em seu respectivo ordenamento, normas de inversão do ônus da prova “com respeito à origem lícita do suposto produto ou outros bens sujeitos a confisco” (artigo 5, §7º).

Ao tempo do Decreto de promulgação que introduziu em nosso ordenamento as disposições da Convenção, já havia norma sobre a apreensão de bens e produtos utilizados na prática do tráfico de entorpecentes¹²⁷. Contudo, 8 anos e 4 dias após a entrada em vigor em nosso ordenamento da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, o artigo 34, da Lei nº 6.368/1976¹²⁸ recebeu nova redação a partir da Lei nº 9.804/1999 e passou a prever hipóteses muito mais amplas e detalhadas sobre a apreensão cautelar, utilização e alienação antecipada de bens e valores apreendidos em situações relacionadas ao tráfico de entorpecentes. Das alterações legislativas mencionadas, destacam-se as seguintes:

Art. 34. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, assim como os maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma da legislação específica.

§ 3º Feita a apreensão a que se refere o caput, e tendo recaído sobre dinheiro ou cheques emitidos como ordem de pagamento, a autoridade policial que presidir o inquérito deverá, de imediato, requerer ao juízo competente a intimação do Ministério Público.

§ 4º Intimado, o Ministério Público deverá requerer ao juízo a conversão do numerário apreendido em moeda nacional se for o caso, a compensação dos cheques emitidos após a instrução do inquérito com cópias autênticas dos respectivos títulos, e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial, juntando-se aos autos o recibo.

¹²⁷ O artigo 34, da Lei nº 6368/1976 tinha a seguinte redação: “Art. 34. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, assim como os maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados para a prática dos crimes definidos nesta lei, após a sua regular apreensão, serão entregues à custódia da autoridade competente. § 1º Havendo possibilidade ou necessidade da utilização dos bens mencionados neste artigo para sua conservação, poderá a autoridade deles fazer uso”.

¹²⁸ A antiga Lei nº 6.368/1976 regulava o tráfico de entorpecentes quando a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas passou a produzir seus efeitos no ordenamento jurídico nacional, em 26 de junho de 1996. Somente anos mais tarde foi promulgada a atual Lei nº 11.343/2006.

§ 5º Recaindo a apreensão sobre bens não previstos nos parágrafos anteriores, o Ministério Público, mediante petição autônoma, requererá ao juízo competente que, em caráter cautelar, proceda à alienação dos bens apreendidos, excetuados aqueles que a União, por intermédio da Secretaria Nacional Antidrogas - SENAD, indicar para serem colocados sob custódia de autoridade policial, de órgãos de inteligência ou militar federal, envolvidos nas operações de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

[...]

§ 13. Na sentença de mérito, o juiz, nos autos do processo de conhecimento, decidirá sobre o perdimento dos bens e dos valores mencionados nos §§ 4º e 5º, e sobre o levantamento da caução.

[...]

§ 17. Não terão efeito suspensivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo.

[...]

§ 19. Nos processos penais em curso, o juiz, a requerimento do Ministério Público, poderá determinar a alienação dos bens apreendidos, observado o disposto neste artigo.

§ 20. A SENAD poderá firmar convênios de cooperação, a fim de promover a imediata alienação de bens não leiloados, cujo perdimento já tenha sido decretado em favor da União.

Estas normas operacionalizam as previsões da Convenção, especialmente no que se refere às medidas cautelares de natureza patrimonial. É certo que um lapso temporal de 8 anos para a conformação da legislação interna não é insignificante, mas se trata de intervalo muito inferior, por exemplo, àquele levado para a instituição das audiências de custódia e reformulação das cautelares de natureza pessoal previstas no Código de Processo Penal.

Destaca-se que as alterações legislativas aqui apresentadas foram promovidas por Medida Provisória (MP nº 1.780-10, de 2 de junho de 1999), cabível, a princípio, somente “em caso de relevante urgência”, nos termos do artigo 62 da Constituição. Nas manifestações em Plenário na Sessão Conjunta do Congresso Nacional de 30 de junho de 1999, durante a qual a MP nº 1.780-10 foi convertida na Lei nº 9.804/1999, o Deputado Moroni Torgan (PSDB/CE) faz exposição muito esclarecedora dos objetivos das alterações legislativas:

[...] essa medida provisória é fundamental para a agilização do confisco dos bens e dos recursos financeiros de traficantes.

Na verdade, ela prevê que o juiz, de imediato, pode proferir sentença colocando em disponibilidade da União recursos provenientes do narcotráfico. Tal medida é vital, pois agiliza o processo que estava burocratizado. E com essa agilização é possível que o traficante vá para a cadeia e fique sem recursos financeiros. Talvez os traficantes tenham mais medo de perder os seus recursos do que ir para a cadeia.¹²⁹

¹²⁹ Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/14348?sequencia=400>>.

Resta evidenciado que as alterações na Lei nº 6.368/1976 já partem do pressuposto que o acusado ou investigado pela prática do delito de tráfico de entorpecentes estará preventivamente preso e, conforme a fala do parlamentar, trata-se de prisão voltada a combater de maneira genérica a prática do tráfico de entorpecentes. Não se trata de uma discussão dos fins da pena, mas sim do uso de um instrumento processual penal com o fim de gerar uma espécie de prevenção especial negativa, ou até mesmo prevenção geral negativa. Ou seja, pretende-se realizar um objetivo atribuído à pena, que somente é imposta após o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas por meio de institutos de direito processual penal aplicados antes do trânsito em julgado – em certos casos, antes mesmo da existência de um processo, pois decretados durante a fase de inquérito.

Não é tanto sobre como este tipo de medida representa o desenvolvimento de um padrão processual de eficiência do direito processual penal, instrumentalizado para combater uma modalidade de delito e gerar condições desfavoráveis a acusados e investigados. Mas sim que esse tipo de medida é implementado em nosso ordenamento de maneira muito mais veloz que qualquer outra alteração processual no sentido de desenvolver um padrão processual de controle do exercício do poder punitivo.

Soma-se a isso a noção de que os direitos individuais com dimensão processual penal são direitos humanos de aplicabilidade imediata: não é preciso uma norma regulamentando que a liberdade é a regra e a prisão cautelar é a exceção. Ainda assim, uma reforma legislativa para dar mais concretude a tal garantia demorou quase 30 anos para ser implementada desde sua primeira aparição em nosso ordenamento. Em menos de um terço deste tempo foi incorporada ao ordenamento uma norma geral sem aplicabilidade imediata com dispositivos sobre instrumentos processuais de apreensão e disposição cautelar de bens, e foi editada reforma legislativa própria para regulamentar e tornar aplicáveis tais disposições.

Destaca-se, inclusive, que a Lei nº 9.804/1999 buscou operacionalizar com tamanha eficiência os novos instrumentos processuais, que a nova redação do artigo 34, §§ 17º e 19º da Lei nº 6.368/1976, impediu efeito suspensivo a recursos contra decisões que alienavam antecipadamente bens e ressaltou que as alterações legislativas ali propostas eram aplicáveis a processos em curso, algo que, a princípio, seria despiciendo afirmar, diante natureza processual da norma.

Cabe ainda mencionar que a revogação da Lei nº 6.368/1976 pela Lei nº 11.343/2006 não representou maior desenvolvimento de padrão processual penal de

controle do poder punitivo. Em sentido contrário, buscou-se maior recrudescimento do exercício do poder punitivo por meio de medidas cautelares de natureza pessoal como ferramenta para o combate ao tráfico de entorpecentes. Neste sentido, o artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 gerou uma hipótese de prisão cautelar *ex lege* para os delitos de tráfico de entorpecentes (artigos 33, 33, §1º e 34 a 37, todos da Lei nº 11.343/2006), pois excluiu a possibilidade de concessão de liberdade provisória. Não se questiona que esta medida foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico 25 anos depois da introdução ao nosso ordenamento da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, mas seu impulso no sentido de desenvolver um padrão processual de eficiência foi implementado em nosso ordenamento antes de uma reforma das medidas cautelares pessoais para disciplinar medidas cautelares diversas da prisão e antes também que se regulamentasse a realização das audiências de custódia.

Ainda que estas duas medidas, enquadradas sob um padrão processual de controle do exercício do poder punitivo, tenham sido inicialmente incorporadas ao nosso ordenamento temporalmente próximas da incorporação da Convenção ora analisada, elas demoraram muito mais para ser regulamentadas e concretizadas. Observa-se ainda que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica, que previam o conceito implementado pelas audiências de custódia e o uso excepcional das prisões cautelares, detém hierarquia normativa supralegal, algo que não pode ser dito da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

Cabe, contudo, a ressalva de que a hipótese de prisão preventiva *ex lege* da Lei nº 11.343/2006 foi considerada inconstitucional¹³⁰.

No que se refere à previsão de entrega vigiada (artigo 11 da Convenção), destaca-se que a primeira previsão legal de ação controlada, conceito análogo ao de entrega vigiada, foi incluída rapidamente em nosso ordenamento nas hipóteses de ação de quadrilha ou bando, nos termos do artigo 2º, inciso II da Lei nº 9.034/1995¹³¹. Na

¹³⁰ “Recurso extraordinário. 2. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de drogas. Vedação legal de liberdade provisória. Interpretação dos incisos XLIII e LXVI do art. 5º da CF. 3. Reafirmação de jurisprudência. 4. Proposta de fixação da seguinte tese: É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006. 5. Negado provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal”. (RE 1038925 RG, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-212 DIVULG 18-09-2017 PUBLIC 19-09-2017)

¹³¹ Revogada pela Lei nº 12.850/2013, que manteve em seu artigo 3º, inciso III, a ação controlada como meio de obtenção de prova.

sequência, o artigo 33, inciso II da Lei nº 10.409/2002¹³² passou a prever hipótese de a “não-atuação policial” em casos de tráfico internacional. Destaca-se que a possibilidade de ação controlada foi ainda ampliada pela Lei nº 11.343/2006, pois passou a permitir tal forma de obtenção de prova em qualquer delito de tráfico, não precisando ser o internacional.

As sucessivas alterações legislativas na matéria denotam uma progressiva realização das disposições originais da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, sempre no sentido de ampliar o alcance das ferramentas processuais para exercício do poder punitivo, neste caso na persecução de condutas relacionadas ao tráfico de entorpecentes. Para além de qualquer juízo de valor sobre a adequação, ou não, de haver em nosso ordenamento, por exemplo, a possibilidade de que os agentes policiais conduzam ações controladas, com ou sem autorização judicial prévia, destaca-se que a implementação inicial e a ampliação do escopo destas ferramentas ocorre de maneira muito mais veloz que a incorporação de medidas processuais dentro de um padrão de controle do exercício do poder punitivo voltado à concretização dos direitos individuais.

Por derradeiro, destaca-se que Convenção é mencionada¹³³ na exposição de motivos do PL 2.688/1996, que foi convertido na Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/1998). Na Justificativa do PL, apresentada pelos Ministros da Justiça, da Fazenda, das Relações Exteriores e da Casa Militar ao Presidente da República, está registrado que o fundamento inicial e central da elaboração da Lei de Lavagem de Capitais foi a adesão do Brasil à Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena)¹³⁴. Percebe-se, portanto, que o tratado rapidamente se integrou no sistema normativo de leis que promovem um recrudescimento do exercício do poder punitivo.

¹³² Revogada pela Lei nº 11.343/2006, que ampliou em seu artigo 53, inciso II, as possibilidades de ação controlada (“não-atuação policial”) em qualquer fase da persecução criminal relativa a crimes previstos na Lei supracitada.

¹³³ No Diário da Câmara dos Deputados de 6 de fevereiro de 1997, na página nº 03871, é citado como legislação anexa ao PL o Decreto nº 154/1991, que incorporou ao nosso ordenamento a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD06FEV1997.pdf#page=97>>.

¹³⁴ Os oito primeiros parágrafos da Exposição de Motivos do PL são destinados apenas a apresentar em que medida o Brasil se vincula aos dispositivos da Convenção e deve concretizar os compromissos afirmados. Neste cenário, destaca-se o seguinte “8. Portanto, o presente projeto se constitui na execução nacional de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a começar pela Convenção de Viena de 1988”. Este excerto consta na página nº 03872 do diário da Câmara dos Deputados do dia 6 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD06FEV1997.pdf#page=97>>.

2.2.3 Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais

A presente Convenção foi o meio pelo qual o Estado brasileiro assumiu o compromisso de criminalizar condutas relacionadas à corrupção de funcionários públicos estrangeiros. Destaca-se que a Convenção passou a produzir seus efeitos no ordenamento jurídico nacional em 30 de novembro de 2000. Já em 11 de junho de 2002, por meio da Lei nº 10.467/2002, foram incorporados ao Código Penal os delitos de corrupção ativa em transação comercial internacional (artigo 337-B), tráfico de influência em transação comercial internacional (artigo 337-C) e a definição de funcionário público estrangeiro (artigo 337-D).

Ainda que tais alterações tenham um caráter material de criminalização de condutas, sem reflexos imediatos ao processo penal (binômios proibir/justificar e punir/perdoar), é importante salientar a velocidade de incorporação ao ordenamento e a regulamentação específica das disposições de um tratado internacional que pretende ampliar o escopo do exercício do poder punitivo. Neste sentido, destaca-se mais uma vez a rapidez da tramitação legislativa, pois o PL nº 4.143/2001 foi proposto em 19 de fevereiro de 2001 e foi convertido na Lei nº 10.467/2002, pouco mais de um ano depois, em 11 de junho de 2002.

2.2.4 Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo)

Assim como nas demais Convenções analisadas, nos conceitos iniciais do documento são apresentadas as definições que, na sequência, serão utilizados no estabelecimento de medidas cautelares de natureza processual, as quais geram impacto direto sobre o processo penal e, mais especificamente, sobre as possibilidades de exercício de um padrão de eficiência de aplicação do poder punitivo no processo penal. Em espécie, a Convenção de Palermo apresenta a definição de bens¹³⁵ (artigo 2º, alínea

¹³⁵ “d) ‘Bens’ - os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos”.

d), produto do crime¹³⁶ (artigo 2º, alínea e), bloqueio¹³⁷ (artigo 2º, alínea f), confisco¹³⁸ (artigo 2º, alínea g) e entrega vigiada¹³⁹ (artigo 2º, alínea i).

A Convenção também apresenta um caminho para o recrudescimento do poder punitivo, na medida em que prevê a criminalização de condutas como a lavagem de produtos do crime (artigo 6º) e corrupção (artigo 8º).

Ao dispor sobre os aspectos processuais, a Convenção concita os Estados à adoção de um padrão de eficiência do processo penal, que deve ser utilizado não somente como uma ferramenta para aplicar pena às condutas previstas no documento, mas que também deve estar orientado ao combate de referidas condutas:

Cada Estado Parte diligenciará para que qualquer poder judicial discricionário conferido pelo seu direito interno e relativo a processos judiciais contra indivíduos por infrações previstas na presente Convenção **seja exercido de forma a otimizar a eficácia das medidas de detecção e de repressão destas infrações**, tendo na devida conta a necessidade de exercer um efeito cautelar da sua prática. (artigo 11, §2º).¹⁴⁰

Percebe-se aqui exemplo evidente da instrumentalização do processo no sentido da realização de um fim político alheio à tutela do indivíduo, qual seja, o combate às atividades desempenhadas por organizações criminosas. Nesta toada, o artigo 11, §3º da Convenção apresenta aos Estados Partes a orientação de cautela na concessão de liberdade provisória a investigados¹⁴¹, pois as condutas previstas na Convenção são abstratamente graves: não se aborda a questão da prisão cautelar a partir da análise em concreto das circunstâncias que envolvem o caso. É uma circunstância observável da prática que delitos praticados no contexto de organizações criminosas frequentemente se revestem de maior gravidade. Todavia, a legislação não pode adotar

¹³⁶ “e) ‘Produto do crime’ - os bens de qualquer tipo, provenientes, direta ou indiretamente, da prática de um crime”.

¹³⁷ “f) ‘Bloqueio’ ou ‘apreensão’ - a proibição temporária de transferir, converter, dispor ou movimentar bens, ou a custódia ou controle temporário de bens, por decisão de um tribunal ou de outra autoridade competente”.

¹³⁸ “g) ‘Confisco’ - a privação com caráter definitivo de bens, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente”.

¹³⁹ “i) ‘Entrega vigiada’ - a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática”.

¹⁴⁰ Grifo nosso.

¹⁴¹ O artigo 11, §4º da Convenção, apresenta a seguinte redação: “Cada Estado Parte providenciará para que os seus tribunais ou outras autoridades competentes tenham presente a gravidade das infrações previstas na presente Convenção quando considerarem a possibilidade de uma libertação antecipada ou condicional de pessoas reconhecidas como culpadas dessas infrações”.

para si tal noção genérica e imperfeita para criar uma regra geral no sentido de restringir a liberdade dos indivíduos por meio de instrumentos processuais penais.

Nos dispositivos subsequentes, a Convenção dispõe largamente sobre ferramentas para investigações conjuntas e sincronização entre os Estados Partes no exercício do poder punitivo. Além da extradição (artigo 16), destacam-se a assistência judiciária recíproca (artigo 18), as investigações conjuntas (artigo 19), as técnicas especiais de investigação (artigo 20), medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei (artigo 26) e a cooperação entre as autoridades competentes para a aplicação da lei (artigo 27).

2.2.5 Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida)

O caráter de eficiência no exercício do poder punitivo da Convenção é evidenciado em seu primeiro artigo, que estipula “promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção” (artigo 1º, alínea a) como uma de suas finalidades, ou seja, busca-se uma maior eficiência na punição da corrupção. Ao apresentar as definições iniciais, a Convenção apresenta conceitos que denotam a busca de tal objetivo: “bens” (artigo 2º, alínea d), “embargo preventivo” (artigo 2º, alínea f), “confisco” (artigo 2º, alínea g) e “entrega vigiada” (artigo 2º, alínea i).

Em seu terceiro Capítulo, a Convenção apresenta os delitos que os Estados Partes devem incorporar aos seus respectivos ordenamentos. Trata-se de condutas que, via de regra, agridem a Administração Pública dos Estados, mas que, nesta hipótese, são praticadas internacionalmente: suborno de funcionários públicos nacionais (artigo 15); suborno de funcionários públicos estrangeiros e de funcionários de organizações internacionais públicas (artigo 16); malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público (artigo 17); tráfico de influências (artigo 18); abuso de funções (artigo 19); enriquecimento ilícito (artigo 20); suborno no setor privado (artigo 21); malversação ou peculato de bens no setor privado (artigo 22); lavagem de produto de delito (artigo 23); encobrimento (artigo 24); e obstrução da justiça (artigo 25).

Na sequência, há disposição específica para tratar sobre processo, sentença e sanções (artigo 30). De plano, percebe-se novamente que a preocupação da norma é a

eficiência da utilização dos instrumentos processuais como ferramenta para o combate à corrupção. Neste sentido, o artigo 30, §3º da Convenção possui a seguinte redação:

Cada Estado Parte velará para que se exerçam quaisquer faculdades legais discricionárias de que disponham conforme sua legislação interna em relação ao indiciamento de pessoas pelos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção **a fim de dar máxima eficácia às medidas adotadas** para fazer cumprir a lei a respeito desses delitos, tendo devidamente em conta a necessidade de preveni-los.¹⁴²

Percebe-se que a redação genérica do artigo ora analisado permite que o exercício do poder punitivo seja estendido sem que haja um critério limitador.

No artigo 31, a Convenção aborda o embargo preventivo, a apreensão e o confisco. Para além da ideia de desenvolvimento de medidas cautelares patrimoniais nos ordenamentos dos Estados Partes – sem menção expressa a qualquer garantia processual mínima que os Estados Partes devem observar ao instituírem tais medidas em seus ordenamentos internos –, a Convenção cria uma regra genérica que afasta a possibilidade de que os Estados Partes, uma vez ordenado, não apresentem ou apreendam documentos bancários, financeiros ou comerciais sob o argumento do sigilo bancário¹⁴³. É certo que o sigilo bancário pode interessar parcialmente à instituição bancária que detém informações desta natureza, mas, em última análise, estas informações dizem respeito ao sigilo bancário de um indivíduo, que compõe a esfera do seu direito à intimidade. Assim, uma exclusão genérica e *ex ante* de tal garantia parece ser contrária às disposições vigentes em nosso ordenamento sobre garantias individuais, representando uma extensão excessiva do alcance do exercício do poder punitivo.

Não bastando a disposição ora citada, a convenção ainda prevê que os Estados Partes, no caso de investigações – ou seja, antes mesmo da instauração de um processo penal – de fatos que se subsomem às disposições da Convenção, devem garantir a existência em seus ordenamentos jurídicos de mecanismos aptos a “eliminar qualquer obstáculo que possa surgir como consequência da aplicação da legislação relativa ao sigilo bancário” (artigo 40). Nota-se que a redação apresentada é, no mínimo, temerária, ao equiparar que eventuais direitos e garantias relativas ao sigilo bancário sejam meros obstáculos. Para além disso, percebe-se que a ideia de eliminar representa uma

¹⁴² Grifo nosso.

¹⁴³ Artigo 31, §7º da Convenção: “7. Aos efeitos do presente Artigo e do Artigo 55 da presente Convenção, cada Estado Parte facultará a seus tribunais ou outras autoridades competentes para ordenar a apresentação ou a apreensão de documentos bancários, financeiros ou comerciais. Os Estados Partes não poderão abster-se de aplicar as disposições do presente parágrafo amparando-se no sigilo bancário”.

supressão completa do direito, algo completamente incompatível com a ordem democrática e com os direitos fundamentais incorporados ao nosso ordenamento por meio da internalização de tratados de direitos humanos, os quais também são hierarquicamente superiores à norma ora analisada. É viável, em uma ordem democrática e em um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo, que direitos individuais tenham algumas de suas manifestações restringidas em nome da tutela de outros direitos e interesses igualmente legítimos e assegurados na Constituição. O que não se admite é uma norma infraconstitucional estipular a supressão total de um direito e de maneira genérica, sem qualquer consideração de quais circunstâncias concretas ensejariam tamanha restrição.

Ademais, a Convenção estipula que os Estados Partes devem cooperar entre si ao investigarem (artigo 37), o que gera severas preocupações quanto ao respeito às garantias individuais previstas em nosso ordenamento, na medida em que uma prova ou medida investigativa pode ser realizada sob a égide de ordenamento jurídico estrangeiro sem que sejam observadas garantias fundamentais reconhecidas na ordem jurídica brasileira e, a partir dessa volatilidade nos espaços jurídicos, ainda ser utilizada em eventual processo penal conduzido pelo Estado brasileiro. Neste contexto, cabe destacar que a Convenção também prevê formas especiais de investigação (artigo 50), como a entrega vigiada, a vigilância eletrônica, operações secretas. Trata-se de previsões genéricas que não estabelecem limites mínimos de respeito às garantias individuais e preceitos processuais constitucionais e, ainda assim, estipulam o compromisso dos Estados Partes no sentido de “permitir a admissibilidade das provas derivadas dessas técnicas em seus tribunais” (artigo 50, §1º).

2.2.6 Convenção sobre o Crime Cibernético (Convenção de Budapeste)

A presente Convenção possui diversos mandamentos incriminadores a serem cumpridos pelos Estados-Parte. Há previsão de criminalização de condutas que atentem contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de dados e crimes determinados em função do conteúdo da informação veiculada, por exemplo. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, alguns destes mandamentos incriminadores já foram adimplidos antes mesmo que a Convenção passasse a produzir seus efeitos no plano jurídico nacional, algo exemplificado pelos delitos de violação de dispositivo informático (artigo 154-A do Código Penal); divulgação de cena de estupro ou de cena

de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (artigo 218-C do Código Penal); e inserção de dados falsos em sistema de informações (artigo 312-A do Código Penal).

Relevante notar que a Convenção estipula a obrigação de que cada Estado-Parte adote medidas legislativas para promover a responsabilidade penal da pessoa jurídica pela prática de crimes nela previstos. Trata-se de flagrante extensão dos limites de incidência do poder punitivo do Estado, com relação à qual sequer há maioria doutrinária que reconheça sua compatibilidade com o direito penal brasileiro. Nota-se que a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, para os casos previstos na Convenção, foi incorporada ao ordenamento jurídico nacional sem maiores discussões, de sorte que o tempo de tramitação legislativa entre a apresentação do Projeto de Decreto Legislativo e a aprovação do Decreto Legislativo foi de somente 6 meses.

É certo que a Convenção, por si só, não instrumentaliza a aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica para os crimes cibernéticos. Atualmente, em nosso sistema jurídico, vislumbra-se tal possibilidade somente em se tratando de crimes ambientais. De toda sorte, trata-se de relevante sinal sobre as escolhas político-criminais do Estado.

Mais próxima aos temas abordados no presente trabalho é a Seção 2 da Convenção sobre o Crime Cibernético, destinada especificamente às medidas de natureza processual que os Estados-Parte deverão adotar. O artigo 14 da Convenção introduz as medidas de cunho processual e prega o respeito aos direitos humanos e liberdades individuais a observância das disposições da Convenção do Conselho da Europa para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e da Convenção Internacional da ONU sobre Direitos Cívicos e Políticos.

De toda sorte, em específico nas disposições da Convenção que versam sobre a entrega de dados armazenados em sistemas de computador, é possível vislumbrar um aumento no alcance do exercício do poder punitivo do Estado e uma maior possibilidade de restrição à intimidade dos indivíduos. O principal questionamento que se pretende levantar sobre tais dispositivos (artigo 18 da Convenção) diz respeito à vagueza dos termos empregados: há mandamentos para a criminalização de condutas compostas por conceitos genéricos e a adoção da técnica legislativa de listagem de diversas ações (verbos) passíveis de criminalização – a exemplo da tipificação da “danificação, a eliminação, a deterioração, a alteração ou a supressão dolosas e não

autorizadas de dados de computador”. Paralelamente, há previsão de medidas cautelares de preservação e entrega de informações para investigar tais crimes. Contudo, na medida em que as possibilidades de enquadramento de condutas às hipóteses típicas da Convenção são praticamente ilimitadas, torna-se preocupante até que ponto é possível obter informações, a princípio privadas, para investigar os referidos crimes.

Tal preocupação se torna ainda mais sensível diante da possibilidade da busca e apreensão de dados de computador, prevista no artigo 19 da Convenção:

Artigo 19 - Busca e apreensão de dados de computador

1. Cada Parte adotará medidas legislativas e outras providências necessárias para dar poderes a suas autoridades competentes para busca ou investigação, em seu território:

- a. de qualquer sistema de computador ou de parte dele e dos dados nele armazenados; e
- b. de qualquer meio de armazenamento de dados de computador no qual possam estar armazenados os dados procurados em seu território.

É certo que tais provisões devem ser regulamentadas antes de uma efetiva implementação. De toda sorte, é nítido que o enfoque da Convenção é no sentido de aumentar as possibilidades de combate à prática de um rol bastante inespecífico de condutas, sem menções precisas aos direitos dos indivíduos que podem, eventualmente, ser inseridos no polo passivo de uma dessas medidas.

Flagrante exemplo dessa falta de preocupação com os direitos individuais que podem ser restringidos no curso de medidas investigativas é o artigo 21 da Convenção, que estipula a possibilidade de interceptação de dados de conteúdo. Além da necessidade de sigilo na execução da medida, não há qualquer menção a requisitos mínimos para que seja adotada medida tão gravosa. Trata-se de padrão inferior àquele já existente em nosso ordenamento, que prevê requisitos bastante específicos para que se proceda à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, nos termos do artigo 2º da Lei nº 9.296/1996.

2.3 ESTUDO DA INFLUÊNCIA DOS TRATADOS ANALISADOS SOBRE A EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DE PROJETOS DE LEIS QUE ABORDAM QUESTÕES PROCESSUAIS PENAIIS

Preliminarmente, constatou-se que os tratados internacionais que favorecem o desenvolvimento de um padrão de eficiência na aplicação do poder punitivo, por meio do processo penal, são incorporados mais rapidamente que os tratados internacionais

que dão subsídios à estruturação de um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo e que as disposições do primeiro grupo de tratados impactam a conformação do processo penal brasileiro mais velozmente que as do segundo grupo. Com base nisso, buscou-se um aprofundamento na análise dos impactos que a incorporação dos tratados que exacerbam o exercício do poder punitivo possui na conformação do processo penal

Para tanto, foram selecionadas todas as leis que alteraram o Código de Processo Penal a partir de 1988. Ademais, foram escolhidas outras leis que também instrumentalizam um padrão de eficiência do processo penal com uma expansão da capacidade estatal em punir condutas de um modo geral, quais sejam: Lei de Tóxicos (Lei nº 6.368/1976), Lei sobre a Prisão Temporária (Lei nº 7.960/1989), Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), Lei sobre Interceptação Telefônica (Lei nº 9.296/1996), Lei sobre os Crimes de Lavagem (Lei nº 9.613/1998), Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e a Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013). No que coube a estas oito leis, também foram identificadas todas as leis que modificaram as redações originais a partir de 1988.

Com base no levantamento do corpo legislativo a ser estudado, entendeu-se que a forma mais adequada para identificar eventuais influências dos instrumentos normativos oriundos do plano internacional e incorporados ao nosso ordenamento na conformação do processo penal era a análise os Projetos de Lei que deram origem a cada uma dessas leis e às suas subsequentes alterações. Com isso, buscou-se identificar, na seção da exposição de motivos ou na de legislação conexa citada, a menção a algum dos tratados analisados nos últimos dois títulos.

É certo que a exposição de motivos dos Projetos de Lei e os próprios Projetos são apenas um recorte do processo legislativo. Ao tramitar nas diversas comissões e plenários das Casas, vislumbra-se a possibilidade de alteração do texto original e, até mesmo, da finalidade originalmente insculpida na lei proposta. Ainda assim, entende-se que a condução da presente pesquisa tendo por base os Projetos de Lei e suas respectivas exposições de motivos permite uma representação significativa da relação entre o desenvolvimento do processo penal brasileiro e os tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico nacional.

Além de ser elemento obrigatório à proposta legislativa, a exposição de motivos já faz parte do processo legislativo e integra o debate político. Ainda que ao longo do debate legislativo alterações profundas sejam possíveis, este controle formal é

relevante e bastante representativo da forma pela qual a legislação processual penal brasileira foi alterada.

Conforme será abordado na sequência, o espaço para recepção de influências políticas ao longo do processo legislativo é tema delicado, em especial quando se analisa o desenvolvimento do processo penal brasileiro sob um padrão de recrudescimento ou controle do exercício do poder punitivo. Assim, é cabível reconhecer que a análise promovida a partir dos Projetos de Lei e suas respectivas exposições de motivos não abarcará toda essa complexidade. Todavia, tal limitação não reduz a adequação da abordagem escolhida, uma vez que possíveis alternativas padeceriam do mesmo problema: ainda que fossem analisados, por exemplo, os debates em plenário e alterações ocorridas ao longo do processo legislativo, muito daquilo que influencia o texto legislativo é determinado nos bastidores por uma pluralidade de agentes e grupos de interesse, sem que haja registros nos diários oficiais. Neste sentido, como o estudo proposto abordou inicialmente tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico nacional – sem também se debruçar sobre os debates que determinaram a conformação do texto final ou a própria celebração do tratado –, coerente é a escolha de analisar os Projetos de Lei e exposições de motivos, que cristalizam os fenômenos abordados nesta pesquisa.

Como recorte temporal ao estudo delineado, estabeleceu-se o ano de 1988 como marco inicial. O motivo é que, dos oito tratados, cuja menção em Projetos de Lei se procura, sete são posteriores à promulgação da Constituição em 1988. Ademais, somente com a Constituição de 1988, cujo destaque ao padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo é reconhecido, faz sentido identificar a diferença ou a existência de eventual déficit na velocidade de incorporação ao processo penal de conceitos oriundos do plano internacional que fortalecem o padrão de controle do exercício do poder punitivo. A adoção de marco temporal anterior não seria representativa para a análise da hipótese levantada no presente trabalho, qual seja, a diferença de velocidade na incorporação ao processo penal de normas provenientes do espaço normativo internacional que garantem os direitos humanos, conformando um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo, e normas que expandem o alcance do exercício do poder punitivo, conformando um padrão de eficiência do processo penal.

Cumprindo ainda mencionar que a seleção das normas modificadoras do Código de Processo Penal e das outras oito leis estudadas foi realizada em consulta ao texto

integral de cada uma dessas leis, disponível no portal de legislação do planalto¹⁴⁴. Foi realizada busca textual ano a ano em cada um dos diplomas legislativos para assegurar a identificação de todas as modificações no texto original.

A análise desenvolvida foi compilada e exposta por meio de tabelas disponíveis em anexo, nos termos do sumário. De maneira resumida, dos sessenta e quatro atos normativos analisados, somente três deles mencionaram em sua exposição de motivos algum dos tratados anteriormente analisados. Destaca-se que, nas leis modificadoras do Código de Processo Penal, nenhuma correspondência foi encontrada. A análise de tais achados, cotejado com as conclusões parciais esboçadas ao longo deste capítulo, será realizada na próxima seção deste trabalho.

¹⁴⁴ Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>.

3 AS DUAS VELOCIDADES DE ALTERAÇÃO DO PROCESSO PENAL EM FUNÇÃO DA INTERNACIONALIZAÇÃO DO PODER PUNITIVO

A incorporação de tratados internacionais é uma das principais formas a partir das quais o direito produzido no espaço normativo nacional é diretamente impactado por influências do espaço normativo internacional. No processo penal, tanto é assim, que os tratados voltados à proteção dos direitos humanos são incorporados ao nosso ordenamento em um nível hierárquico superior às leis ordinárias, podendo ainda ser submetidos a rito específico para serem alçados ao patamar de emenda constitucional.

Ainda assim, verifica-se um déficit na incorporação do conteúdo destes tratados que conformam um padrão processual penal de controle, em comparação à velocidade com a qual os tratados que expandem o exercício do poder punitivo e estruturam um padrão de eficiência no processo penal impactam o ordenamento jurídico nacional. Diante da confirmação de tal hipótese, nos termos do capítulo anterior, pretende-se aduzir algumas considerações sobre o tema.

3.1 INTEGRAÇÃO DE NORMAS INTERNACIONAIS AO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

O padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo é aquele que reconhece no indivíduo processado a qualidade de sujeito de direitos, de sorte que a instrumentalidade do processo se volta também à garantia de tais direitos, realizando-os em sua dimensão subjetiva e objetiva (multifuncionalidade). Assim, a incorporação ao ordenamento pátrio de direitos humanos afirmados no plano internacional configura importante reforço ao padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo. Trata-se de algo que pode ocorrer não somente em razão de um eventual reconhecimento de um direito novo, anteriormente inexistente no ordenamento pátrio, mas também porque tratados de direitos humanos possuem importante função na ampliação do alcance objetivo dos direitos humanos, definindo seu conteúdo de uma maneira mais ampla, ou, ao menos, estabelecendo um conteúdo mínimo a ser respeitado no plano nacional.

Para que efetivamente produza seus efeitos no direito interno, um tratado internacional deve ser incorporado ao ordenamento nacional. A doutrina apresenta duas

possibilidades para que isso ocorra: a primeira é quando o tratado é incorporado ao ordenamento como norma de aplicabilidade direta, classificado como “*self executing*” (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 538), hipótese na qual produzirá seus efeitos desde logo e poderá ser aplicado a casos concretos e invocado perante um juiz sem qualquer outra regulamentação adicional; a segunda é aquela na qual o tratado, para que passe a ser uma norma de direito interno, “requer legislação especial” (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 538).

A diferenciação com base na possibilidade, ou não, de aplicação direta do conteúdo de eventual tratado – na medida em que um particular invoca o instrumento normativo oriundo do espaço normativo internacional perante um juiz que exerce sua jurisdição no espaço normativo nacional – revela uma faceta interessante sobre a relação entre os direitos humanos universalmente afirmados e os ordenamentos nacionais. Muito se fala em como o direito internacional permeia o direito interno e acaba por provocar-lhe alterações. Todavia, na medida em que tratados internacionais são incorporados, seja com aplicabilidade imediata, ou não, e são invocados por eventuais réus e aplicados por juízes, o conteúdo de uma norma originada no plano internacional é determinado por um juiz local: “não raro os tribunais internos são chamados a interpretar disposições dos tratados de direitos humanos no exame de casos concretos contribui em parte para explicar o impacto desses tratados no direito interno dos Estados Partes” (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 538).

É essencial para o estudo ora desenvolvido a percepção de que os tratados internacionais podem alterar e influenciar o direito interno tanto quanto o direito interno pode determinar a efetividade e a aplicabilidade das normas surgidas no espaço normativo internacional. Quando se busca identificar as influências dos direitos humanos universalmente afirmados a partir do plano internacional sobre o processo penal nacional, deve-se ter em mente que os conceitos oriundos do espaço normativo internacional somente terão algum grau de concretude quando influenciarem casos concretos que tramitam no âmbito interno¹⁴⁵.

A eventual incorporação ao plano jurídico nacional de um tratado internacional que preveja direito com reflexo processual penal somente terá alguma consequência

¹⁴⁵ Adota-se tal afirmação em um viés generalista da possibilidade de produção de efeitos pelos direitos humanos previstos em tratados internacionais incorporados ao ordenamento interno aos países. Sustenta-se que esta é a principal forma a partir da qual a produção de efeitos ocorre de maneira imediata, sem olvidar a existência de instâncias internacionais de controle e jurisdição, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

prática e concretude se tal norma for aplicada e o referido direito reconhecido no caso concreto. Exemplificativamente, de nada adiantaria um tratado internacional afirmar que cabe a todo indivíduo o direito a um julgamento imparcial se, mesmo após sua incorporação ao ordenamento local, os tribunais e os juízes do país que adotou tal tratado continuassem a reconhecer a validade de provas cuja produção é determinada de ofício por aquele que será responsável por julgar o mérito da causa.

No caso específico do Brasil, os tratados internacionais em matéria de direitos humanos detêm o poder da aplicabilidade imediata (“*self executing*”), ou seja, uma vez incorporados ao ordenamento, podem ser invocados e aplicados pelos magistrados sem que haja lei posterior regulamentando suas disposições. Tal afirmação decorre especificamente das características jurídicas dos direitos humanos que, independentemente de eventual divisão em espécies ou gerações de direitos, retêm, a partir da ideia de multifuncionalidade, dimensão subjetiva que permite a estes direitos serem invocados de imediato pelos particulares e aplicados desde logo pelos juízes.

Esta conclusão é subsumível aos critérios de Cançado Trindade sobre a possibilidade de aplicabilidade imediata dos tratados internacionais incorporados ao ordenamento nacional. Para o autor, exige-se que “a norma conceda ao indivíduo um direito claramente definido e exigível ante um juiz” (2003, p. 538). Percebe-se aqui a natureza subjetiva do direito em questão, no que se remete o leitor à exposição sobre a multifuncionalidade dos direitos humanos. Assim, é possível sustentar que tal critério não seria efetivo, pois não excluiria a aplicabilidade imediata de qualquer direito afirmado, pois todos eles apresentam uma dimensão subjetiva passível de reivindicação imediata pelo indivíduo. De todo modo, a segunda exigência para a aplicabilidade imediata dos tratados incorporados é que a norma seja “suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente em um caso concreto, operando *per se* sem necessidade de um ato legislativo ou medidas administrativas subsequentes” (2003, p. 538). Este segundo critério só pode ser aferido diante do caso concreto e diz mais respeito sobre a técnica legislativa do que sobre a natureza jurídica dos direitos humanos e suas respectivas características.

A aplicabilidade imediata dos direitos humanos previstos em tratados internacionais, ao ser explicada a partir do ponto de vista constitucional, apresenta dificuldades, na medida em que a classificação de um tratado como sendo de direitos humanos impacta na hierarquia das normas incorporadas.

O artigo 5, §2º da Constituição, consagra que a positivação de direitos na Constituição (formalmente constitucionais) não exclui “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Aqui, a compreensão da expressão “tratados internacionais” deve ser feita de maneira extensiva, para que importantes documentos provenientes do direito internacional que dispõem sobre direitos humanos, mas não são nomeados como tratados, sejam adequadamente incorporados ao ordenamento pátrio, permitindo o reconhecimento dos direitos afirmados em função do seu conteúdo, não de seu rótulo. Neste sentido, destaca-se que tratado é um termo genérico, “significando um acordo internacional independentemente de sua designação particular” (CANÇADO TRINDADE, 2017, p. 12).

Percebe-se, todavia, que, para além de um conceito formal de Constituição, representado como aquilo que o Constituinte expressamente fez constar na Constituição, há também uma noção material “no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da constituição de um Estado, mesmo não constando expressamente no catálogo originalmente definido pelo constituinte” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 147). Ao afirmar que os direitos humanos previstos em tratados internacionais incorporados ao ordenamento interno fazem parte dessa noção material de Constituição, seria imediata a conclusão de que tais direitos garantem aplicabilidade imediata, pois o artigo 5º, §1º da Constituição assim prevê: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Este raciocínio, entretanto, resta impactado por questões de hierarquia normativa, em especial porque a inclusão do §3º ao artigo 5º pela Emenda Constitucional 45/2004 restringiu que somente tratados e convenções em direitos humanos aprovados “em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Assim, alçar ao patamar constitucional material os direitos humanos decorrentes de tratados, nos termos do artigo 5º, §2º, conflitaria com a exigência de quórum qualificado para sua assunção ao mesmo plano de hierarquia normativa.

Atualmente, o entendimento do STF¹⁴⁶ é pelo caráter supralegal dos tratados de direitos humanos que não são incorporados ao ordenamento seguindo o rito previsto no artigo 5º, §3º da Constituição.

Para os fins deste trabalho, esta questão sobre a hierarquia normativa específica dos tratados internacionais de direitos humanos não afasta a conclusão de que tais direitos, uma vez incorporados ao ordenamento, possuem aplicabilidade imediata. A questão da hierarquia poderia eventualmente permitir a derrogação de alguma disposição do tratado incorporado em face de norma hierarquicamente superior, sem afetar a imediata aplicabilidade. De todo modo, a supracitada decisão do STF, que modificou um entendimento histórico do Tribunal assumido ainda sob o paradigma da Constituição de 1969, “segundo a qual os tratados possuiriam o mesmo nível hierárquico das leis ordinárias” (MAUÉS, 2013, p. 215), é da mais alta importância para a análise da incorporação ao processo penal pátrio de matrizes que freiam o poder punitivo.

Se o entendimento vigente é pela supralegalidade dos tratados internacionais em direitos humanos incorporados ao ordenamento, mesmo sem que seja aplicado o rito previsto no artigo 5º, §3º da Constituição, então todo direito humano com reflexo sobre o processo penal oriundo da incorporação de tratado internacional, além de aplicabilidade imediata por sua natureza jurídica e características intrínsecas, também apresenta hierarquia normativa superior em relação ao Código Penal. Pelo exposto, ao menos em tese, toda disposição de tratado de direitos humanos incorporado ao ordenamento jurídico nacional invocada, no caso concreto, por réu, em processo penal, deveria derrogar eventual disposição em sentido contrário existente na legislação processual penal ordinária e ser aplicada pelo juiz para regular o caso concreto.

3.2 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A INTERNALIZAÇÃO DE POLÍTICAS CRIMINAIS

A identificação de dois padrões aplicáveis ao processo penal, um de controle e um de eficiência no exercício do poder punitivo, e o estudo da influência da internacionalização do direito, representada pela universalização dos direitos humanos e

¹⁴⁶ RE 466343, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165

pela internacionalização do poder punitivo, permitiu uma reflexão da relação destas quatro noções. Identificou-se que, no processo penal brasileiro, a influência de normas oriundas do plano internacional é mais veloz na incorporação de dispositivos que recrudescem o poder punitivo, aumentando as possibilidades de restrições dos direitos individuais ao longo do processo, por exemplo, do que na adoção de normas garantidoras dos direitos humanos no âmbito do processo penal.

Tal fenômeno foi constatado com base na demora para que os tratados em matéria de direitos humanos fossem incorporados ao nosso ordenamento, que é aferida de maneira objetiva, mas, principalmente, em comparação com o tempo necessário à incorporação de tratados internacionais que contenham dispositivos que aumentam o alcance do poder punitivo. A confirmação de tal hipótese levanta o questionamento sobre qual seria a razão para a internacionalização do poder punitivo impactar o processo penal de maneira mais determinante no desenvolvimento de um padrão de eficiência do que de um padrão de controle.

Os conceitos já apresentados neste trabalho poderiam indicar uma possível resposta. Quando se iniciou a análise dos padrões existentes no direito processual penal brasileiro, sem ainda abordar as influências aportadas de outros espaços normativos, apresentou-se o padrão de eficiência profundamente vinculado ao Estado autoritário vigente durante a elaboração do Código de Processo Penal de 1941. Assim, apresentaram-se as origens autoritárias da legislação processual penal atual consubstanciadas na defesa do então Ministro da Justiça, Francisco Campos, que o processo penal e, em especial, o Código de Processo Penal, deveriam ser ferramentas para combater a criminalidade, acabar com a impunidade, proteger as vítimas de crimes e ainda ajudar a implementar e dar eficácias aos valores defendidos por um Estado Nacional – com tantas funções, era verdadeiramente um super processo penal.

Este foi o marco legislativo isolado em matéria processual penal por mais de 45 anos e sustentou um processo penal que favorecia um padrão de máxima eficiência do exercício do poder punitivo. É tão evidente a instrumentalização do processo na busca de fins políticos eleitos pelo Estado, denotando uma natureza autoritária da legislação vigente, que não houve uma grande reforma legislativa no Código de Processo Penal entre 1964 e 1988, indicando que a Lei existente servia aos propósitos políticos da Ditadura que se instalou no poder durante o período mencionado. A constatação deste cenário é, ademais, apenas a manifestação mais moderna de uma longa tradição de construções autoritárias de exercício do poder punitivo.

Veja-se que, no período anterior à edição do Código de Processo Penal de 1941, a legislação que regulava a matéria também não era orientada à concretização de direitos individuais: o Código de Processo Penal de 1832 foi elaborado dentro do contexto de um regime político pautado na exploração da mão de obra escrava. Ademais, antes disso, o poder punitivo era verticalizado ao longo de toda a sociedade em decorrência do processo de colonização sofrido pelo Brasil: “um Estado colonizador [...] requer uma estrutura colonizante, que é a estrutura verticalizada, hierarquizada (exércitoforme), que só pode ser obtida mediante o reforço do poder punitivo” (ZAFFARONI, 2012, p. 42).

Estes séculos de utilização preponderante do processo penal como instrumento de extensão dos limites do poder punitivo só foram interrompidos em 1988, com a promulgação da Constituição, que lançou as bases para um novo paradigma de organização política, pautada no reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos, os quais deveriam ser respeitados e concretizados pelo Estado. Com isso, foram implementadas as bases do processo penal constitucional, que vão ao encontro de um padrão processual penal de controle do poder punitivo. Assim, temporalmente, percebe-se um período muito maior de grande protagonismo do desenvolvimento de um processo penal pautado no padrão de eficiência do exercício do poder punitivo, interrompido somente por recente edição da Constituição, que passou a dar destaque às noções que conformam um padrão processual penal de controle, o qual deveria passar a ter preponderância em relação às manifestações autoritárias no processo penal.

Assim, diante do exposto, poder-se-ia justificar a maior facilidade em internalização de normas oriundas do plano internacional que se alinham com o padrão processual que já está há mais tempo desempenhando um papel de destaque na estruturação do processo penal brasileiro, qual seja, o padrão de eficiência. Diversamente, as normas decorrentes de tratados em matéria de direitos humanos incorporados ao ordenamento pátrio produziram efeitos na conformação do processo penal de maneira mais lenta, justamente porque o desenvolvimento do processo penal tendo o padrão de controle e a garantia de direitos no plano individual como seus vetores determinantes é um fenômeno mais recente, que exigiria mais amadurecimento.

De plano, tal conclusão pode ser rechaçada, pois a preponderância de um padrão processual ou de outro não é como uma corrida de revezamento, na qual há uma passagem de bastão que marca o fim de um padrão de eficiência, que dá lugar a um padrão de controle. Do mesmo modo que o padrão processual de eficiência não foi

extinto em 5 de outubro de 1988, o padrão processual de controle do exercício do poder punitivo não teve sua gênese no mundo jurídico neste mesmo dia.

A analogia mais adequada sobre o desenvolvimento do fenômeno processual seria, quiçá, a de diferentes corredores em um pelotão, dentro do qual, apesar do mesmo percurso em sentido genérico, cada um possui um ritmo e um traçado próprios, que se desenvolvem de maneira relativamente independente ao outro e fazem com que cada corredor – padrão processual – exista simultaneamente ao outro. Neste processo, vislumbra-se a possibilidade que um ou outro padrão processual alcance, circunstancialmente, a liderança ou uma posição de destaque na conformação do processo penal brasileiro, mas sem que isso apague a existência do outro ou elimine a possibilidade de eventual inversão futura na assunção de posição de proeminência.

Assim, por mais que a Constituição de 1988 tenha marcado a colocação em evidência dos preceitos processuais que conformam um padrão de controle do exercício do poder punitivo, seria equivocado atribuir toda a diferença no impacto que a internacionalização do direito tem sobre o processo penal brasileiro a uma questão temporal. Lembra-se, neste sentido, os ensinamentos de Binder, no sentido de que “cada sistema processual será o produto da conjunção de normas de um e outro tipo e, portanto, será essencialmente uma síntese, culturalmente condicionada, dessas duas forças básicas”¹⁴⁷ (1999, p. 59). De todo modo, a Constituição de 1988 já está vigente há mais de 34 anos, tempo suficiente para que, em tese, houvesse um desenvolvimento satisfatório de suas disposições, ainda mais quando se leva em consideração da aplicabilidade imediata das normas de direitos humanos, intensamente ligadas ao padrão processual de controle. Nesta linha, cabe ainda lembrar que os tratados internacionais em matéria de direitos humanos apresentam hierarquia normativa superior às leis ordinárias e ao próprio Código de Processo Penal, o que deveria, a princípio, acelerar a produção de efeitos do padrão de controle do exercício do poder punitivo sobre o processo penal brasileiro.

Do mesmo modo que um maior decurso temporal não representará, inexoravelmente, maior desenvolvimento do padrão de controle do exercício do poder punitivo, com uma incorporação mais veloz dos direitos e das garantias individuais insculpidas em tratados internacionais em matéria de direitos humanos incorporados ao

¹⁴⁷ Tradução nossa do original: “cada sistema procesal será el producto de la conjunción de normas de uno y otro tipo y, por lo tanto, será esencialmente una síntesis, culturalmente condicionada, de estas dos fuerzas básicas”.

ordenamento nacional, também não se compreende que uma eventual guinada a um sistema processual penal acusatório representará uma panaceia aos problemas do recrudescimento do processo penal e de sua instrumentalização à consecução de fins políticos às custas dos direitos individuais do réu. Tanto é assim, que Gloeckner pontua a insuficiência da discussão sobre sistemas processuais estruturados com base em apenas uma característica fundamental, como a separação entre as funções processuais de julgar e acusar. De acordo com este único critério, “se deveria conceber as Ordenações de 1670 uma legislação acusatória, quando se sabe – qualquer neófito é bem capaz de sabê-lo – que se tratou do principal registro legislativo de práticas inquisitoriais na França” (2021, p. 5).

Nesta mesma linha, reitera-se que afirmar que a adoção de um sistema acusatório, cuja principal característica seja a oralidade, também serviria perfeitamente às ideias processuais de Francisco Campos, idealizador do vigente Código de Processo Penal. O Ministro da Justiça do Estado Novo, assim como os atuais defensores da reforma acusatória do processo penal, defendia a oralidade como característica central no rito processual. É evidente que as duas posições não podem ser postas na mesma prateleira, pois a primeira busca a oralidade como uma forma de exacerbar o poder punitivo e colocar o juiz como gestor da prova na busca da verdade real, e a segunda busca a oralidade como ferramenta para garantir os direitos do investigado e dar maior amplitude ao direito de defesa e à paridade de armas.

Ainda que se afirme a dimensão cultural que deve ser trabalhada em conjunto com a adoção da oralidade em um processo penal acusatório, observa-se que a adoção de um processo acusatório é apenas um dentre vários pilares fundamentais do processo penal constitucional, sendo que, por exemplo, para Binder, não se trata sequer da garantia fundante de um processo constitucionalmente orientado, o qual seria organizado especialmente a partir das noções de *juicio previo* e presunção de inocência, das quais decorrem as demais noções fundamentais do processo penal constitucional.

Tampouco se afirma que a adoção do sistema acusatório seja parte do problema; muito pelo contrário. Tão somente se busca expor que *não é possível oferecer respostas simples a problemas complexos*.

A defasagem no desenvolvimento de um padrão processual de controle do exercício do poder punitivo a partir da adoção dos direitos humanos afirmados como linguagem comum no plano internacional, não decorre de uma “juventude” da

Constituição e não pode ser recomposta somente por uma mudança de um sistema inquisitório escriturado para um acusatório pautado na oralidade.

Este problema no desenvolvimento de conceitos atinentes ao exercício do poder punitivo não é exclusivo dos padrões processuais apresentados. Trata-se de questão que também foi percebida na estruturação da pena no âmbito do direito processual penal. Entende-se que lições extraídas dessa situação podem ser de grande valia para a análise do motivo pelo qual os padrões do processo penal brasileiro são mais suscetíveis às mudanças originadas no espaço normativo internacional que representam maior eficiência do poder punitivo, do que aquelas ensejam uma maior efetivação dos direitos humanos.

Dissenha explica que, tradicionalmente, as justificativas dos fins da pena se dividiam entre a ideia de prevenção do crime e de retribuição. Contudo, “a Sociologia e a Filosofia [...], em um processo que não é recente, encarregaram-se de escrutinar o poder punitivo e suas relações com o controle social, dando conta de uma complexidade muito maior de razões pelas quais se pune” (2019, p. 225). Um marco importante nesta etapa do desenvolvimento do estudo criminológico é a teoria apresentada por Robert Merton, que, aplicando os estudos de Émile Durkheim sobre a anomia, conclui que se deve “interpretar o desvio como um produto da estrutura social, absolutamente *normal* como o comportamento conforme às regras” (BARATTA, 2014, p. 62). A apresentação de tal conclusão abriu as portas para diversas abordagens críticas sobre o estudo da criminalidade, que deixou de ser vista somente como uma anormalidade excluída dos limites da sociedade *normal*, justificada apenas, por exemplo, por características fenotípicas do *homem criminoso*.

Assim, como se pretende apontar no presente trabalho maior complexidade do problema da construção de um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo, a criminologia crítica lançou luz à “altíssima complexidade que caracteriza a noção de criminalidade, e, portanto [abrindo] um novo plano importante de estudos” (DISSENHA, 2019, p. 225). Até aqui, as teorias de justificação da pena eram pensadas especialmente para o contexto interno aos Estados. Contudo, com o desenvolvimento do direito penal internacional a partir de experiências de Tribunais Penais Internacionais, como os de Nuremberg, Tóquio, para Ruanda e para a ex-Iugoslávia, foi necessário desenvolver também teorias que justificassem as penas aplicadas neste novo espaço normativo.

A princípio, no que se refere ao exercício do poder punitivo no plano internacional, “a discussão materializa-se nesse binômio difícil e criticável de prevenção/retribuição, mas de uma forma muito menos clara, organizada e lógica, e certamente muito mais esquizofrênica” (DISSENHA, 2019, p. 226). Ou seja, Dissenha identifica que, no plano internacional de aplicação da pena, ainda não foram incorporadas satisfatoriamente as perspectivas críticas da justificativa da pena desenvolvidas originalmente com base na aplicação da pena no plano nacional. Destaca-se, neste sentido, que as teorizações de Merton foram estruturadas “em um ensaio de 1938” (BARATTA, 2014, p. 62) e, mesmo assim, os Tribunais Penais Internacionais continuam justificando as penas por eles aplicadas somente com base nas ideias de prevenção e retribuição. Contudo, “essa simples transposição teórica do nacional para o internacional não dá conta da realidade a que se aplica” (DISSENHA, 2019, p. 228).

Os motivos pelos quais se entende que o binômio prevenção/retribuição não é satisfatório à experiência do exercício do poder punitivo no plano internacional não são tão determinantes para o raciocínio aqui apresentado, de sorte que, para mais detalhes, remete-se à obra aqui citada de Dissenha (2019). O ponto determinante da análise dos fins da pena no plano do direito penal internacional para o presente trabalho é a explicação que se dá à defasagem constatada entre as justificativas da aplicação da pena no plano internacional e no plano nacional que, em maior ou menor medida, foi impactado pelas correntes críticas desenvolvidas ao longo de boa parte do Século XX. Dissenha afirma que “os penalistas internacionais tendem a reconhecer a falta de desenvolvimento da temática, mas o fazem com esperança em uma inevitável evolução, como um inafastável advento decorrente da evolução científica da disciplina que ainda está por vir” (2019, p. 239).

Ou seja, a justifica da permanência do padrão processual de eficiência de aplicação do poder punitivo em uma posição de proeminência (pois esta é a conformação que tradicionalmente se observou em nosso processo penal, em contraposição a um curto período de tempo desde quando o padrão de controle foi formalmente posto em lugar de destaque pela Constituição de 1988) assemelha-se à explicação de que a falta de incorporação das críticas criminológicas às justificativas da pena no plano internacional seria causada pela ausência de tempo hábil para a incorporação de tais conceitos às experiências de aplicação de pena existentes no espaço normativo internacional.

Assim como Dissenha entende que tal explicação é insuficiente e ingênua no que se refere à análise das justificativas da pena no plano internacional, entende-se, para os fins deste trabalho, que a maior velocidade de incorporação ao ordenamento pátrio das influências oriundas do espaço normativo internacional que representam maior influência do poder punitivo também não será compensada e equalizada à taxa de incorporação ao processo penal pátrio de direitos fundamentais provenientes do plano internacional com o simples decurso do tempo. O problema não está na carência de desenvolvimento teórico ou normativo do padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo.

Como a espera de um porvir nas justificativas da pena no plano internacional é classificada como ingênua, este mesmo anseio do desenvolvimento vindouro de um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo a ponto de ter igual ou maior velocidade de internalização que o padrão de eficiência também é irreal. Da mesma forma que Dissenha questiona se o decurso do tempo e todas as experiências desde Nuremberg não foram suficientes para que as teorias críticas de aplicação da pena fossem incorporadas às decisões dos Tribunais Penais Internacionais, este trabalho questiona se o decurso do tempo desde a Constituição de 1988, a internalização formal de diversos tratados em matéria de direitos humanos e a conferência de hierarquia normativa de supralegalidade a mencionados tratados também não seriam, a princípio, suficientes para, ao menos, equiparar as velocidades de internalização ao processo penal brasileiro das influências próprias da universalização dos direitos humanos no plano internacional e da internalização do poder punitivo pautado na ampliação do seu escopo de incidência.

A abordagem crítica do tema sugere que esta diferença de velocidades não é casual ou circunstancial, mas sim intencional e politicamente determinada. Dissenha explica que a natureza jurídica da pena é a mesma no plano nacional e no plano internacional, de sorte que a única diferença é que o poder exercido no plano internacional tem menos limitações e é menos racionalizado que o poder responsável pela aplicação da pena no plano jurídico interno aos Estados. Afirma-se que, diversamente do que se observa com relação à pena aplicada no plano nacional, “que é travestida de uma série de justificações e proposições, meta-limites e sistemas de controle para justificar-se, e tornar-se mais palatável ao sistema jurídico moderno, a pena aplicada internacionalmente se dispensa de tais racionalizações dogmáticas” (DISSENHA, 2019, p. 240).

Analogamente, também é possível dizer que o poder punitivo que se manifesta no plano internacional possui a mesma natureza que o poder punitivo percebido dentro do espaço nacional, de sorte que as diferenças percebidas e que determinam, em última análise, um *déficit* na incorporação ao processo penal nacional de influências garantidoras dos direitos humanos, e conformadoras de um padrão de controle, residem justamente na existência de diferentes limites existentes ao poder punitivo no plano nacional e no internacional.

Tal afirmação parte da percepção de que não é possível uma redução completa de poder ao direito: o poder é um fenômeno que o direito não consegue capturar totalmente (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 30). Se o fenômeno do poder fosse redutível ao direito, poder-se-ia vislumbrar que o direito específico a um espaço normativo poderia conformar de maneira particular aquele poder, que passaria a ser compreendido como um fenômeno totalmente eclipsado por uma manifestação específica de direito: não seria possível haver um juízo de certeza com relação à afirmação de que o poder punitivo do plano internacional, ao menos no que se refere ao conceito de poder, possui a mesma natureza que o poder punitivo do plano nacional. Neste sentido, deve-se lembrar que o direito é um produto do meio social dentro do qual ele é elaborado e, exatamente por tal razão, se o poder fosse um dado posterior e decorrente do direito, não seria possível afirmar que o poder punitivo internacional teria a mesma substância que o poder punitivo existente no plano nacional.

Ferraz Junior, com base na teoria social de Luhmann, afirma que poder é um “meio (*medium*) de comunicação” (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 34). De plano, esta concepção é importante, pois, na medida em que se identifica o poder como um meio, não se poderia afirmar a existência de um vácuo – nos termos da frase popularmente empregada de que *não existe vácuo de poder*. Assim, independentemente da existência de uma ordem jurídica no plano internacional ou nacional, será percebido o exercício do poder: “trata-se da impossibilidade de não comunicar-se como um axioma conjectural da pragmática da comunicação” (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 34). Ademais, a noção de poder como um *medium* permite a percepção do poder como a comunicação entre agentes, de sorte que o poder atua para estabelecer “possíveis relações causais como simbolicamente independentes da vontade do submetido” (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 41), neutralizando a vontade do submetido.

Na medida em que o poder é o meio no qual são aumentadas ou diminuídas as conexões seletivas, sua natureza permanece a mesma, não sendo afetada se a aplicação

de uma pena – aqui vista como um “meio institucional de comunicação que permite a vinculação de vontades” (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 41) – busca acelerar a chance de ocorrência de um comportamento nacional ou internacionalmente apreciado. Analogamente, da mesma forma que se compreende o poder como um meio de comunicação, permitindo a afirmação de que o exercício do poder no plano internacional possui a mesma substância que o poder no plano nacional, também se vislumbra a mesma afirmação no que se refere ao fenômeno da língua: há diversas línguas, como o português, o alemão, o persa, dentre muitas outras. Quando se considera cada língua a partir da perspectiva das pessoas que estão nela desde seu nascimento, percebe-se que “a língua não existe porque falamos mas falamos porque estamos dentro dela” (FERRAZ JÚNIOR, 2009, p. 33). Assim, independentemente à qual língua se esteja fazendo referência, ela poderá ser considerada esse meio que permite que as pessoas nele inseridas falem a língua em questão. O caráter da língua como meio de comunicação será o mesmo, independentemente de qual seja essa língua. O que eventualmente mudará serão as regras atinentes ao uso das línguas, seja no que se refere à gramática natural, ao vocabulário ou a qualquer outro aspecto conformador da língua, como o aspecto e a noção de tempo, sua prosódia ou ritmo. Percebe-se o mesmo cenário com relação ao poder: ele será sempre um meio de comunicação voltado à vinculação de vontade; o que poderá mudar circunstancialmente é a existência de regras para restringir, ampliar ou determinar a forma pela qual este poder poderá ser aplicado em determinado contexto ou em relação com determinado ordenamento jurídico. Dissenha resume nos seguintes termos:

A existência de um poder internacional (e da consequente violência punitiva) independe de uma regulação prévia, pois é inerente ao próprio homem e se manifesta nas suas instituições tanto no plano nacional quanto no plano internacional, sempre, sem dúvida, por meio de organizações capazes de neutralizar o uso da força ao mesmo tempo em que a legitimam. (2013, p. 28-29).

A diferença que se percebe entre o poder punitivo internacional e o nacional, contudo, é que a manifestação de poder no plano internacional é muito menos racionalizada. Se o poder é um meio comunicativo existente no plano internacional, é possível aduzir o raciocínio de que o uso desse poder na vinculação de vontades é limitado por algo que existe no plano internacional. É a partir das limitações do poder punitivo no plano internacional que é possível perceber uma diferença com relação às limitações ao poder punitivo no plano nacional. A despeito de tais limitações, reitera-se,

a substância do poder permanece a mesma. Dissenha afirma que o poder existente no plano internacional é limitado pelo direito produzido no plano internacional, que atua em sua formalização. O processo de formalização do poder exercido no plano nacional passa por um processo diferente daquele observado na racionalização do poder exercido no plano nacional. Suscintamente, a diferença não reside na comparação entre o poder punitivo existente no plano internacional e o poder punitivo percebido no plano nacional, mas sim nas normas que buscam a racionalização do poder dentro de cada um desses espaços de manifestação do poder.

Estabelece-se, assim, a conclusão parcial de que a substância do poder punitivo é a mesma, seja no plano nacional, seja no plano internacional, de sorte que a diferença reside na forma pela qual cada um desses poderes é limitado e racionalizado dentro de diferentes espaços normativos.

Pavarini afirma que essa menor limitação do poder punitivo no plano internacional, representado por um *déficit* no que se refere às justificativas da pena ou, para todos os efeitos, às limitações do alcance do poder punitivo, representado por uma maior eficiência na capacidade de punir condutas, não é exatamente o problema. O Professor italiano afirma que o poder punitivo existente no plano internacional é mais bruto que aquele existente no plano nacional, possuindo características mais puras no que se refere às possibilidades de aplicar e ameaçar a aplicação de uma pena: “um aspecto do fenômeno punitivo de pureza cristalina, melhor e mais genuíno que aquele que pode ser encontrado no próprio sistema sancionatório estatal”¹⁴⁸ (2008, p. 191). Esta manifestação mais crua do exercício do poder punitivo é incidente sobre aquelas condutas que podem ser tidas como as mais graves, como o crime contra a humanidade, o crime de guerra e o genocídio. Assim, forma-se a justificativa de que a criminalização tal qual ocorre no âmbito do direito penal internacional é necessária, pois voltada à tutela dos direitos humanos. Retorna-se aqui aos conceitos da Professora Mireille Delmas-Marty sobre a eleição de proibições fundamentais e a relação de ambivalência na afirmação de direitos humanos no plano internacional de maneira universal e a utilização do poder punitivo como uma ferramenta capaz de restringir estes mesmos direitos no plano individual, para permitir sua garantia no plano geral.

¹⁴⁸ Tradução nossa do original: “un aspetto del fenomeno punitivo di cristallina purezza, meglio e più genuino di quanto riscontrabile nel sistema sazionatorio statuale stesso”.

Assim, o exercício do poder punitivo no plano internacional seria, a princípio, um fenômeno que gozaria de tanta universalidade quanto os direitos humanos que ele se coloca a proteger. E é a partir da constatação de que tal afirmação não encontra eco na prática penal internacional que se torna possível escrutinar a flagrante e inafastável seletividade no desenvolvimento dos limites à aplicação do poder punitivo no plano internacional. Pavarini explicita tal seletividade no seguinte excerto: “se sabe, contudo, que pela violação desse *nomos* (genocídio, crime de guerra e contra a humanidade), não responderão penalmente, todos ou muitos, isto é, muitas vezes povos inteiros, assim como os vencedores nunca responderão”¹⁴⁹ (2008, p. 192).

O caráter profundamente seletivo do exercício do poder punitivo no plano penal internacional é um dado histórico. Zolo destaca que a experiência dos Tribunais Penais de Nuremberg e Tóquio são uma manifestação da justiça dos vencedores, na qual há dificuldades acerca do respeito às noções de “autonomia e imparcialidade das cortes (e dos promotores em particular), respeito ao direito do acusado ao *habeas corpus* e a qualidade das punições aplicadas, juntamente com sua motivação e efetividade como dissuasão”¹⁵⁰. Ademais, tal modelo se repetiu ao longo de toda a metade do Século XX, com a criação, pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para Ruanda e ex-Iugoslávia. Dissenha menciona que há exceções à aplicação do poder punitivo somente sobre os vencidos, como quando “algum ‘vencedor’ torna-se ‘vencido’ (isso vale tanto para líderes nacionais sendo julgados pelo TPI por crimes contra a humanidade, quanto para criminosos do colarinho branco sendo condenados por crimes financeiros)” (2019, p. 242-243).

Percebe-se que esta seletividade sobre quem será punido e quem será perdoado não é sequer algo oculto, de sorte que o abandono de uma racionalidade no exercício do poder punitivo resta positivado no artigo 1º do Estatuto do TPI, que registra que serão submetidas à jurisdição da Corte apenas “as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade e com alcance internacional”. A ausência de racionalidade na seleção dos alvos do poder punitivo internacional reside na falta de critérios auditáveis para a tomada de tal decisão, que é relegada ao político. No plano internacional, tais escolhas

¹⁴⁹ Tradução nossa do original: “si sa, però, che della violazione di quel *nomos* (genocídio, crimini di guerra e contro l’umanità), non risponderanno penalmente, tutti o i più, cioè sovente popoli interi; così come non risponderanno mai i vincitori”.

¹⁵⁰ Tradução nossa do original: “autonomy and impartiality of the courts (and of the prosecutors in particular), respect for the accused’s rights of *habeas corpus*, and the quality of the punishments handed down, together with their motivation and effectiveness as a deterrent”.

geralmente cabem àqueles Estados detentores da capacidade de subjugar econômica ou militarmente os outros Estados, como é o caso daqueles países que compõem o Conselho de Segurança das Nações Unidas de maneira permanente e dotados de poder de veto. Reitera-se, portanto, que o problema mais sensível do poder punitivo não é nem sua pureza no plano internacional, pois isso poderia ser paulatinamente desenvolvido e recomposto a partir de uma melhor técnica. A dificuldade é justamente a seletividade no exercício de tal poder com base em critérios políticos instrumentalizados à manutenção do domínio de certos Estados sobre os demais.

É justamente a partir da constatação da seletividade da aplicação da pena no plano internacional que Pavarini apresenta o questionamento no sentido de que a justiça penal é uma força voltada à conservação do *status quo*: “a justiça penal – internacional como a nacional – não são forças voltadas à conservação da realidade social que – e acredito não estar equivocado – é e permanece profundamente desigual?”¹⁵¹ (2019, p. 193). Assim, a dimensão política do exercício do poder punitivo é percebida na medida em que ele é utilizado para estabelecer a relação entre vencedores e vencidos.

Por mais que esta situação tenha se perpetuado em Tribunais Penais Internacionais posteriores, é importante citar ainda um exemplo, capaz de apresentar ao leitor a extensão da seletividade política na aplicação do poder punitivo no plano internacional. Sem qualquer relativização do sofrimento humano e das sucessivas tragédias que se abateram sobre diferentes grupos e sociedades ao longo do Século XX, talvez a situação que capture o imaginário popular e até mesmo a cultura jurídica de maneira mais intensa sejam os horrores cometidos pelo regime nazista durante a Segunda Guerra Mundial – tanto é assim que, conforme anteriormente exposto, foi a partir desta situação que foi inicialmente cunhado o termo *genocídio*. A despeito de todo o trauma que tais crimes tenham gerado, a persecução penal de seus responsáveis foi determinada e, mais que isso, limitada pelos interesses políticos pertinentes aos vencedores – neste caso de apenas alguns dentre aqueles que compunham o grupo dos vencedores. Koskenniemi relata que, diante de uma série de contingências fáticas, como o medo do comunismo, o antissemitismo e a necessidade de angariar o apoio da Alemanha Ocidental na conformação do bloco capitalista, “ao final dos anos de 1940, as preferências dos Aliados mudaram drasticamente. Não havia apoio político para o

¹⁵¹ Tradução nossa do original: “la giustizia penale – internazionale come quella nazionale – non sono forse entrambe volte alla conservazione della realtà sociale che – e credo di non equivocare – è e rimane profondamente diseguale?”.

juízo de industrialistas alemães e os processos contra soldados profissionais de alto escalão foram seguidos de algum constrangimento”¹⁵² (KOSKENNIEMI, 2011, p. 9).

Ainda é possível perceber outra dimensão da conformação política do poder punitivo no plano internacional. Conforme mencionado, o direito aplicado em determinada sociedade é influenciado pelas características históricas, culturais, sociais e econômicas de determinado agrupamento humano. Assim, na medida em que se busca a universalização de um ramo do direito, depara-se com a dificuldade de se encontrar um denominador comum. Tal questão foi anteriormente abordada quando se estudou a universalização dos direitos humanos e sua concretização descontínua no âmbito interno aos Estados. Ao mencionar tais questões, abordou-se a utilização de conceitos indefinidos para elaborar os conceitos no espaço normativo internacional. Apresenta-se agora como estas ideias também dialogam com a influência política na conformação do poder punitivo no plano internacional. Koskenniemi explica que a existência de conceitos jurídicos no plano internacional não resistiria à univocidade de seus possíveis significados, pois a ideia de existência de uma comunidade internacional exige que as relações sejam mediadas por conceitos jurídicos que permitam a atribuição de mais de um conteúdo possível, permitindo que as partes de um conflito consigam eventualmente encontrar uma solução de natureza não autoritária, algo que somente é possível com um retorno ao político – que se opõe a noções liberais de *Rechtsstaat* segundo a qual a ordem internacional pode ser estruturada somente com base na melhor definição de procedimentos formais a serem seguidos objetivamente pelos Estados. Assim, o político é necessário à norma existente no plano normativo internacional: admitindo-se a existência de uma “retórica legal comum entre advogados internacionais, esta retórica precisa, por razões internas ao próprio ideal [de uma Ordem Mundial], confiar em princípios essencialmente contestados – políticos – para justificar os resultados de disputas internacionais” (KOSKENNIEMI, 1990, p. 7). Entretanto, dada tal característica, realmente não se pode esperar elevado grau de racionalidade no exercício do poder punitivo no plano internacional, pois ele exige a possibilidade de “realizações argumentativas impecáveis sobre pontos de vista diametralmente opostos sobre um problema internacional” (DISSENHA, 2019, p. 243).

¹⁵² Tradução nossa do original: “By the end of the 1940’s, Allied preferences had shifted dramatically. There was no political support for the trials of German industrialists and proceedings against high-ranking professional soldiers were followed with some embarrassment”.

Neste ponto, não se está a negar que haja influências políticas no exercício do poder punitivo no plano nacional, as quais estariam restritas ao plano internacional. Conforme os ensinamentos de Zaffaroni, identificam-se os fenômenos da criminalização primária, representada pelo “ato e efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”¹⁵³ (2002, p. 7) e a criminalização secundária, representada pela “ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”¹⁵⁴ (2002, p. 7). Estes processos de seletividade também mostram componentes de determinação política. O mesmo processo também é percebido na conformação do conteúdo dos direitos humanos no âmbito interno aos Estados, que frequentemente são estruturados na forma de conceitos jurídicos indeterminados, permitindo a composição de diferentes interesses políticos no processo de delimitação do alcance daquela garantia individual em determinada situação em concreto.

A diferença é que, no plano internacional, as possibilidades de influências políticas no uso do poder punitivo são infinitamente maiores do que no plano nacional. No plano internacional, o poder punitivo já se encontra em um estado puro e de maior suscetibilidade às influências políticas quando aplicado a situações de crimes contra a humanidade, genocídio e crimes de guerra, condutas processadas em Tribunais Penais Internacionais. Por mais que estas Cortes sejam representativas do exercício de uma justiça de vencedores, ainda têm um estatuto, registros das deliberações, decisões escritas e minimamente fundamentadas, juízes conhecidos e um fórum específico para a aplicação da pena – o próprio Tribunal. Tanto é assim que, quando Dissenha analisa os fins da pena no direito penal internacional, foi possível apontar como que diferentes Tribunais Penais Internacionais abordavam o referido problema e apresentavam posicionamentos carentes de uma racionalidade. Ou seja, a existência de Tribunais, instituições capazes de exercer a jurisdição e aplicar uma pena no plano internacional, por mais que sofram influências políticas, permitem uma análise técnica do trabalho por elas exercido, inclusive possibilitando, por fim, o rastreio das motivações políticas sobre determinado uso do poder punitivo – neste sentido, veja-se o exemplo da análise que

¹⁵³ Tradução nossa do original: “el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas”.

¹⁵⁴ Tradução nossa do original: “la acción punitiva ejercida sobre personas concretas”.

Dissenha e Lechenakoski fazem sobre a decisão¹⁵⁵ da *Pre-Trial Chamber II* do TPI pela rejeição da abertura de investigação no Afeganistão.

Contudo, quando este mesmo poder punitivo no plano internacional é transmutado para a guerra ao crime, todos esses controles mínimos restam perdidos, abrindo ainda mais as possibilidades de influência política sobre o exercício do poder punitivo. Neste ponto, faz-se remissão aos ensinamentos de Mireille Delmas-Marty, no sentido de que é possível identificar três matrizes principais do exercício do poder punitivo no plano principal no que se refere à seleção de condutas a serem punidas (proibir/justificar): crime de guerra, crime contra a humanidade e guerra ao crime. Os principais reflexos do exercício do poder punitivo que eventualmente são incorporados ao processo penal interno aos Estados dizem respeito justamente a este terceiro paradigma.

Ocorre que, somada à maior influência política, própria do poder punitivo no plano internacional e perceptível nestes três paradigmas do binômio proibir/justificar no plano internacional, no caso particular da guerra contra o crime, deve-se considerar também que o poder punitivo de forte conotação política é exercido fora das instituições que tradicionalmente exercem o poder punitivo no plano internacional com relação aos crimes de guerra e contra a humanidade. Assim, não se verifica a existência de Tribunais Penais Internacionais com competência material expressa sobre condutas como a corrupção transnacional, o terrorismo, o tráfico de drogas, a lavagem de capitais, o tráfico de armas, dentre outros – salvo quando uma dessas condutas é praticada no contexto de um crime contra a humanidade, crime de guerra ou genocídio. A manifestação do poder punitivo no plano internacional no que se refere a tais condutas não possui sequer um local definido para ocorrer, como é o caso de um Tribunal com juízes que proferem decisões fundamentadas. As influências políticas nestes casos podem ocorrer no âmbito de cooperações entre Estados para realizar investigações, impulsos aparentemente globais para suprimir a prática de um determinado tipo de conduta, acordos bilaterais, tratados, protocolos, eventuais agências internacionais que não exercem jurisdição, dentre muitas outras possibilidades, as quais, quiçá, não podem nem ser precisamente nomeadas, uma vez que se apresentam de

¹⁵⁵ TPI. *Pre-Trial Chamber II. Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*. Documento n. ICC-02/17. Decisão de 12 de Abril de 2019. Disponível em: <<https://www.iccpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-33>>.

maneira tão difusa no plano internacional que aparenta ser impossível estabelecer limites fixos para suas manifestações.

Em específico com relação à densidade dos instrumentos que estruturam o poder punitivo aplicável ao paradigma da guerra contra o crime, Bassiouni destaca que as normas existentes são extremamente difusas, desenvolvidas muitas vezes em âmbito regional e bilateral, carecendo de um esforço centralizador. A exemplo da cooperação entre Estados no combate das condutas submetidas à guerra contra o crime, destaca-se que, “enquanto um número de acordos regionais, sub-regionais e multilaterais tenha sido desenvolvido, sua elaboração tem sido fragmentada. Nenhum desses acordos integra as diferentes modalidades em uma compreensiva, codificada forma de cooperação penal interestatal”¹⁵⁶ (BASSIOUNI, 1992, p. 134). A baixa densidade das manifestações do poder punitivo no plano internacional com relação à guerra contra o crime é ressaltada em um aspecto quase pitoresco, que dialoga, inclusive, com as conclusões de Dissenha sobre a da necessidade de uma manifestação do poder punitivo no plano internacional carente da mesma racionalidade que é exigida do exercício do poder punitivo no plano nacional. Bassiouni relata que os instrumentos internacionais que se prestam ao recrudescimento do poder punitivo no plano internacional (e que, quando incorporados ao plano jurídico interno aos países, impactam diretamente as leis processuais penais domésticas) são profundamente influenciados pela vontade dos diferentes Estados em enviar às convenções nas quais tais normas documentos são elaborados profissionais mais ou menos capazes de trabalhar e elaborar normas que dispõem sobre processo penal. Os mecanismos de cooperação interestatal dispostos em tratados atinentes ao recrudescimento do poder punitivo no contexto da guerra contra o crime “tem a tendência de serem limitados a uma ou duas provisões, serem referenciados em termos amplos ou gerais, e serem mal definidos e com falta de especificidade”¹⁵⁷ (BASSIOUNI, 1992, p. 127) e que isso é, ao menos parcialmente, determinado pela “falta de competência técnica de diplomatas e outros funcionários a quem é confiado o processo de redação destes instrumentos”¹⁵⁸ (BASSIOUNI, 1992, p.

¹⁵⁶ Tradução nossa do original: “While a number of regional and sub-regional multilateral agreements have been developed, their elaboration has been piecemeal. None of these agreements integrate the various modalities into a comprehensive, codified form of inter-state penal cooperation.”

¹⁵⁷ Tradução nossa do original: “they tend to be limited to one or a few provisions, are referred to in broad or general terms, and are ill-defined and lack specificity”.

¹⁵⁸ Tradução nossa do original: “lack of technical legal competence of the diplomats and other officials to whom the drafting of these instruments is entrusted”.

127), algo que pode ser circunstancialmente suprido quando os Estados decidem enviar pessoas mais competentes, como foi o caso de alguns instrumentos elaborados no âmbito regional europeu sobre cooperação interestatal em matéria penal.

A partir desta baixa transparência nas influências políticas que determinam o exercício do poder punitivo no plano internacional com relação à guerra contra o crime (qual é o critério de escolha para envio às convenções de funcionários mais ou menos competentes para abordar temas que impactam o aspecto processual a ser internalizado pelos países?) é que se vislumbram os tratados internacionais que dispõem sobre a matéria, como é o caso da Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional, da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Ainda que a existência de tais documentos escritos para regulamentar alguns meios pelos quais o recrudescimento do poder punitivo deverá ocorrer no âmbito dos Estados, não é possível afirmar que haja uma visibilidade das influências políticas existentes na elaboração e na aplicação destes tratados, tal como quando há uma sentença penal condenatória devidamente fundamentada e proferida por um Tribunal Penal Internacional julgando condutas em concreto imputadas a agentes em específico.

Assim, quando se dá a incorporação de tais tratados ao ordenamento jurídico nacional, robustecendo o exercício do poder punitivo, ocorre a incorporação ao nosso plano jurídico das influências políticas que conformam a elaboração desses tratados no plano internacional, mas estas são de difícil identificação. Se, inicialmente, já se verifica um déficit no controle de quais influências políticas foram determinantes na conformação das manifestações do poder punitivo no plano internacional no que se refere ao paradigma da guerra contra o crime, uma vez internalizadas e aplicadas às normas de processo penal, surge mais uma barreira para a identificação das influências que conformam as normas atinentes ao exercício do poder punitivo no âmbito do processo penal.

Tal afirmação decorre da análise feita nos projetos de lei correspondentes às leis que modificaram o Código de Processo Penal desde 1988, nas demais leis que representam um aumento no exercício do poder punitivo por meio da estruturação de

um padrão de eficiência no processo penal e suas respectivas leis modificadoras a partir de 1988, nos termos expostos no Título 3.3 deste trabalho.

Das 29 leis que modificaram o Código de Processo Penal desde 1988, nenhuma traz em seu Projeto de Lei originário, que contém a exposição de motivos e a lista de legislação conexa, menção aos tratados internacionais analisados ao longo do Capítulo Terceiro. A mesma situação se repete na Lei nº 6.368/1976 (Lei de Tóxicos) e nos seis atos normativos que a modificaram; na Lei nº 7.960/1989 (Lei da Prisão Temporária) e nos dois atos normativos que a modificaram; Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) e nos seis atos normativos que a modificaram; e na Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) e no ato normativo que a modificou.

No caso da Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), não há menção a qualquer dos tratados internacionais analisados na exposição de motivos de seu PL original. Nos sete atos normativos que modificaram sua redação original, somente a Lei nº 12.015/2009 faz menção a um dos tratados internacionais analisados neste trabalho em seu PL original: trata-se de referência à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

A Lei nº 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Capitais) é um caso que foge à regra, pois na exposição de motivos do PL original há menção expressa e destacada que a Lei em questão estava sendo elaborada como consequência direta das obrigações assumidas pelo Brasil na Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena).

Por fim, a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) menciona ao longo da exposição de motivos do seu respectivo PL, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Ainda assim, não se trata de referência tão expressa quanto a percebida no PL referente à Lei nº 9.613/1998.

Assim, dos 58 atos normativos, cujas justificativas e legislação conexa foram analisadas, somente um deu crédito de maneira destacada à influência recebida a partir do plano normativo internacional no que se refere à adoção de dispositivos que recrudescem o poder punitivo. Contudo, em se tratando do paradigma da guerra contra o crime, em específico com relação ao terrorismo, tráfico de entorpecentes, corrupção transnacional e lavagem de capitais, não é possível dissociar o combate a tais condutas do exercício do poder punitivo internacional. A alternativa a isso seria adotar o

entendimento de que o legislador nacional é figura totalmente isolada de influências de outros espaços normativos e que consegue atuar de maneira totalmente autossuficiente.

Conforme demonstrado no segundo capítulo deste trabalho, seja em maior ou menor medida, o processo de internacionalização do direito, conformado pelo desenvolvimento da universalização dos direitos humanos e também pela internacionalização do poder punitivo, impactada inclusive pela globalização, influenciam os rumos seguidos pelo direito interno aos países, mesmo que a recepção de tais fenômenos ocorra de maneira descontínua.

Em especial, no caso do Brasil, simplesmente não faria sentido a conclusão de que o nosso legislador não é suscetível às normas incorporadas do plano jurídico nacional, pois há uma significativa incorporação de tratados ao direito brasileiro, em número muito maior que os oito analisados. A autossuficiência do legislador nacional, compreendida como uma insusceptibilidade às influências normativas oriundas do espaço normativo internacional, não faz sentido nem quando se pensa do ponto de vista pessoal – legislador, não como uma noção indeterminada que congloba todo o Poder Legislativo, mas sim como Membro do Poder Legislativo Federal: o Senador e o Deputado Federal –, pois o trâmite dos 58 atos normativos analisados ocorre em Comissões compostas pelos Membros do Poder Legislativo e, em sendo o caso, são votados por essas mesmas pessoas e, mais uma vez, estes mesmos Senadores e Deputados Federais¹⁵⁹ são os responsáveis por todo o trâmite da incorporação dos tratados internacionais que ocorre no Poder Legislativo, desde a propositura do Decreto Legislativo e até sua promulgação: há uma identidade física que impede um total isolamento da produção legislativa nacional em relação às influências nacionais.

Ademais, não é minimamente crível que haja o desenvolvimento de medidas que buscam combater o terrorismo, a corrupção transnacional, o tráfico de entorpecentes sem um diálogo com a regulação de tais condutas no plano internacional. Também não é verossímil que uma lei modifique a legislação pátria para incorporar dispositivos de justiça penal negociada, sem que haja menção na exposição de motivos

¹⁵⁹ Por evidente, não se afirma que todos os membros do Poder Legislativo que tiveram contato com os Projetos de Lei analisados necessariamente são os mesmos que tiveram também contato direto com todos os tratados que tramitam no Legislativo até sua incorporação definitiva, mas é natural que haja uma coincidência eventual, em especial porque o espaço temporal em questão é o mesmo. Exemplificativamente, menciona-se o caso da Comissão de Constituição e Justiça, na qual tramitaram alguns dos Projetos de Leis analisados e tratados internacionais posteriormente incorporados ao ordenamento nacional. Assim, vislumbra-se exemplo concreto da coincidência individual que impediria o total isolamento do nosso legislador de influências provenientes do espaço normativo internacional.

do projeto de lei correspondente às influências internacionais que conformam a adoção de tal dispositivo – que não encontra similaridade ou ressonância na estrutura clássica do direito penal e do processual pátrio.

Assim, conclui-se que a influência do poder punitivo internacional sobre a ordem jurídica nacional, principalmente no que se refere à internalização de tratados, cujas disposições, uma vez aplicadas, estruturam o recrudescimento do poder punitivo por meio da construção de um padrão de eficiência do processo penal, tem ocorrido de maneira sorrateira. Na medida em que não há menção às influências das normas geradas no espaço normativo internacional e que tal influência não pode ser negada, tem-se que ela ocorre de maneira velada, dificultando sua identificação por aqueles que buscam estudar a matéria.

Tal afirmação, justaposta às ideias anteriormente expostas sobre a suscetibilidade das normas que regulam o poder punitivo internacional à influências políticas, algo agudizado nas disposições atinentes aos paradigma da guerra contra o crime, permite a conclusão de que estão sendo incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, em especial ao padrão processual penal de eficiência na aplicação do poder punitivo, dispositivos que não seguem a mesma racionalidade que as leis desenvolvidas no plano nacional e que, mais que isso, representam a internalização de interesses políticos próprio do plano internacional e que são praticamente inescrutáveis. Questiona-se, assim, se não se está abrindo uma margem para o desenvolvimento de uma manifestação sorrateira do neocolonialismo.

Mais uma vez, não se sustenta a oposição entre um poder punitivo internacional limitado por normas irracionais e politicamente determinadas e um poder punitivo nacional controlado por normas neutras. Diversamente, afirma-se que as influências políticas incidentes sobre o poder punitivo internacional são muito mais intensas e menos escrutináveis que as influências políticas existentes nas manifestações do poder punitivo no plano interno. Nesta linha, destaca-se que a própria Constituição e o processo legislativo são importantes filtros das influências políticas sobre o poder punitivo no plano interno, pois elas concentram as manifestações políticas mais intensas em momentos anteriores, por exemplo, à aplicação da pena ou à restrição de garantias individuais ao longo do processo penal. Ademais, a existência de uma Constituição que plasma valores fundamentais, também serve de limitação aos possíveis interesses políticos que possam incidir sobre a construção de um padrão processual penal, pois, em

última análise, trata-se de um sistema normativo dotado de hierarquia – ainda que tal hierarquia não seja mais percebida de maneira absoluta como outrora.

Assim, a forma pela qual se percebe o processo de incorporação ao ordenamento jurídico nacional de elementos próprios do poder punitivo internacional, os quais, ao entrarem em vigor na ordem jurídica brasileira compoem um padrão processual de eficiência do exercício do poder punitivo, tem apresentado como resultado possivelmente indesejado a incorporação de interesses políticos determinados no plano internacional e impassíveis de serem auditados, tanto pela própria irracionalidade do controle do poder punitivo no plano internacional, como pelo processo sorrateiro que as normas internacionais são incorporadas ao ordenamento jurídico nacional e conformam o ordenamento processual pátrio.

A existência dessa influência política velada dificilmente representará a realização de interesses que dialogam com os preceitos constitucionais de garantia dos direitos humanos e, justamente pela irracionalidade neles constatada, acaba gerando o déficit anteriormente mencionado na conformação de um padrão processual de controle do exercício do poder punitivo. Neste sentido, o recrudescimento do poder punitivo no processo penal brasileiro tem um ganho de velocidade, pois ele também está sendo instrumentalizado para realizar interesses políticos inespecíficos e provenientes do plano internacional – principalmente do paradigma de exercício do poder punitivo para realizar a guerra contra o crime.

Esta relação conturbada na conformação de um processo penal nacional influenciado pelo poder punitivo internacional não é exclusividade do Brasil. Isso também ocorre na Europa, como bem pontua Noelia Corral Maraver ao identificar um embate na definição de qual organismo possui competência para definir os rumos da política criminal: o Conselho ou a Comissão Europeia. Neste embate, o desenvolvimento de um padrão de controle do exercício do poder punitivo fica em segundo plano. Ademais, destaca-se que o recente esforço no âmbito da União Europeia, no sentido de desenvolver “critérios de efetividade na hora de legislar em matéria penal, para fortalecer o princípio de confiança mútua e melhorar a cooperação

judicial e policial em matéria penal, não contribuiu em grande medida à conformação de um direito penal mais racional e garantista”¹⁶⁰ (CORRAL MARAVER, 2016, p. 24).

O cenário apresentado pela autora, contudo, é menos complexo que o brasileiro, pois as diferentes influências entre um e outro espaço normativo, além de ocorrerem de maneira direta por corpos políticos institucionalizados, como a Comissão ou até mesmo o Parlamento Europeu, também ocorrem às claras, pois é algo declarado, na medida em que o poder punitivo internacional, específico do âmbito regional europeu, busca conformar o exercício do poder punitivo no âmbito interno aos Estados por meio da definição de procedimentos e condutas a serem combatidas, sabendo-se precisamente de onde vem a influência. Por mais que o problema de sua irracionalidade permaneça, trata-se de elemento minimamente identificável e rastreável – ao contrário do que ocorre na experiência brasileira, na qual o legislador nacional é evidentemente influenciado por manifestações do poder punitivo internacional, mas oculta tal dado, elaborando normas que desenvolvem um padrão processual de eficiência sem sequer identificar que tal construção é também determinada a partir do poder punitivo internacional.

Assim, o que chama atenção no processo vivenciado no Brasil é justamente a conformação sorrateira da relação entre poder punitivo internacional e processo penal nacional, uma vez que a legislação processual penal se desenvolve, mas não nomeia suas influências. Nesta linha, a fundação de um processo penal constitucional que busca conferir um papel de destaque ao padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo perde rendimento, pois contrastado com impulsos de recrudescimento do poder normativo originados no plano internacional que não obedecem a mesma racionalidade normativa existente no direito interno. Ademais, não somente resta impossibilitada a análise técnica das normas e dos institutos jurídicos, pois sua verdadeira origem é dissimulada, como também são criados entraves para a avaliação da coerência dos institutos processuais penais originados neste contexto, com os valores plasmados na Constituição e com os interesses sociais e culturais próprios de nossa sociedade.

¹⁶⁰ Tradução nossa do original: “criterios de efectividad a la hora de legislar en materia penal, para fortalecer el principio de mutua confianza y mejorar la cooperación judicial y policial en materia penal, no ha contribuido en gran medida a la conformación de un Derecho penal más racional y garantista”.

CONCLUSÃO

A internacionalização do direito é um fenômeno muito complexo e que produz diferentes efeitos sobre os ramos do direito interno aos Estados. Para que fosse possível compreender os impactos da internacionalização sobre o processo penal, foi necessário, inicialmente, identificar a forma pela qual o processo penal brasileiro se divide. Concluiu-se que, tradicionalmente, e em específico por meio da edição do atual Código de Processo Penal, é preponderante no processo penal brasileiro um padrão de eficiência do exercício do poder punitivo, representado pela busca do aumento da capacidade de punir do Estado. Na medida em que o padrão de eficiência do processo penal se expande, ficam mais evidentes os aspectos autoritários de um processo penal que é instrumentalizado à realização dos fins eleitos pelo Estado, como concretizar a segurança da sociedade e combater a impunidade ou determinada espécie de crime, exigindo aumento constante do alcance do poder punitivo, que é expandido às custas dos direitos do indivíduo.

Indo de encontro a tal concepção acerca do processo penal, vislumbra-se um padrão processual penal de controle do exercício do poder punitivo. No ordenamento jurídico brasileiro, este padrão só foi posto em uma posição de destaque com a promulgação da Constituição de 1988, que lançou as bases de um processo penal constitucional tendo como premissa a garantia dos direitos do indivíduo em face do exercício do poder punitivo estatal. Compreendeu-se que a verdadeira dimensão do padrão processual penal de controle é alcançada não apenas pela percepção de que o indivíduo não pode ser sacrificado no processo penal em nome da realização de objetivos políticos do Estado, mas em especial quando o processo penal reconhece a multifuncionalidade dos direitos humanos, que devem ser reconhecidos em sua dimensão subjetiva quando são aproveitados pelo indivíduo, e objetiva, quando se percebe sua dimensão coletiva, a qual deve ser ativamente perseguida ao longo do desenvolvimento do processo penal.

Estes dois padrões percebidos no direito processual brasileiro são influenciados pela internacionalização do direito. Contudo, o próprio fenômeno da internacionalização possui duas faces. Uma é a que começou a ser reconhecida após a Segunda Guerra Mundial, quando se percebeu que as violações aos direitos humanos ocorridas durante o conflito eram tão intoleráveis que foi possível reconhecer a existência de um limite universal a ser protegido, valores comuns a toda a humanidade. A partir de então, de

maneira descontínua, foi desenvolvida uma linguagem comum no plano internacional em torno da universalização dos direitos humanos.

A outra dimensão da internacionalização diz respeito às manifestações do poder punitivo para além do âmbito dos Estados. Em especial com o fim da Guerra Fria e com o desenvolvimento de novas tecnologias no final do Século XX, houve um aumento das trocas comerciais no plano internacional. Genericamente, as mudanças econômicas e sociais percebidas neste período são compreendidas sob o prisma da globalização. Esta mitigação das fronteiras em prol de uma liberdade econômica também facilitou a prática de delitos no plano internacional, com condutas iniciando em um Estado, produzindo seus efeitos em um segundo e tendo seus frutos remetidos a um terceiro. Houve então um recrudescimento do poder punitivo, consubstanciado no fenômeno de guerra contra o crime.

Diante do cenário constatado, percebeu-se que a universalização dos direitos humanos e a internacionalização do poder punitivo influenciam o ordenamento interno dos Estados. A forma eleita para a apreensão de tal fenômeno foi analisar tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico nacional. Inicialmente, constatou-se maior demora objetiva na incorporação de tratados em matéria de direitos humanos, que exigiram muito mais tempo do que os que expandiam o poder punitivo para passarem pelos poderes Legislativo e Executivo e serem promulgados. Além disso, percebeu-se maior demora na concretização prática das disposições dos tratados em matéria de direitos humanos, que impactam o processo penal de maneira mais lenta que tratados que aumentam a capacidade de punir do Estado. Foi significativa a constatação de que tal descompasso nas influências produzidas em um ou outro sentido ocorre a despeito da incorporação ao ordenamento nacional dos tratados em direitos humanos em um nível hierárquico de supralegalidade e independentemente da aplicabilidade imediata das normas que preveem direitos humanos.

A verificação da hipótese lançada no início deste estudo conduz o raciocínio ao questionamento acerca do motivo pelo qual o processo penal é menos sensível às influências do espaço normativo internacional de normas que afirmam os direitos humanos e estruturam um padrão de controle do exercício do poder punitivo do que de normas que exacerbam a capacidade de punir do Estado e desenvolvem um padrão de eficiência do processo penal. Sustentou-se que tal déficit no desenvolvimento do padrão de controle não é explicado por uma simples questão temporal, no sentido de que há uma longa permanência autoritária no processo penal brasileiro, que desenvolveu por

muitos anos o padrão de eficiência e que a Constituição, promulgada somente em 1988, não teria tido tempo necessário para estruturar um processo penal constitucional satisfatoriamente desenvolvido a ponto de receber as influências do direito internacional na mesma intensidade que o outro padrão.

O que se pode verificar é que o cenário investigado é intencional e decorre de escolhas políticas reiteradas, no sentido de que a existência de um sistema destinado ao exercício do poder punitivo estatal sempre tenderá à instrumentalização voltada à realização dos objetivos políticos daqueles que estão ocupando o poder. O uso legítimo da força, por mais que seja necessário para a proteção de valores fundamentais, sempre terá por pano de fundo a consecução de interesses de grupos específicos, os quais, ainda que estejam posicionados de maneira pouco evidente, determinam a existência de uma diferença no rendimento do padrão processual que exacerba o poder punitivo e permite a realização de tais fins e do padrão de controle que busca proteger o indivíduo diante do exercício do poder punitivo arbitrário.

Identifica-se, entretanto, que esta influência política sobre o exercício do poder punitivo é muito mais determinante no plano internacional e, em específico no que se refere ao paradigma da guerra contra o crime, é de difícil individualização e análise. Assim, quando tratados internacionais são incorporados ao ordenamento pátrio, estas influências políticas que determinaram o desenvolvimento do tratado no espaço normativo internacional são importadas de maneira sorrateira e fundamentam de maneira mais intensa o desenvolvimento de um padrão de eficiência do processo penal.

REFERÊNCIAS

I – Obras citadas

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. Ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6ª edição, outubro de 2011. 2ª reimpressão, agosto de 2014.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Policy Considerations on Interstate Cooperations in Criminal Matters**. *Pace International Law Review*, vol 4, issue I, article 5 (1992). Disponível em: <<http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol4/iss1/5>>.

BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho processal penal**. Segunda edición actualizada y ampliada. Editora Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. – Brasília : Editora Universidade de Brasília, 11ª ed., 1998.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política – a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução do original **Teoria Generale della Política**, 1909. Organizado por Michelangelo Bovero; tradução Daniela Beccaccia Versiani – Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. – 14ª reimpressão.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão.

BORGES, Guilherme Roman. **Filosofia e teoria do direito: breves apontamentos**. Curitiba (PR): IFDDH, 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Medidas cautelares penais (Lei 12.403/11): novas regras para a prisão preventiva e outras polêmicas. **Revista eletrônica de Direito Penal AIDP-GB**. Ano 1, vol 1, nº1. Junho de 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos: anotada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Supremo Tribunal Federal. - 2. ed. - Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/STF_ConvencaoAmericanaSobreDireitosHumanos_SegundaEdicao.pdf>.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 226 p. 2001.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de direito internacional de direitos humanos, volume I**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997 (1ª ed.), 2003 (2ª ed). p. 1-640.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Princípios do direito internacional contemporâneo**. 2. ed. rev. atual. – Brasília: FUNAG, 2017.

CASSESE, Antonio. ACQUAVIVA, Guido. FAN, Mary. WHITING, Alex. **International Criminal Law: cases & commentary**. Oxford University Press. 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à Convenção Americana de Direitos do Homem. **Boletim IBCCrim**. n. 254. p. 2-3. São Paulo, jan. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Relatório audiência de custódia 6 anos**. 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-6-anos-audiencia-custodia.pdf>>.

CORRAL MARAVER, Noelia. **La irracionalidade de la política criminal de la Unión Europea**. Revista para el Análisis del Derecho, 4/20016.

CÔTÉ, Luc. **Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law**. Journal of International Criminal Justice, Volume 3, Issue 1, March 2005, Pages 162–186.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Études juridiques comparatives et internalization du droit**. Leçons inaugurales du Collège de France, Collège de France/Fayard, 2003.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Le relatif et L’universel. Les Forces imaginantes du droit (I)**. Paris: Seuil, 2004a.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes. 2004b.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. Barueri, SP: Manole. 2004c.

DELMAS-MARTY, Mireille. **A imprecisão do Direito: do Código Penal aos Direitos Humanos**. Tradução de Denise Radanovic Vieira. São Paulo, 2005.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Vers une communauté de valeurs? Les Forces imaginantes du droit (IV)**. Paris: Seuil, 2011.

DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma política criminal universal: uma crítica aos tribunais penais internacionais**. 2013. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

DISSENHA, Rui Carlo. FREITAS, Ana Eliza Paula. A Evolução do Conceito de Genocídio: uma comparação histórica à luz do Direito Penal Internacional. **Ius Gentium**, v. 11, p. 99-122, 2015.

DISSENHA, Rui Carlo. Os fins da pena na Justiça Penal Internacional e a contribuição esclarecedora de Massimo Pavarini. In GIAMBERARDINO, André. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. CARVALHO, Salo de. **Cárcere e fábrica: escritos em homenagem a Massimo Pavarini**. 1. ed. Rio de Janeiro, 2019.

DO AMARAL, Augusto Jobim. Introdução à História Das Ideias Do Processo Penal Brasileiro. **Revista História**, 2013.

DOS REIS, Ramiro José. **Operação Condor e o sequestro dos uruguaios nas ruas de um porto não muito alegre**. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/56074>>.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. Terceira edição. São Paulo: Atlas, 2009.

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Tese – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<https://www.bdt.d.uerj.br:8443/handle/1/9243>>.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 383-442.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; DA SILVEIRA, Felipe Lazzari. A transnacionalização da corrupção e a instrumentalização política do processo penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal** (Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal), vol. 6, núm. 3, septiembre-diciembre, 2020.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. O manifesto autoritarismo inquisitorial do artigo 385 do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Jan / 2021. vol. 175/2021. p. 251 – 281.

GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. Em: **Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil**. Santiago. CEJA. 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik**. Studienausgabe der 1. Auflage 1934. Mohr Siebeck.

KOSKENNIEMI, Martii. The Politics of International Law. **European Journal of International Law**, Volume 1, Issue 1, 1990, Pages 4–32.

KOSKENNIEMI, Martii. Between Impunity and Show Trials. *In*: KOSKENNIEMI, Martti, **The Politics of International Law**. Oxford: Hart Publishing, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2023.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. O necessário desenvolvimento de standards probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 156, p. 165-188, jun. 2019.

MALAN, Diogo. Megaprocessos criminais e direito de defesa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 159, n. 2019, p. 45-67, 2019.

MASI, Carlo Velho. **A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento**. Revista dos Tribunais, 2015. RT vol. 960, outubro de 2015.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. **Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional**. Revista Internacional de derechos humanos. V. 10 No. 18 2013. p. 215-235. Disponível em: <<http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r32493.pdf>>.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. Ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

PAVARINI, Massimo. **La pena come “fatto sociale” nel sistema di giustizia penale Internazionale**. *Studi e Materiali di Diritto Penali*, vol 1, 2008.

PRADEL, Jean. **Manuel de Droit Pénal Général**. Éditions Cujas, Paris. 2006.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucionais das leis processuais penais**. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2001.

PRADO, Geraldo. O processo penal brasileiro vinte e cinco anos depois da Constituição. **Revista da EMERJ**, v. 18, n. 67, p. 550-569, 2015.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. 11ª ed. E-book. ISBN 9786553620490.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 18, n. 67, p. 264-275, 2015.

WEBER, Max. **Wirtschaft und Gesellschaft**. Tübingen: Mohr. 1922. Disponível em: <<https://archive.org/details/wirtschaftundges00webeuoft/page/612/mode/2up>>

WEBER, Max. **Politik als Beruf**. München: Duncker & Humblot. 1926. Disponível em: <<https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-59888-1>>.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva, trad. Por Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa com revisão técnica de Gabriel Cohn, vol. 1, 4ª ed. 3ª reimpressão. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2ª ed. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera: Buenos Aires: 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. Coordenadores Luiz Flavio Gomes, Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção Saberes Críticos).

ZOLO, Danilo. **Victors' Justice: from Nuremberg to Baghdad**. Tradução de M. W. Weir. Londres, Nova York: Verso, 2009.

II – Decisões e Relatórios

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 3. Mortos e desaparecidos políticos**. Comissão Nacional da Verdade. 1996 p. Brasília: CNV, 2014.

BRASIL. Congresso. Comissão Parlamentar de Inquérito. **Relatório final da CPI destinada a investigar a situação do sistema penitenciário brasileiro**. Diários da Câmara dos Deputados, Brasília, n. 61 (suplemento), 4 jun. 1976.

BRASIL. Congresso. Comissão Parlamentar de Inquérito. **Relatório Final da CPI destinada a investigar a situação do sistema penitenciário brasileiro**. Diários da Câmara dos Deputados, Brasília, n. 57 (suplemento), 19 abr. 1994.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar; n. 384).

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro**. – Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. 434 p.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Acosta e outros vs. Nicarágua**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 25-3-2017. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_334_esp.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Barreto Leiva vs. Venezuela**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 17-11-2009. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Blake vs. Guatemala.** Mérito. Sentença de 24-1-1998. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Cantoral Benavides vs. Peru.** Mérito. Sentença de 18-8-2000. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Escher e outros vs. Brasil.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 6-7-2009. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.** Execuções preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 24-11-2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso López Álvarez vs. Honduras.** Mérito, reparações e custas. Sentença de 01-02-2006. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf>.

ICC. Pre-Trial Chamber II. **Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan.** Documento n. ICC-02/17. Decisão de 12 de Abril de 2019. Disponível em: <<https://www.iccpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/17-33>>.

ANEXO I – TRATADOS INTERNACIONAIS

Tratado	Conclusão no plano internacional	Projeto de Decreto Legislativo (PDL)	Decreto Legislativo	Decreto que promulgou o Tratado	Tempo de tramitação entre o PDL e o Decreto que promulgou o Tratado
Convenção sobre a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio	11 de dezembro de 1948	Projeto de Lei nº 633, de 28 de julho de 1950.	Decreto Legislativo nº 2, de 11 de abril de 1951.	Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952.	1 ano, 9 meses e 9 dias
Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos	16 de dezembro de 1966	PDL nº 131, de 20 de novembro de 1985.	Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991.	Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.	6 anos e 23 dias
Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes	10 de dezembro de 1984	PDL nº 153, de 16 de fevereiro de 1986.	Decreto Legislativo nº 4, de 23 de maio de 1989.	Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.	5 anos
Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura	18 de dezembro de 2002	PDL nº 1.425, de 18 de novembro de 2004.	Decreto Legislativo nº 483, de 20 de dezembro	Decreto nº 6.085, de 19 de abril de 2007.	2 anos, 5 meses e 2 dias

			de 2006.		
Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado	6 de fevereiro de 2007	PDL nº 2.230, de 25 de novembro de 2009.	Decreto Legislativo nº 661, de 1 de setembro de 2010.	Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016.	6 anos, 5 meses e 17 dias
Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)	22 de novembro de 1969	PDL nº 132, de 4 de junho de 1985.	Decreto Legislativo nº 27, de 27 de abril de 1992.	Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.	7 anos, 5 meses e 3 dias
Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura	9 de dezembro de 1985	PDL nº 154, de 17 de maio de 1986.	Decreto Legislativo nº 5, de 31 de maio de 1989.	Decreto nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989.	3 anos, 6 meses e 23 dias
Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte	7 de junho de 1990	PDL nº 299, de 1 de julho de 1993.	Decreto Legislativo nº 56, de 19 de abril de 1995.	Decreto nº 2.754, de 27 de agosto de 1998.	5 anos, 1 mês e 27 dias
Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em	2 de fevereiro de 1971	PDL nº 628, de 28 de janeiro de 1998.	Decreto Legislativo nº 87, de 3 de dezembro	Decreto nº 3.018, de 6 de abril de 1999.	1 ano, 2 meses e 9 dias

Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional (Convenção de Washington)			de 1998.		
Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena)	20 de dezembro de 1988	PDL nº 378, de 19 de dezembro de 1990.	Decreto Legislativo nº 162, de 14 de junho de 1991.	Decreto nº 154, 26 de junho de 1991.	6 meses e 8 dias
Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais	17 de dezembro de 1997	PDL nº 235, de 19 de agosto de 1999.	Decreto Legislativo nº 125, de 14 de junho de 2000.	Decreto Nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.	1 ano, 3 meses e 12 dias
Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo)	15 de novembro de 2000	PDL nº 6, de 26 de fevereiro de 2003.	Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003.	Decreto nº 5.015, 12 de março de 2004.	1 ano e 17 dias

Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida)	31 de outubro de 2003	PDL 1.525, de 15 de dezembro de 2004	Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2015.	Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.	1 ano, 1 mês e 16 dias
Convenção sobre o Crime Cibernético (Convenção de Budapeste)	23 de novembro de 2001	PDL nº 255/2021, de 16 de junho de 2021	Decreto Legislativo nº 31/2021, de 16 de dezembro de 2021	Decreto nº 11.491/2023, de 12 de abril de 2023.	1 ano 9 meses e 25 dias

ANEXO II – PROJETOS DE LEI

Leis que alteraram o Código de Processo Penal a partir de 1988			
Leis	Número do Projeto de Lei	Link para o diário oficial	Menção aos tratados analisados
Lei nº 7.780/1989	PL nº 1.515/1989	Diário do Congresso Nacional de 17 de fevereiro de 1989, p. 84. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD17FEV1989.pdf#page=60 >.	Não há.
Lei nº 8.862/1994	PL nº 4.107/1993	Diário do Congresso Nacional de 25 de fevereiro de 1994, p. 2310. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD25FEV1994.pdf#page=12 >.	Não há.
Lei nº 8.699/1993	PL nº 906/1991	Diário do Congresso Nacional de 29 de maio de 1991, p. 7893. Disponível em:	Não há.

		< http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29MAI1991.pdf#page=95 >.	
Lei nº 9.061/1995	PL nº 3.120/1992	Diário do Congresso Nacional de 13 de setembro de 1992, p. 20707. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD11SET1992.pdf#page=37 >.	Não há.
Lei nº 9.271/1996	PL nº 4.897/1995	Diário do Congresso Nacional, de 28 de janeiro de 1995, p. 1431. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD28JAN1995.pdf#page=8 >.	Não há.
Lei nº 10.258/2001	PL nº 4.210/2001	Câmara dos Deputados, 8 de março de 2001, p. 6. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Mostra	Não há.

		IntegraImagem.asp?strSiglaProp=PL&intProp=4210&intAnoProp=2001&intParteProp=1#/>.	
Lei nº 10.628/2002	PL nº 6.295/2002	Diário da Câmara dos Deputados, 05 de abril de 2002, p. 13600. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05ABR2002.pdf#page=392 >.	Não há.
Lei nº 10.792/2003	PL nº 5.073/2001	Diário da Câmara dos Deputados, 15 de agosto de 2001, p. 36748. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD15AGO2001.pdf#page=53 >.	Não há.
Lei nº 10.695/2003	PL nº 2.681/1996	Diário da Câmara dos Deputados, 21 de fevereiro de 1997, p. 4665-4668. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem	Não há.

		m/d/pdf/DCD21FE V1997.pdf#page=5 9>.	
Lei nº 11.113/2005	PL nº 6.425/2002	Diário da Câmara dos Deputados, 12 de abril de 2002, p. 16069-16071. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD12ABR2002.pdf#page=173 >.	Não há.
Lei nº 11.435/2006	PLS nº 526/2003	Diário do Senado Federal, 17 de dezembro de 2003, p. 41511-41512. Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/1264?sequencia=19 >.	Não há.
Lei nº 11.719/2008	PL nº 4.207/2001	Diário da Câmara dos Deputados, 30 de março de 2001, p. 9508-9510. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020010330000410000.PDF#page=617 >.	Não há.
Lei nº 11.690/2008	PL nº 4.205/2001	Diário da Câmara	Não há.

		<p>dos Deputados, 30 de março de 2001, p. 9474. Disponível em:</p> <p><http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020010330000410000.PDF#page=599>.</p>	
Lei nº 11.689/2008	PL nº 4.203/2001	<p>Diário da Câmara dos Deputados, 30 de março de 2001, p. 9459-9463. Disponível em:</p> <p><http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020010330000410000.PDF#page=567>.</p>	Não há.
Lei nº 11.900/2009	PLS nº 679/2007	<p>Diário do Senado Federal, de 29 de novembro de 2007, p. 2-4. Disponível em:</p> <p><https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4064263&ts=1630417406879&disposition=inline&_gl=1*s1t78g*_ga*OTcwMTE4NTQ0LjE2ODExMjk5OTY></p>	Não há.

		.*_ga_CW3ZH25X MK*MTY4MzE2 NTg1NC4yLjAuM TY4MzE2NTg1N C4wLjAuMA..>.	
Lei nº 12.403/2011	PL nº 4.208/2001	Diário da Câmara dos Deputados, 30 de março de 2001, p. 9542. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=401942&filename=PL%204208/2001 >	Não há.
Lei nº 12.736/2012	PL nº 2.784/2011	Diário da Câmara dos Deputados, 01 de março de 2013, p. 3190. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=943395&filename=PL%202784/2011 >	Não há.
Lei nº 12.681/2012	PLS nº 310/2003	Diário do Senado Federal, 07 de agosto de 2003. Disponível em:	Não há.

		< https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4735968&ts=1630433716261&disposition=inline&_gl=1*1utvyld*_ga*OTcwMTE4NTQ0LjE2ODExMjk5OTY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4MzE2ODQ3My4zLjAuMTY4MzE2ODQ3My4wLjAuMA.. >.	
Lei nº 12.694/2012	PL nº 2.057/2007	Diário da Câmara dos Deputados, 05 de out. de 2007, p. 52205. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05OUT2007.pdf#page=59 >.	Não há.
Lei nº 13.257/2016	PL nº 6.998/2013	Diário da Câmara dos Deputados, 05 de fev. de 2014, p. 458-465. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020140205000060000.P >.	Não há.

		DF#page=458>.	
Lei nº 13.344/2016	PLS nº 479/2012	Diário do Senado Federal, de 21 de dezembro de 2012, p. 22-28. Disponível em: < .</td> <td>Não há.</td> </tr> <tr> <td>Lei nº 13.285/2016</td> <td>PL nº 2.839/2011</td> <td>Diário da Câmara dos Deputados, 27 de novembro de 2013, p. 56128.
Disponível em: <
.</a" proposicoesweb="" www.camara.leg.br="">	Não há.
Lei nº 13.434/2017	PL nº 4.176/2015	Diário da Câmara dos Deputados, 03	Não há.

		de fev. de 2016, p. 701. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020160203000050000.PDF#page=701 >.	
Lei nº 13.769/2018	PLS nº 64/2018	Diário do Senado Federal, 2018. Disponível em: < ">https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7638604&ts=1630422373943&disposition=inline&_gl=1*9gpvhm*_ga*OTcwMTE4NTQ0LjE2ODExMjk5OTY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4MzE3MTA0NC40LjE1uMTY4MzE3MjIwMi4wLjAuMA.. >.	Não há.
Lei nº 13.721/2018	PL nº 235/2011	Diário da Câmara dos Deputados, 09 de fev. 2011, p. 4999. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09FEV2	Não há.

		011.pdf#page=141 >.	
Lei nº 13.964/2019 ¹⁶¹	PL nº 10.372/2018	Diário da Câmara dos Deputados, 20 de jun. de 2018, p. 592-611. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020180620000950000.PDF#page=592 >.	Não há.
Lei nº 14.155/2021	PLS nº 4.554/2020	Diário do Senado Federal nº 125 de 2020. Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8889876&ts=1630441295245&disposition=inline&_gl=1*rm528i*_ga*OTcwMTE4NTQ0Lj >	Não há.

¹⁶¹ A Lei nº 13.964/2019, conhecida como o Pacote Anticrime, foi inicialmente proposta como um conjunto de alterações legislativas que buscavam recrudescer o exercício do poder punitivo. O que se viu foi a aprovação final de um texto com profundas diferenças com relação à proposta inicial, sendo possível observar institutos com conteúdo processual penal que, salvo melhor juízo, podem ser enquadrados sob um padrão de controle no exercício do poder punitivo, a exemplo do juiz das garantias, redução das possibilidades de atuação do Juiz em caso de manifestação do Ministério Público pelo arquivamento do inquérito policial, garantias com relação à cadeia de custódia da prova, revisão periódica da necessidade de manutenção da prisão preventiva, dentre outros.

Ainda assim, sustenta-se que a análise do Projeto de Lei sem as posteriores modificações e a exposição de motivos é relevante, pois, conforme anteriormente mencionado, trata-se de documento que retrata parte significativa do debate político que compôs o processo de alteração legislativa. Em específico, o Projeto de Lei que resultou na Lei nº 13.964/2019 chama atenção por si só, já que propôs a adoção de uma lógica de justiça penal negociada flagrantemente importada de uma tradição jurídica diferente da brasileira, sem ao menos mencionar na exposição de motivos esta influência oriunda do plano internacional.

		E2ODExMjk5OTY .*_ga_CW3ZH25X MK*MTY4MzE3 MTA0NC40LjEu MTY4MzE3MjY0 Mi4wLjAuMA..>.	
Lei nº 14.245/2021	PL nº 5.096/2020	Diário da Câmara dos Deputados, 10 de dez. de 2020, p. 448-449. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020201210002190000.PDF#page=448 >.	Não há.
Lei nº 14.365/2022	PL nº 5.284/2020	Diário da Câmara dos Deputados, 12 de dez. 2020, p. 25-33. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1944297&filename=PL%205284/2020 e http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020201212002210000.PDF#page=25 >.	Não há.

Leis	Número do Projeto de Lei	Link para o diário oficial	Menção aos tratados analisados
Lei nº 7.960/1989	Lei oportunamente analisada em campo próprio.		
Lei nº 8.072/1990	Lei oportunamente analisada em campo próprio.		
Lei nº 9.804/1999	Medida Provisória nº 1.780-10, de 1999	Diário do Congresso Nacional, 30 de junho de 1999, p. 8499. Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/14348?sequencia=399 >.	Não há.
Decreto nº 3.696/2000	Diário Oficial da União, 22 de dezembro de 2000. Disponível em: < https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/2963/1/DEC_2000_3696.pdf >.		Norma oriunda do Poder Executivo. Não foi encontrada exposição de motivos.
Medida Provisória nº 2.225-45/2001	Medida Provisória nº 1.780-10, de 1999	Diário da Câmara dos Deputados, 10 de out. de 2001, p. 21461-21474. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=J&Datain=10/10/2001&txpagina=21461&altura=700&largura=800#/>.	Não há.
Lei nº 10.741/2003	PL nº 3.561/1997	Diário do Senado Federal, 26 de agosto de 2003, p. 24984-24994. Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/1060?sequencia=108 >.	Não há.

Leis que alteraram a Lei nº 7.960/1989 a partir de 1988

Leis	Número do Projeto de Lei	Link para o diário oficial	Menção aos tratados analisados
Lei nº 7.960/1989	Medida Provisória nº 111/89	Diário Oficial da União, 27 de novembro de 1989,	Não há exposição de motivos. Norma oriunda do Poder

		p. 21629.	Executivo.
Lei nº 13.260/2016	PL nº 2.016/2015	Diário da Câmara dos Deputados, 19 de junho de 2015, p. 155. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020150619001010000.PDF#page=154 >.	Não há.
Lei nº 13.869/2019	PLS nº 85/2017	Diário do Senado Federal, 01 de abril de 2017, p. 45-62. Disponível em: < ">https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5208065&ts=1631729670555&disposition=inline&_gl=1*1o4iogm*_ga*OTcwMTE4NTQ0LjE2ODExMjk5OTY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4MzI0ODA5OC43LjEuMTY4MzI1NTA5Mi4wLjAuMA..> >.	Não há.

Leis que alteraram a Lei nº 8.072/1990 a partir de 1988			
Leis	Número do Projeto de Lei	Link para o diário oficial	Menção aos tratados analisados
Lei nº 8.072/1990	PL nº 5.405/1990	Diário da Câmara dos Deputados, 04 de ago. de 1998, p. 18871. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD04AGO1998.pdf#page=11 >.	Não há.
Lei nº 8.930/1994	PL nº 4.146/1993	Diário do Congresso Nacional, 12 de outubro de 1993, p. 21815-21817.	Não há.

		Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD12OUT1993.pdf#page=35 >.	
Lei nº 9.695/1998	PL nº 4.628/1998	Diário da Câmara dos Deputados, 19 de junho de 1998, p. 16883. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD19JUN1998.pdf#page=141 >.	Não há.
Lei nº 11.464/2007	PL nº 6.793/2006	Diário da Câmara dos Deputados, 31 de março de 2006, p. 16203-16205. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD31MAR2006.pdf#page=33 >.	Não há.
Lei nº 12.015/2009	PLS nº 253/2004	Diário do Senado Federal, 14 de setembro de 2004, p. 29235. Disponível em: < ">https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3638945&ts=1630442209066&disposition=inline&gl=1*dx0fwi*_ga*OTcwMTE4NTQ0LjE2ODExMjk5OTY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4MzI0ODk5OC43LjEuMTY4MzI1MzI1NS4wLjAuMA..> >.	Menção à Convenção da ONU contra a tortura (p. 8).
Lei nº 12.978/2014	PLS nº 243/2010	Diário do Senado Federal, 07 de out. de 2010. Disponível em: < https://legis.senado. >	Não há.

		leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4527995&ts=1630449612396&disposition=inline&_gl=1*1fh807a*_ga*OTcwMTE4NTQ0LjE2ODExMjk5OTY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4MzI0ODA5OC43LjEuMTY4MzI1MjYxNi4wLjAuMA..>.	
Lei nº 13.142/2015	PL nº 846/2015	Diário da Câmara dos Deputados, 24 de março de 2015, p. 146-147. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020150324000430000.PDF#page=146 >.	Não há.
Lei nº 14.344/2022	PL nº 1.360/2021	Diário da Câmara dos Deputados, 22 de maio de 2021, p. 175. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020210522000910000.PDF#page=175 >.	Não há.

Leis que alteraram a Lei nº 9.296/1996 a partir de 1988

Leis	Número do Projeto de Lei	Link para o diário oficial	Menção aos tratados analisados
Lei nº 9.296/1996	PL nº 1.156/1995	Diário da Câmara dos Deputados, 24 de julho de 1996, p. 21091. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD24JUL1996.pdf#page=8 >	Não há exposição de motivos. Norma oriunda do Poder Executivo.

		3>.	
--	--	-----	--

Leis que alteraram a Lei nº 9.613/1998 a partir de 1988			
Leis	Número do Projeto de Lei	Link para o diário oficial	Menção aos tratados analisados
Lei nº 9613/1998 (Lei de Lavagem de Capitais)	PL nº 2.688/1996	Diário da Câmara dos Deputados do dia 6 de fevereiro de 1997, na página nº 03859. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD06FEV1997.pdf#page=97 >.	Menção à Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (p. 03872).
Lei nº 10.701/2003	PLS nº 117/2002	Diário do Senado Federal, 07 de maio de 2002, p. 7395. Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/1363?sequencia=45 >.	Não há.
Lei nº 12.683/2012	PLS nº 209/2003	Diário do Senado Federal, 29 de maio de 2003. Disponível em: < ">https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3691278&ts=1630434951159&disposition=inline&gl=1*1ar92ov*_ga*OTcwMTE4NTQ0LjE2ODExMjk5OTY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4MzI0ODA5OC43LjEuMTY4MzI1MjE0NC4wLjAuMA..> >.	Não há.

Lei nº 13.506/2017	PL nº 8.843/2017	Diário da Câmara dos Deputados, 18 de outubro de 2017, p. 297-323. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020171018001820000.PDF#page=297 >.	Não há.
LC nº 167/2019	PLP nº 420/2014	Diário da Câmara dos Deputados, 10 de setembro de 2014, p. 40. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020140910001260000.PDF#page=40 >.	Não há.
Decreto nº 9.889/2019	Diário Oficial da União, 28 de junho de 2019, p. 23. Disponível em: < https://www.in.gov.br/web/dou/-/decreto-n-9.889-de-27-de-junho-de-2019-179415090 >.	Não há exposição de motivos. Norma oriunda do Poder Executivo.	
Lei nº 14.183/2021	MPV nº 1.034/2021	Diário Oficial da União, 01 de março de 2021, 39-Aª Ed., Seção: 1 - Extra A, p. 1. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1970522&filename=Tramitacao-MPV%201034/2021 >.	Não há.
MP nº 1.158/2023	MP nº 1.158/2023	12 de janeiro de 2023. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Exm/Exm-1158-23.pdf >.	Não há.

Leis que alteraram a Lei nº 11.343/2006 a partir de 1988

Leis	Número do Projeto de Lei	Link para o diário oficial	Menção aos tratados analisados
Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas)	PLS nº 115/2002	Diário do Senado Federal nº 53, 07 de maio de 2002, p. 7379. Disponível em: < https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/1363?sequencia=29 >.	Não há.
Lei nº 12.219/2010	PLS nº 207/2007	Diário do Senado Federal, 26 de abril de 2007. Disponível em: < ">https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3753174&ts=1630439806741&disposition=inline&_gl=1*3fw32c*_ga*OTcwMTE4NTQ0LjE2ODExMjk5OTY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4MzI0OD45OC4wLjAuMA..> >.	Não há.
Lei nº 12.961/2014	PL nº 1.598/2007	Diário da Câmara dos Deputados, 09 de agosto de 2007, p. 38800. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09AGO2007.pdf#page=37 >.	Não há.
Lei nº 13.840/2019	PL nº 7.663/2010	Diário da Câmara dos Deputados, 10 de agosto de 2010, p. 36495. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD10AGO2010.pdf#page=19 >.	Não há.
MP nº 885/2019	Convertida na Lei nº 13.886, de 2019 (abaixo)		
Lei nº 13.886/2019	MPV nº 885/2019	Brasília, 17 de junho de 2019	Não há.

		(Publicado no DOU dia 18/6/19). Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-885-19.pdf >.	
Lei nº 14.322/2022	PL nº 2.114/2019 (Nº Anterior: PL 7.921/2017)	Diário da Câmara dos Deputados, 07 de novembro de 2018, p. 167. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarentegra?codteor=1570974&filename=PL%202114/2019%20(N%C2%BA%20Anterior:%20PL%207921/2017) >. (Exposição de motivos). Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020181107001820000.PDF#page=167 >. (publicação do PL de número anterior - 7.921, na página 167)>.	Não há.

Leis que alteraram a Lei nº 12.846/2013 a partir de 1988			
Leis	Número do Projeto de Lei	Link para o diário oficial	Menção aos tratados analisados
Lei nº 12.846/2013	PL nº 6.826/2010	Diário da Câmara dos Deputados, 03 de março de 2010, p. 5574. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03MAR2010.pdf#page=180 >.	Menção à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e à Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em

			Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), (p. 5579).
--	--	--	--

Leis que alteraram a Lei nº 12.850/2013 a partir de 1988			
Leis	Número do Projeto de Lei	Link para o diário oficial	Menção aos tratados analisados
Lei nº 12.850/2013	PLS nº 150/2006	Diário do Senado Federal, 24 de maio de 2006. Disponível em: < ">https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4809852&ts=1630430507565&disposition=inline&_gl=1*184qimz*_ga*OTcwMTE4NTQ0LjE2ODExMjk5O TY.*_ga_CW3ZH25XMK*MTY4MzI0NDY3I0NDY3Ni42LjAuMTY4MzI0NDY3Ni4wLjAuMA..>	Não há.
Lei nº 13.097/2015	MPV nº 656/2014	Diário da Câmara dos Deputados, 16 de dez. de 2014, p. 24. Disponível em: < http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020141216S01940000.PDF#page=194 >.	Não há.