

**ANO I - NÚMERO 4 - JULHO/SETEMBRO DE 2002**

**BRASÍLIA/DF**

# A INFLUÊNCIA DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Avaliação no seu décimo aniversário de entrada em vigor no Direito brasileiro

*Fauzi Hassan Choukr\**

**Sumário:** 1. Itinerário de Pasárgada. 2. Influência da CADH no processo de conhecimento. 3. Influência da CADH no processo cautelar. 4. Influência da CADH na execução penal. 5. Sísifo (des)consolidado

## 1. Itinerário de Pasárgada

Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) possui uma relação com o Direito brasileiro que pode ser seccionada, para fins meramente didáticos, em duas faces: uma, o corte normativo, que implicará no reconhecimento de sua posição jurídica ante o cenário positivo brasileiro, com as implicações que traz em termos de seu status e o conflito normativo que surgirá, inevitavelmente, com outras normas; uma segunda face diz respeito aos valores culturais que a Convenção porta e como esses primados influenciam os operadores do Direito no plano jurisprudencial e doutrinário.

Embora passíveis da segmentação para fins expositivos, a dicotomia ora apresentada não é excludente, senão complementar, no melhor sentido “bobbiano” da expressão e, diante da riqueza temática que a Convenção acarreta, o presente texto ficará restrito às suas implicações no campo processual penal.

Agregue-se, ainda, para fins de compreensão do desenvolvimento das idéias, que a Convenção possui três momentos distintos em face do Direito brasileiro e da cultura que ela traduz, levando-se em conta na tripartição o próprio itinerário jurídico-político do texto. Assim, pode-se identificar o período que vai da assinatura da Convenção, em 1969, até a sua entronização no sistema pátrio, em 1992; depois, o período que vai de 1992 até 1998, quando foi aceita a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seguindo-se, desde então, a inserção definitiva, ao menos do ponto de vista normativo, do Brasil ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

---

\* Fauzi Hassan Choukr é promotor de Justiça/SP desde 1989. Mestre e doutor em Direito Processual Penal/USP. Especializado em Direitos Humanos pela Universidade de Oxford (New College). Pesquisador convidado do Instituto Max Planck para Direito Penal Estrangeiro e Internacional Freiburg im Breisgau. Membro da Associação Internacional de Direito Penal, membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e membro conselheiro do Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária/SP 1998-2000/2001-2002.

Esse itinerário tem colorações distintas de acordo com o próprio momento político do Estado brasileiro, quer no plano normativo, quer no plano cultural da aceitação da CADH. No primeiro período, que vai de 1969 a 1992, é imperioso notar o regime de exceção ao estado de direito e suas implicações no campo repressivo pátrio<sup>1</sup>. Inegavelmente é de ser justificada a assinatura da Convenção no auge do regime militar apenas como uma demonstração de respeito de fachada aos direitos humanos e uma tentativa de demonstrar para o público externo a obediência ao primado da lei. Do ponto de vista do discurso oficial de então, a proteção dos direitos fundamentais é de essencial importância retórica para a legitimação do sistema, numa aproximação quase “habermasiana”<sup>2</sup>.

Como sabido à exaustão, os anos que imediatamente se seguiriam à assinatura seriam rotulados como os “anos de chumbo”, exaurindo-se no rótulo o conteúdo de seu significado<sup>3</sup>. O período caracterizou-se pelo ápice do regime de exceção à democracia, quando o sistema legal existente era largamente usado para oprimir politicamente os “inimigos do regime” e no qual se utilizou amplamente a primeira LSN imposta com o Decreto-Lei Nº 314 – de 13 de março de 1967.

Ao tomar posse, em 15 de março de 1967, Costa e Silva distribuiu seus ministérios militares para os membros da linha-dura, “o que significava, ao lado da consolidação de meios mais enérgicos de ação (Lei de Segurança Nacional), a formação de um escalão de poder que saberia aproveitar os mecanismos jurídicos repressivos herdados de Castello Branco”<sup>4</sup>. E todo este aparato foi empregado contra as vozes políticas de oposição que ainda restavam, bem como contra o movimento estudantil, particularmente hostil ao movimento militar que teve no movimento de 1968, ocorrido na Europa, um incentivo a mais nos seus protestos, somando-se a tudo isto a insatisfação da classe trabalhadora.

O que adveio deste cenário foi a edição do mais drástico dos Atos Institucionais, o de número 5, “apto a permitir a intensificação da violência oficial”. Juntamente, surgiu o Ato Complementar Nº 38, que fechava o Congresso por tempo indeterminado<sup>5</sup>. A partir daí, o Ministério da Guerra invocou para si o controle de todo o aparato policial dos Estados, endurecendo a censura, que agora era assunto de competência militar, e proibição de qualquer crítica aos Atos Institucionais. Professores universitários foram afastados compulsoriamente de seus cargos e alterou-se a competência e a composição dos tribunais superiores, aumentando as

---

<sup>1</sup> Para uma ampla visão do contexto e suas implicações no direito e no processo penal brasileiros, veja-se CHOUKR, F. H. *O papel do Direito Penal na transição dos Estados autoritários para a democracia. Relatório brasileiro* (coordenador). Inédito no Brasil. Projeto de pesquisa do Max Plack Institute – Freiburg im Breisgau – 1999.

<sup>2</sup> Cabe lembrar que, para Habermas, “o sistema jurídico, para ele, necessita de instituições básicas capazes de legitimá-lo. E esse é justamente o papel desempenhado pelos Direitos Fundamentais (Direitos Humanos) e pelo princípio da Soberania Popular, consolidados nas Constituições do moderno Estado de Direito. Portanto, são precisamente tais instâncias que garantem a simbiose entre o sistema jurídico eticamente neutro, reduzido à heteronomia, e a moralidade, reduzida à esfera interna, ou seja à autonomia. Em outras palavras, é isso que garante a comunicação entre o Direito público e o Direito privado. Entre minha intimidade, esfera da Direito privado, e minha vida social, esfera do Direito público.” MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos Livraria e Editora, 1.999, p. 49.

<sup>3</sup> PONTES, Evandro F. de & PONTES, José Antonio S. de. *In*, Relatório, op. cit, especialmente capítulo 1.

<sup>4</sup> Relatório, op.cit.

<sup>5</sup> O Congresso voltaria a funcionar apenas em outubro de 1969, após as eleições presidenciais daquele ano.

funções dos tribunais militares. Suspendeu-se o habeas corpus para os crimes contra a segurança nacional, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal havia concedido liberdade a muitos presos políticos até então. Suas medidas em geral seguiam o que já havia sido imposto pelos Atos Institucionais anteriores, mas com uma diferença fundamental: não tinha prazo de vigência. Seguiram-se inúmeras cassações de parlamentares, com especial atenção aos que votaram contra o governo na questão da imunidade dos deputados visados. O Poder Judiciário também não ficou incólume: em 16 de janeiro do ano seguinte, o presidente Costa e Silva, pessoalmente, em uma reunião de Ministérios, faz a entrega do ato que imporá a aposentadoria compulsória a três ministros do Supremo Tribunal Federal: Evandro Lins e Silva, Hermes Lima e Vítor Nunes Leal”<sup>6</sup>. Dele derivou diretamente o incremento do movimento de guerrilha no País, com a integração nesse cenário de membros de políticos “formais” de oposição.

Como reação, o efeito imediato dessa “ousadia guerrilheira” pelo lado do Estado de Segurança Nacional foi a institucionalização da tortura como parte de uma insana radicalização nos modos de combate estatal às esquerdas. A tortura como modo de obtenção de informações chegou ao ponto de atingir crianças para provocar confissões de pais, que não raro em nada se relacionavam às guerrilhas urbanas. Era a consolidação de uma estratégia para intimidar toda a população a não cooperar com a oposição clandestina. A tortura ou intimidação de cidadãos sem critérios era uma forma de “propaganda” de um sistema de terror, que visava atingir a subversão ainda que ao custo da violência a inocentes”<sup>7</sup>. De forma complementar editou-se a Emenda Constitucional Nº 1, de 17 de outubro de 1969, um vasto texto absorveu a Constituição de 1967, suprimindo elementos liberais ainda presentes no texto original e incluindo na Constituição dispositivos do AI-5. Essa emenda era tão ampla, que passou a ser chamada de “Constituição de 1969”. O maior disparate jurídico de todos os tempos, entretanto, seria publicado posteriormente, o Decreto-Lei Nº 69.534, de 11 de novembro de 1971, que autorizava o Executivo a editar decretos secretos.

Foi no governo de Emílio Garrastazu Médici que a repressão encontrou seu cume, com o pleno desenvolvimento do serviço brasileiro de informações (SNI) na prática da violência, contando com o apoio dos serviços secretos ou centros de informação do Exército (Ciex), da Marinha (Cenimar) e da Aeronáutica (Cisa) sob seu direto controle, e que tinham como função imediata o controle ideológico dos próprios integrantes das Forças Armadas. Instituições civis também faziam parte do aparato de informações. “O órgão civil responsável pela investigação e repressão era a Secretaria Estadual de Segurança Pública (Sesp), que controlaria o Dops e os Deops.<sup>8</sup> A força política do SNI era enorme, a tal ponto de que o chefe do SNI era automática-

---

<sup>6</sup> Relatório, op. cit.

<sup>7</sup> Idem ibidem

<sup>8</sup> O órgão civil federal era o Dops – Departamento de Ordem Política e Social, cujas seções locais eram os Deops – Departamentos Estaduais de Ordem Política e Social. Em São Paulo, ficou conhecida agência do Dops sob o comando do delegado Sérgio Paranhos Fleury, hoje considerado um dos símbolos da repressão feita pelos civis, como denuncia o relatório Brasil: Nunca Mais, Petrópolis: Vozes, 1985, p.74: No caso de São Paulo, o Dops (mais tarde Deops) chegou praticamente a competir com o DOI-Codi na ação repressiva, reunindo em torno do delegado Sérgio Paranhos Fleury uma equipe de investigadores que, além de torturar e matar inúmeros de opositores, eram simultaneamente integrantes de um bando autodenominado “Esquadrão da Morte”. Esse “Esquadrão”, a pretexto de eliminar criminosos comuns, chegou a assassinar centenas de brasileiros, muitos dos quais não registravam qualquer tipo de antecedente criminal.

mente sério candidato à Presidência da República. Havia ainda o Departamento da Polícia Federal (DPF), responsável pela censura e repressão, em casos especiais, e o próprio aparato de segurança pública dos Estados, cujas polícias militares passaram ao controle direto do governo federal, por meio do Decreto Nº 667, de 2 de julho de 1969, sendo controladas por um general do Exército.”<sup>9</sup>, sendo outro organismo repressivo de importância a chamada Operação Bandeirantes – Oban. Criada no início de 1969, combinava forças policiais com oficiais militares, principalmente sob controle do II Exército – SP e foi financiada principalmente por industriais nacionais e estrangeiros<sup>10</sup>. Atuou em vários Estados, mas principalmente em São Paulo e Rio de Janeiro.

Nesse primeiro período, que se projeta por toda a superação do regime militar e a reconstrução formal do estado de direito, culminando com a eleição para a Presidência da República de um civil, e a promulgação de uma nova Constituição para a República em 5 de outubro de 1988, a temática do respeito aos direitos humanos fez-se sempre presente na pauta política, mas o emprego formal da Convenção era pífio, mesmo porque o texto não se encontrava exequível internamente, embora doutrina recente, já sob a égide do atual texto constitucional defenda a possibilidade da “invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais”<sup>11</sup>. Se a utilização jurídica da própria Constituição era escanteada diante dos atos de violência institucional, a CADH jamais foi alçada à condição de um primado tangível perante os tribunais e, mesmo no cenário acadêmico, onde ela poderia ser usada como uma referência retórica de apoio ao discurso da retomada do estado de direito, sua invocação era meramente residual e mesmo desprezível no contexto global.

Quanto à temática dos direitos humanos e sua proteção, como lucidamente afirmado, “as duas décadas de ditadura militar continuam a pesar bastante sobre o funcionamento do Estado como sobre as mentalidades coletivas, o que faz com que o conjunto das classes sociais tendam a identificar a defesa dos direitos do homem com a tolerância à bandidagem. De maneira que, além da marginalidade urbana, a violência no Brasil encontra uma segunda raiz em uma cultura política que permanece profundamente marcada pelo selo do autoritarismo.”<sup>12</sup>

A superação formal do período de exceção traz a edificação de uma nova Constituição para a República, com seu engajamento à ordem internacional e à proteção dos direitos fundamentais no plano interno e externo<sup>13</sup> e, nesse contexto, o nosso direito positivo incorporou a CADH ao ordenamento jurídico, por meio do Decreto Nº 678/92. A partir de então se pode afirmar que a Convenção passou a incorporar com mais intensidade as preocupações dos

---

<sup>9</sup> Relatório, op. cit.

<sup>10</sup> Em *Brasil: Nunca Mais* constam como patrocinadoras da Oban nomes de empresas como Ford e General Motors. Skidmore (idem, ibidem; p.254) indica como financiadores o grupo Ultragás, presidido por Henning Albert Boilesen, bem como os ex-governadores do Estado de São Paulo ligados aos militares, Abreu Sodré e Paulo Salim Maluf, este, futuro candidato a Presidência por duas vezes após a abertura e que “considerava a OBAN um importante projeto cívico” (Skidmore, T. idem, ibidem; p.254). Skidmore ainda relata que alguns dos financiadores, como Boilesen, “tinha acesso às salas de tortura onde insultava os presos” (idem, ibidem; p.254 e nota 83 na mesma página da obra). Relatório, op. cit..

<sup>11</sup> PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, ob. cit., p. 104.

<sup>12</sup> WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 10.

<sup>13</sup> CR, especialmente artigos 1º a 4º e 5º, §2º.

acadêmicos brasileiros e começou a ser invocada com mais constância junto aos tribunais. Contudo, junto a esses últimos, muito menos pelo seu conteúdo material do que pela discussão formal de seu status no sistema interno brasileiro.

O ponto de partida foi a questão da prisão civil do depositário infiel. Neste tópico “No julgamento do HC 72.131, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o Dec.-lei 911/69 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, inclusive no ponto em que admite prisão civil do alienante fiduciante, quando se torne depositário infiel, como ali previsto”<sup>14</sup>, sendo tal entendimento repetido à exaustão, para se afirmar que “não há constrangimento ilegal ou ofensa à Constituição no decreto da custódia, após decisão definitiva da ação de depósito, com a não-devolução do bem, nem o pagamento do valor, pelo paciente, configurando-se a situação de depositário infiel, prevista no art. 5.º, LXVII, da Constituição de 1988.”<sup>15</sup>, pois “A equiparação do devedor fiduciário ao depositário infiel não afronta a Carta da República. Legítima, assim, a prisão civil do devedor fiduciante que descumpre, sem justificação, ordem judicial para entregar a coisa ou o seu equivalente em dinheiro”<sup>16</sup>.

Como se não houvesse toda a inserção do direito interno na órbita internacional, continua-se a tratar particularmente este tema pela ótica doméstica, afirmando-se que “O texto constitucional em vigor não inviabiliza a decretação da prisão civil do depositário infiel, o qual não se afasta, em substância, da redação da Carta revogada, o que proporcionou a recepção das leis que regem a matéria”<sup>17</sup>, aduzindo, na seqüência, que “A Constituição proíbe a prisão civil por dívida, mas não a do depositário que se furta à entrega de bem sobre o qual tem a posse imediata, seja o depósito voluntário ou legal (art. 5.º, LXVII). 2. Os arts. 1.º (art. 66 da Lei 4.728/65) e 4.º do Dec.-lei 911/69 definem o devedor alienante fiduciário como depositário, porque o domínio e a posse direta do bem continuam em poder do proprietário fiduciário ou credor, em face da natureza do contrato. 3. A prisão de quem foi declarado, por decisão judicial, como depositário infiel é constitucional, seja quanto ao depósito regulamentado no Código Civil como no caso de alienação protegida pela cláusula fiduciária e assim se decide com o argumento de que os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2.º do art. 5.º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7.º, n. 7, do Pacto de San José da Costa Rica (‘ninguém deve ser detido por dívida’: este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar) deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5.º, LXVII, da Constituição”<sup>18 - 19</sup>. Esta postura é largamente sentida no e.

<sup>14</sup> STF – HC 74.875-9 – Rel. Sidney Sanches – DJU 11.04.97, p. 12.192.

<sup>15</sup> STF – HC 70.625 – Rel. Néri da Silveira – DJU 20.05.93, p. 12.248”

<sup>16</sup> STF – HC 71.286-0 – Rel. Francisco Rezek – RT 721/556.

<sup>17</sup> STJ – RHC 4.712 – Rel. Costa Lima – DJU 04.09.95, p. 27.841.

<sup>18</sup> STF – HC 73.044-2 – Rel. Maurício Corrêa – DJU 20.09.96, p. 35.534.

<sup>19</sup> Ainda no âmbito do STF: STF: HC 73.044 – Rel. Maurício Corrêa, HC 73.058 – Rel. Maurício Corrêa, HC 73.469-3 – Rel. Octávio Gallotti, RE 84.779 – Rel. Xavier de Albuquerque, HC 74490-7 – Rel. Octávio Gallotti, HC 74.798-1 – Rel. Ilmar Galvão, HC 74.822-8 – Rel. Moreira Alves, HC 73.469-3 – Rel. Octávio Gallotti, HC 70.718-1 – Rel. Francisco Rezek, HC 74.739-6 – Rel. Carlos Velloso, HC 74.473-7 – Rel. Francisco Rezek, HC 74.831-7 – Rel. Nelson Jobim, HC 75.306-0 – Rel. Moreira Alves, HC 75.418-0 – Rel. Nelson Jobim, HC 75.346-9 – Rel. Nelson Jobim, HC 75.903-8 – Rel. Moreira Alves

Supremo Tribunal<sup>20</sup> e ecoa pelos vários Tribunais do País<sup>21</sup>.

É de ser destacada, por certo, a existência de entendimento em sentido contrário (minoritária em comparação à posição firmada do e. STF), fundado em argumentos estritamente infraconstitucionais, a dizer que “a prisão civil é restrita aos casos indicados pela Constituição da República (art. 5.º, LXVII) – Inadimplemento voluntário e inescusável de pensão alimentícia e do depositário infiel. No depósito, é entregue coisa de terceiro para o depositário, restituída nas condições acordadas ou quando solicitada. No contrato de alienação fiduciária, é diferente, há finalidade diversa. Aqui há obrigação de restituir, desde que não efetuado o pagamento. Nota-se, a ameaça de prisão, no caso, é meio, isto é, modo de constranger o devedor a honrar o débito. Ao contrário do depósito, na alienação fiduciária, pode haver pagamento, pelo menos parcial do preço. Não se identificam, materialmente, a hipótese da Constituição e a prisão por dívida civil”<sup>22</sup> e que “o devedor fiduciante que descumpre a obrigação pactuada e não entrega a coisa ao credor-fiduciário não se equipara ao depositário infiel, passível de prisão civil, pois o contrato de depósito, disciplinado nos arts. 1.265 a 1.287 do CC, não se equipara, em absoluto, ao contrato de alienação fiduciária. A regra do art. 1.º do Dec.-lei 911/69, que equipara a alienação fiduciária em garantia ao contrato de depósito, perdeu a sua vitalidade jurídica em face da nova ordem constitucional”<sup>23</sup>. Poucos acórdãos, entretanto, enfrentam o tema da ubiquação constitucional da Convenção<sup>24</sup>, mantendo-se a assertiva de ter a ordem constitucional dado tratamento distinto à situação do devedor, mas tudo dentro do positivismo interno, com a tradicional concepção de soberania<sup>25</sup>.

Se do ponto de vista dos tribunais a temática limitou-se, na maioria das vezes, à discussão na forma acima exposta, ao menos a doutrina pátria despertou com mais disposição para o assunto, passando a Convenção a ser mencionada como fundamento de posições respeitadoras à liberdade individual<sup>26</sup> ou tratada em sede monográfica, dando assim realce à

<sup>20</sup> RHC 6034 (Rel. José Arnaldo – DJU 17.03.97, p. 7.528), HC 76.197-0 (Rel. Ilmar Galvão – DJU 13.02.98, p. 5), HC 74.381-1 (Rel. Moreira Alves – DJU 26.09.97, p. 47.476), HC 76.406-8 (Rel. Sidney Sanches – DJU 03.04.98, p. 6)

<sup>21</sup> RT 733/254, 731/316, 731/503, 730/462, 712/168, 708/121, 699/92; STJ: RHC 4.545 – Rel. Assis Toledo, HC 4.318 – Rel. Assis Toledo, HC 4.363 – Rel. Cid Fláquer Scartezini, RHC 5.583 – Rel. José Dantas, HC 4864 – Rel. Edson Vidigal, 1.º TACSP: AI 677.167-1 – Rel. Roberto Midolla, HC 666.873-7 – Rel. Ribeiro de Souza, HC 614.902-0 – Rel. Nelson Ferreira, AP 504.665-7 – Rel. Carlos Bittar, AI 576.717/5 – Rel. Sidnei Beneti

<sup>22</sup> STJ – REsp. 5.372 – Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 04.11.96, p. 42.526.

<sup>23</sup> STJ – RHC 5.883 – Rel. Vicente Leal – DJU 02.12.96, p. 47.724.

<sup>24</sup> STJ – RHC 4.297-0 – Rel. Vicente Leal – DJU 05.02.96, p. 1.443.

<sup>25</sup> No mesmo sentido: RT 727/590, 726/280, 726/318, 719/147; STJ: RHC 5.980 – Rel. Vicente Leal – DJU 03.02.97, p. 786; HC 4.681 – Rel. Vicente Leal – DJU 16.09.96, p. 33.794, RHC 5.948 – Rel. Fernando Gonçalves – DJU 03.02.97, p. 786, RHC 6.163 – Rel. William Patterson – DJU 07.04.97, p. 11.168, RHC 5.029 – Rel. William Patterson – DJU 25.08.97, p. 39.402, RHC 124.454 – Rel. William Patterson – DJU 29.09.97, p. 48.353, RHC 6.570 – Rel. José Arnaldo – DJU 29.09.97, p. 48.237, HC 5.598 – Rel. Cid Fláquer Scartezini – DJU 29.09.97, p. 48.231, HC 5.598 – Rel. Cid Fláquer Scartezini – DJU 29.09.97, p. 48.231, RHC 6.632 – Rel. Vicente Leal – DJU 06.10.97, p. 50.061, RHC 6.632 – Rel. William Patterson – DJU 27.10.97, p. 59.606, REsp. 134.473 – Rel. Felix Fischer – DJU 24.11.97, p. 61.268, RHC 6.863 – Rel. William Patterson – DJU 24.11.97, p. 61.286, HC 6.315 – Rel. Edson Vidigal – DJU 16.02.98, p. 113, RHC 6.446 – Rel. Edson Vidigal – DJU 09.03.98, p. 130.

<sup>26</sup> Entre inúmeros textos, os nossos. *As Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2001 e *Suspensão Do Processo Em Face Da Revelia, in Processo Penal à Luz da Constituição*, Bauro, Edipro, 1999.

existência da Convenção e aos valores que ela encarna<sup>27</sup>.

A luta pela verdadeira incorporação da Convenção na legislação e no espírito cultural do Direito brasileiro ainda pendia de um passo essencial: o reconhecimento, pelo Brasil, da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que não se havia dado em 1992 quando da entronização da CADH.

Com efeito, após uma década de recrudescimento do desrespeito aos direitos fundamentais reiteradamente denunciado pela imprensa brasileira e internacional<sup>28</sup>, e de respostas meramente retóricas dadas pelo governo, com a edição de “planos” protetivos a partir de 1995, mas sem qualquer efeito prático sobre a sociedade, houve o reconhecimento da competência da Corte por meio do Decreto Legislativo Nº 89, de 3 dezembro de 1998, inaugurando desta forma uma terceira etapa na convivência da sociedade brasileira com a Convenção, dando vida assim a um mecanismo de controle que se afigura essencial na estrutura jurídica analisada, como demonstra a larga experiência européia<sup>29</sup>, e cuja verdadeira extensão somente será conhecida com o tempo, a dizer.

Como se dará o relacionamento do Estado brasileiro com as decisões da Corte é algo que não se pode predizer, sobretudo se levadas em consideração que essa inter-relação tende a se dar nos espaços normativo e interpretativo. Assim, dizer se o Estado brasileiro terá respostas legislativas reativas ou preventivas em face das futuras decisões da Corte (especialmente se reiteradas) é tão incerto, neste momento, quanto afirmar que a jurisprudência brasileira tendentemente se alterará para se tornar harmônica em relação àquela da Corte Interamericana.

Um prognóstico otimista acenaria positivamente para ambas as questões acima mencionadas. Num quadro de harmonização do direito e da cultura, eventuais futuras condenações perante a jurisdição supranacional serviriam como diapasão normativo para alteração de leis já em vigor e norteariam novas regras para se evitar levar o País à condição de réu. Da mesma forma, a jurisprudência nacional passaria a interagir com os julgados supranacionais, dando maior consistência à cultura jurídica obediente aos primados de respeito à dignidade da pessoa humana.

Se a prognose pode ser otimista, a diagnose em nada alenta nesta quadra da socieda-

---

<sup>27</sup> Vejam-se os seguintes trabalhos a título exemplificativo sobre a matéria na década de noventa: PIOVESAN, Flávia e GOMES, Luiz Flávio Org. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro* SP, RT, 2000; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996; STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Interamericana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*, SP, RT, 2000.; Sallet, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed., 1998 e a recente e valiosa obra de Ramos, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo*, SP: Max Limonad, 2001.

<sup>28</sup> AVANCINI, M. *Para Anistia, aumentam violações a direitos*, OESP, 31.05.2001; *Campanha de combate à tortura*, OESP, 23.08.2001. CHADE, J. *ONU critica Brasil por causa de tortura*, OESP, 09.05.2001.; *Brasil será questionado sobre tortura*, OESP, 08.05.2001.; CHADE, J. *ONU quer urgência no combate à tortura em prisões brasileiras direitos*, OESP, 18.05.2001.; FROUFE, C. *São Paulo tem mil casos de tortura comprovados, denuncia Acat*, OESP, 11.04.2001.; Froufe, C. *Tortura é disseminada no Brasil*, diz ONU, OESP, 11.04.2001.; Froufe, C. *Polícia responde por 70% dos casos de tortura no Brasil*, OESP, 12.04.2001.; GODOY, M. *Brasil ainda evita aplicação de lei antitortura*, OESP, 22.04.2001.; *Itamaraty diz que governo combate a tortura*. OESP, 11.04.2001.; LOMBARDI, R. *Políciais militares mataram mais que civis*, OESP, 17.11.2001.; *Promotor chicoteado no meio da rua*, OESP, 21.08.2001.; RELATÓRIO DA ONU denuncia execuções sumárias no Brasil. Em 99, foram 2 mil. *Jornal da Tarde/SP*, 18.04.2001.

<sup>29</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*, trad. De CHOUKR, Fauzi Hassan. RJ: Lumen Juris, 2002, no prelo, especialmente capítulo 2.

de brasileira. Devendo ser analisada de forma realista a influência da Convenção no direito e na cultura jurídica nacional, é imperioso visualizar o cenário atual, sobretudo a partir do direito vivido e procurar identificar os pontos nos quais a incorporação espiritual da Convenção será mais ou menos lenta ou mesmo naqueles em que ela dificilmente virá a ser entendida, ao menos a curto e médio prazo.

## **2. Influência da CADH no processo de conhecimento**

Para fins do processo de conhecimento pode-se elencar normas da CADH encontradas no artigo 8 (Garantias judiciais), diretamente aplicáveis, com as seguintes redações:

*1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.*

*2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:*

*a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;*

*b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;*

*c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;*

*d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;*

*e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;*

*f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;*

*g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e*

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

*3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.*

*4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.*

*5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da Justiça.*

Pela dimensão temática do artigo mencionado, a análise pormenorizada de cada um desses itens seria incabível no presente texto, donde a necessidade de eleição de pontos específicos para abordagem. Pelo inegável caráter protetor contra o arbítrio do Estado e o abuso do

poder de persecução, dá-se atenção aos itens “d” e “e” acima expostos<sup>30</sup>.

Com efeito, como já assentado em trabalho anterior<sup>31</sup>, “O Código de Processo Penal pátrio, completamente divergente nas suas bases axiológicas e no seu modelo em relação ao texto constitucional, dispõe que o ato de interrogatório do acusado realiza-se apenas entre o juiz (leia-se Estado) e acusado, não sendo possível a intervenção das partes (importando-se para o foco deste texto a ótica da defesa). A instrumentalização do réu é latente e, a rigor, começa muitas vezes na mácula da citação, sobretudo quando o réu está preso<sup>32</sup>. Com efeito, nesta última hipótese é comum encontrar provimentos jurisdicionais que dispensam a necessidade de citação (e, por conseguinte prejudicam o exercício da autodefesa e da defesa técnica). Em muitas situações entende-se que basta a simples leitura da peça incoativa na própria sala de audiência (ou seja, já no ato de interrogatório) para que a “ciência” da acusação seja dada e a defesa executada<sup>33</sup>. Sem embargo, também se faz sentir jurisprudência mais consentânea

---

<sup>30</sup> Sacrifica-se, assim, o relevante artigo Artigo 25. Proteção judicial, que dispõe: 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados-partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso. De forma reflexa, no entanto, o tema dos recursos será enfocado no item “3”.

<sup>31</sup> Muitas das observações que se seguem neste tópico foram extraídas do nosso *Assistência Judiciária e Processo Penal*, in *Acesso à Justiça e Cidadania*, SP: Cadernos da Fundação Konrad Adenauer nº 03, 2000.

<sup>32</sup> Sobre este assunto é útil a verificação do entendimento da jurisprudência pátria colecionada em prestigiosa obra doutrinária, com o que pode se observar as formas de entendimento da matéria: “Divergem os doutos sobre a forma correta de se citar o réu preso. Entendem alguns que não basta a requisição prevista no artigo 360 do Código de Processo Penal, impondo-se a simultânea expedição de mandado e a ida de oficial de justiça ao presídio. Escreve Tourinho Filho: “mas não basta aquela requisição prevista no artigo 360 do Código de Processo Penal. Como a lei não permitiu se fizesse a citação através do diretor do presídio, entendemos, como Bento de Faria, que a citação deve ser feita nos termos comuns, em sua própria pessoa”. E conclui: assim, quer-nos parecer que o oficial de justiça deve comparecer ao presídio para citá-lo, nos termos do artigo 357” ( *Processo Penal*, vol 3, p. 180, 5 ed., Jalovi, Bauri, 1979). Da mesma opinião o eminente Frederico Marques (obr. Cit. Vol 2, pág. 185, Forense, 1962). Outros, como Edgard Magalhães Noronha, sustentam que a citação far-se-á através do diretor do presídio ... Outros, finalmente, entendem que a citação se faz em juízo, quando da apresentação do requisitado, pelo escrivão...ou pela própria ciência que o juiz dá ao réu, quando do interrogatório, dos termos da acusação (RT 484/308). Mais conforme a garantia constitucional da ampla defesa é, sem dúvida, a citação do réu preso por mandado. ...A cientificação pelo juiz ou pelo escrivão, no instante mesmo do comparecimento para interrogatório, tem o defeito de não permitir o conhecimento da acusação com um mínimo de antecedência, podendo-se dificultar o aparelhamento da defesa. No caso concreto o peticionário não foi citado por mandado e a requisição, por muito sumária... não permitia o conhecimento adequado da imputação. Nem por isso, todavia, há de se reconhecer a nulidade.

Dispõe o artigo 570 do Código de Processo Penal que “a falta ou a nulidade da citação, da intimação ou da notificação estará sanada, desde que o interessado compareça antes do ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argüi-la”. Ora, o impetrado compareceu para o primeiro ato do processo, tomou conhecimento da acusação, negou a prática do crime e seu advogado constituído, intimado para oferecer defesa prévia, ingressou com a petição..., não alegando qualquer prejuízo. Irrelevante, outrossim, que o comparecimento não tenha sido voluntário, como já teve oportunidade de gizar o Supremo Tribunal Federal: “se o réu ingressa no processo da ação penal, é interrogado e produz defesa, inclusive a que é prevista no artigo 395 do Código de Processo Penal, evidentemente saneia qualquer nulidade de citação, ainda mesmo que sua presença nos autos decorra de prisão preventiva” (RHC 52.266-GO 2 turma, em 20.04.74, rel. min. Antonio Neder, DJU 24.5.74, p. 3536) (Grinover, Ada Pellegrini. *O Processo Constitucional em Marcha*, SP: Max Limonad Ed., 1985, pgs. 110/111)

<sup>33</sup> neste sentido, o seguinte julgado: Apelação nº 540.271/2, Julgado em 05/10/1.988, 9ª Câmara, Relator: Bonaventura Guglielmi, RJDTACRIM 1/132.

com as premissas constitucionais, para afirmar que “O acusado tem que ser citado, formalmente, para a ação penal, consoante o disposto no art. 352 do CPP; a simples ciência do agente, de que está sendo processado, não é o suficiente para formalizar a citação”<sup>34</sup>.

Fato é que a jurisprudência majoritária absorve os preceitos infraconstitucionais sem flexioná-los de acordo com a Constituição e os textos supranacionais adotados, reiteradamente decidindo que “Ausência de defensor no interrogatório não anula o processo, eis que o Código de Processo Penal não reclama a presença da defesa, dependendo, por outro lado, da demonstração de prejuízo”<sup>35</sup>, ou em outro provimento de praticamente idêntico teor: “Inexiste nulidade na oitiva do réu, em interrogatório, sem a presença do defensor, que não é obrigatória, máxime se não houver demonstração de prejuízo para a defesa”<sup>36</sup>. Em suma, poucos são os julgados que reconhecem o flagrante prejuízo à defesa quando da ausência, no interrogatório, do defensor, ao julgar que “Ocorre nulidade no fato do acusado ser interrogado sem a presença de seu defensor, vez que além da defensoria técnica, no sistema vigorante, não irromper facultativa, o art. 187 do CPP, ao vedar a intervenção da defesa no interrogatório do réu, não lhe afirma a ausência, mas a indispensabilidade da comparência (voto vencido)”<sup>37</sup>.

Com efeito, a jurisprudência continua trabalhando os padrões valorativos da ordem jurídica anterior mesmo após toda renovação da ordem constitucional, sem atentar para as profundas alterações estruturais, e obrando com categorias como “ausência de prejuízo” para justificar a não-ocorrência de vício dada a ausência de defensor<sup>38</sup> ou assimilando a impossibilidade de intervenção com a condição de presença descartável da defesa<sup>39</sup>. Não seria necessário ir muito longe para verificar que não existe um conceito concreto do que seja “ausência de prejuízo” para a defesa, conceito este tão empregado nos acórdãos mencionados, e muitas vezes identificado de forma rasa com a ausência de confissão, a dizer, se o acusado nega os fatos então prejuízo não lhe houve. Tal sinonímia (ausência de confissão = inexistência de prejuízo para a defesa) nada mais é do que fruto direto da roupagem inquisitiva de processo, em que o grande objetivo buscado era justamente a confissão como forma de expiação máxima da culpa e absolvição dos pecados. Tal situação é tratada de maneira tão banal pelo direito vivido que se pode encontrar exemplo ainda mais gritante de descaso para com a defesa técnica (constituída ou por defensor conferido pelo Estado), quando o réu encontra-se preso em outra localidade e nessa há de ser interrogado. Já se decidiu em tal situação que o defensor pode puramente ser escanteado da prática do ato processual, sequer devendo ser intimado para o

<sup>34</sup> Apelação nº 494.217/6, Julgado em 07/06/1.988, 10ª Câmara, Relator: - Viana Santos, RJDTACRIM 1/141

<sup>35</sup> HC nºs 195.902/5 e 196.594/3, Julgado em 23/08/1.990, 1ª Câmara, Relator: - Eduardo Goulart, RJDTACRIM 8/207

<sup>36</sup> Apelação nº 668.163/3, Julgado em 17/08/1.992, 12ª Câmara, Relator: - Afonso Faro, RJDTACRIM 13/105

<sup>37</sup> Apelação nº 825.989/6, Julgado em 13/10/1.993, 10ª Câmara, Relator: - Jo Tatsumi, RJDTACRIM 20/112. Em sentido próximo ao deste julgado, o seguinte provimento: Apelação nº 650.227/1, Julgado em 31/01/1.991, 1ª Câmara, Relator: - Eduardo Goulart, RJDTACRIM 10/102

<sup>38</sup> A ausência de Defensor só vicia o interrogatório se demonstrado o prejuízo para o acusado. Apelação nº 837.081/3, Julgado em 15/12/1.994, 2ª Câmara, Relator: - Rulli Júnior, RJDTACRIM 24/265

<sup>39</sup> No sistema processual em vigor, embora garantido a todo acusado o direito de procurar Advogado, a qualquer tempo, a ausência do Defensor Técnico no interrogatório não causa nulidade ao processo, inclusive porque ele não pode interferir ou influir, como preceitua o art. 187 do CPP. (Apelação nº 755.283/0, Julgado em 09/11/1.994, 10ª Câmara, Relator: Luiz Betanho, RJDTACRIM 24/261)

ato sem que tal omissão cause qualquer mácula à relação processual<sup>40</sup>.

Se toda essa crítica era feita com os olhos na Constituição, porque mais evidente a vinculação do Código com o texto constitucional, na verdade ela pode ser estendida à Convenção, que sequer é mencionada pelos julgados mencionados, ainda que alguns deles sejam anteriores a 1992<sup>41</sup>. Nos julgamentos que obscurecem os textos constitucional e convencional, a CADH é simplesmente esquecida, como se não houvesse uma ordem internacional a ser respeitada; pelos julgados que se opõem às marcantes ilegalidades, a CADH não é um argumento próprio na imensa maioria das vezes, como se sua existência em nada significasse para a prática e para a cultura que norteia a perseguição.

Mas os itens mencionados ainda trazem outro problema, embora parcialmente superado no Direito brasileiro, qual seja, a suspensão do processo em face da revelia.

Como já tivemos a oportunidade de apontar em texto anterior, a norma tem a preocupação com a substancial participação do acusado na tarefa de construção de uma relação processual penal contraditória em sua plenitude, com o exercício total da ampla defesa e do próprio contraditório. Mais ainda. Com a contemporânea vinculação desta última garantia ao direito à prova pode-se concluir, que a ausência do réu macula a própria construção da verdade processual, colocando em risco a estrutura acusatória constitucionalmente construída. Afinal, dizer-se que o processo penal almeja ser um “processo de partes” e dar a uma delas a aparição meramente formal, é fazer apenas um jogo retórico sem qualquer repercussão no mundo dos fatos<sup>42</sup>, isto porque, em última análise, como apregoa Eser, “la protección y el respeto por el ser humano deben erigirse en piedra angular también en lo relativo a la concepción y construcción del derecho penal y procesal penal”<sup>43</sup>.

Ainda que se queira dar à Convenção a mera posição de lei ordinária federal na hierarquia normativa, é inegável que ela se sobrepôs ao combalido e inquisitivo Código de Processo Penal a partir de sua entrada em vigor em 1992, donde a realização, desde aquela época, de processos à revelia (a denominada revelia inicial, pois é disto que a Convenção trata) já não poderia mais ser admitida, gerando todos os efeitos de constrangimento ilegal decorrentes de sua aplicação, possibilitando, ainda hoje, por certo, a aplicação do mecanismo da revisão criminal para sanar aquele invencível erro de aplicação da norma processual. Tal entendimento, timidamente tratado pela dogmática, carece que qualquer decisão paradigmática em âmbito jurisprudencial, quer-se acreditar em face, sobretudo, das inúmeras repercussões de ordem prática que adviriam de tal entendimento, com número excessivo de feitos ilegalmente operados no período que vai de 1992 até a entrada em vigor da lei em 1996 a ensejar a necessária

---

<sup>40</sup> Estando o acusado preso em outra Comarca, é correta a expedição da precatória para o seu interrogatório, não constituindo nulidade a ausência de intimação do seu Defensor de tal expedição, vez que é naquele ato que acontece a constituição de Advogado. (HC nº 262.100/9, Julgado em 14/07/1.994, 16ª Câmara, Relator: - Mesquita de Paula, RJD TACRIM 23/411)

<sup>41</sup> Bastaria lembrar a lição ofertada por Piovesan, na forma já mencionada.

<sup>42</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Suspensão Do Processo Em Face Da Revelia, in Processo Penal à Luz da Constituição*, Bauro, Edipro, 1999, passim.

<sup>43</sup> ALBIN, Eser. *Una Justicia Penal” A La Medida Del Ser Humano - Visión De Un Sistema Penal Y Procesal Justa Para El Hombre Como Individuo Y Ser Social, In Ciencias Penales - Revista De La Asociación De Ciencias Penales De Costa Rica - Diciembre 1998 Año 10, nº 15*

revisão, não se descurando de eventuais ressarcimentos pecuniários por prisões decorrentes de tais processos.

### 3. Influência da CADH no processo cautelar

Para as cautelares de caráter pessoal, a Convenção tem normas previstas, sobretudo, no Artigo 7 (Direito à liberdade pessoal), com as seguintes redações<sup>44</sup>:

1. *Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.*
2. *Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.*
3. *Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.*
4. *Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.*
5. *Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.*
6. *Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.*

Dos inúmeros aspectos que poderiam ser abordados, fixa-se o ponto de número 5, por se tratar da realização de um julgamento em prazo razoável, condição essa já essencial no processo de conhecimento, mas sobretudo sensível quando a pessoa acusada se encontra presa<sup>45</sup>.

Embora não exista disciplina específica para a delimitação temporal da relação jurídico-processual em primeiro grau de jurisdição no direito interno<sup>46</sup>, como é sabido, deve-se à jurisprudência a construção de um termo-limite em se tratando de réu preso, cuja metodologia é a somatória dos prazos estabelecidos no Código de Processo Penal para as várias etapas do procedimento durante a fase de “instrução”, cujo resultado, para o chamado “rito ordinário”, alcançará os 81 dias.

Assim, tratando de indiciado preso em virtude de auto de prisão em flagrante, o Código de Processo Penal determina que o inquérito deve ser remetido ao Juízo em dez dias,

---

<sup>44</sup> Muitos desses tópicos, senão todos, já se encontram presentes no próprio texto da Constituição da República de 05 de outubro de 1988, especialmente no art. 5º.

<sup>45</sup> Muitas das considerações que se seguirão foram extraídas de nosso trabalho anterior, Limitação temporal à prisão cautelar, in Processo Penal à Luz da Constituição, op.cit.

<sup>46</sup> A única exceção encontra-se na lei de combate à criminalidade organizada que, inicialmente, dispunha que a instrução deveria terminar em cento e oitenta dias. A disciplina foi posteriormente alterada para cento e vinte dias e parte da doutrina defende sua aplicação para todo o restante dos procedimentos do Código de Processo Penal.

tendo o titular da ação (pública, na hipótese), cinco dias para oferecimento da denúncia<sup>47</sup>. O art. 401 do CPP determina que serão ouvidas as testemunhas de acusação dentro de 20 dias<sup>48</sup>, após ter encerrado o tríduo para o oferecimento da defesa prévia ou da data do interrogatório, quando a defesa tiver desistido daquela manifestação processual (art. 325 do mesmo Código), não podendo ser o acusado mantido cautelarmente preso por razão ao qual não deu causa<sup>49</sup>.

Não entram neste campo delimitado a audiência para oitiva das testemunhas de defesa<sup>50</sup> e as conseqüências de tal requerimento como, v.g, a devolução de cartas deprecadas<sup>51</sup> e outras atitudes tomadas pelos acusados que, de alguma forma, causaram “embaraço” ao andamento do feito<sup>52</sup>. Por “fase instrutória”<sup>53</sup>, não se compreende mais aquela prevista no art. 500<sup>54</sup> do CPP (alegações finais) e, por certo, a sentença<sup>55</sup> e que, prolatada a qualquer tempo, sana o constrangimento anterior<sup>56</sup>.

Muito embora louvável o esforço para a configuração de uma baliza temporal mais ou menos rigorosa para a duração da custódia cautelar em sede de primeiro grau de jurisdição, há inúmeros ranços inquisitivos na prática jurisprudencial acerca do tema, fazendo recair sobre a sociedade problemas que são estruturais do Estado<sup>57</sup>. Um exemplo disto é a dilação de prazos em virtude de greve de serventuários do Poder Judiciário, considerado como “força maior” a justificar a manutenção da custódia cautelar<sup>58</sup>, ou mesmo a realização de eleições<sup>59</sup>.

<sup>47</sup> Art. 10º do C.P.P..

<sup>48</sup> HC - 0097909300 - São José Dos Pinhais - Juiz Eli de Souza - Segunda Câmara Criminal - Julg: 21/11/96 - Ac. : 4520 - Public. :06/12/96

<sup>49</sup> HC - 0093770600 - Londrina - Juiz Eli de Souza - Segunda Câmara Criminal - Julg: 10/10/96 - Ac. : 4433 - Public. :18/10/96

<sup>50</sup> Com efeito, todas as diligências praticadas a requerimento da defesa e que façam exceder o prazo considerado como limite não são causa de constrangimento ilegal, podendo ser mantida a custódia cautelar. Assim, são exemplos os seguintes julgados: HC - 0093474900 - Curitiba - Juiz Ramos Braga - Quarta Câmara Criminal - Julg: 01/08/96 - Ac. : 3355 - Public. :16/08/96; HC - 0069494600 - Foz Do Iguaçu - Juiz Ramos Braga - Segunda Câmara Criminal - Julg: 04/08/94 - Ac. : 3083 - Public.:19/08/94; HC - 0082230000 - Curitiba - Juiz Cícero Da Silva - Terceira Câmara Criminal - Julg: 26/09/95 - Ac. : 2953 - Public. :27/10/95; HC - 0103193400 - Palmeira - Juiz Cícero Da Silva - Terceira Câmara Criminal - Julg: 15/04/97 - Ac. : 3998 - Public.:09/05/97.

<sup>51</sup> HC - 0088134700 - Julg: 28/03/96 - Ac. : 4211 - Public. :26/04/96.

<sup>52</sup> HC - 0080657300 Julg: 03/08/95 - Ac. : 2695 - Public. :18/08/95.

<sup>53</sup> HC nº 192.834/0, Julgado em 19/04/1990, 2ª Câmara, Relator: - Ribeiro Machado, RJDTACRIM 7/185; HC nº 232.432/5, Julgado em 10/09/1.992, 2ª Câmara, Relator: - Pedro Gagliardi, RJDTACRIM 16/176

<sup>54</sup> HC nº 196.472/1, Julgado em 13/09/1990, 1ª Câmara, Relator: - Eduardo Goulart, RJDTACRIM 8/184

<sup>55</sup> Veja-se nesse sentido o julgado contido na RT 539/364, apud JESUS, Damásio E. de. “Código de Processo Penal Anotado”. Saraiva, SP, 9ª ed., 1991, p. 269.

<sup>56</sup> HC - 0102396100 - Umuarama - Juiz Cícero Da Silva - Terceira Câmara Criminal - Julg: 11/03/97 - Ac. : 3984 - Public.: 02/05/97.

<sup>57</sup> Para a construção de um processo penal mais humano, Eser aponta os seguintes postulados postulados previos: o ser humano antes que o estado: a) protecao do ser humano como pedra angular; b) ser humano nao somente como individuo, mas também, como membro da comunidade humana (vínculo interpessoal que funda obrigações); c) ‘allí donde sea preciso que el Estado se haga cargo de su función de protección del ser humano y en definitiva de la humanidad, non debe perderse de vista en ningún momento el caracter basicamente subsidiario y de servicio de aquél. El estado non puede llegar a erigirse en fin de si mismo sino que, por el contrario, debe orientarse siempre a la protección de la persona y al bienestar de la sociedade humana a la que sirve’ ‘ALBIN, Eser. ‘Una justicia penal a la medida del ser humano’, in *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lima, Idensa, 1998, (p. 253)

<sup>58</sup> Neste sentido os seguintes julgados: HC nº 194.952/4, Julgado em 26/07/1.990, 8ª Câmara, Relator: - Fábio de Araújo, RJDTACRIM 7/188; HC nº 197.138/4, Julgado em 29/08/1990, 6ª Câmara, Relator: - Aguiar Vallim, RJDTACRIM 7/199; HC nº 196.448/3, Julgado em 29/08/1990, 6ª Câmara, Relator: - Aguiar Vallim, RJDTACRIM 8/185; HC nº 196.754/0, Julgado em 15/08/1990, 9ª Câmara, Relator: - Marrey Neto, RJDTACRIM 8/196

<sup>59</sup> HC nº 268.064/6, Julgado em 1º/12/1994, 8ª Câmara, Relator: - Bento Mascarenhas, RJDTACRIM 25/423.

Outra situação que demonstra o invejável apego do processo penal brasileiro ao modelo inquisitivo é a não-consideração de excesso de prazo a demora causada por “diligências defensivas”. Aqui a defesa é vista como um obstáculo ao andamento processual célere e o Estado – jurisdição imputa a ela uma demora que é sua, pois todos os atos processuais são oficiais. Não há diligências que devam ser produzidas pela parte, mas todas pelo Estado.

Ora, se a diligência é procrastinatória (e muitas vezes pode ser este o caso), deve a produção daquele meio de prova não ser admitida quando requerida. Se requerida e admitida, cumpre ao Estado, e não à parte, efetivá-la. Neste diapasão a demora não é causada pela defesa, mas pela ineficiência estatal. É de ser aplaudida a decisão que considerou que “O excesso de prazo para encerramento da instrução criminal em virtude da inquirição de testemunhas de defesa através de precatória não pode ser atribuído ao réu, vez que o mesmo exerce um direito inalienável, sendo certo que testemunhas de antecedentes são de fundamental importância para aferição da personalidade do acusado, e seus depoimentos devem ser considerados, em caso de condenação, na individualização das penas impostas (voto vencido)”<sup>60</sup>. Entendimento contrário ao esposado no acórdão demonstra a indesejável consideração do réu como um “objeto do processo”, posição esta inaceitável no estado democrático e de direito<sup>61</sup>.

Ainda que exista a definição da baliza temporal, há controvérsia jurisprudencial e teórica sobre qual o verdadeiro limite de tempo que anima o desenrolar procedimental na hipótese de réu preso, indo o dissenso a pontos como a forma de contagem desse lapso de tempo, para se saber se o cômputo deve ser feito prazo a prazo ou globalmente considerado. De forma genérica (mas sempre com ressalvas), a situação acabou assim contornada: a. Os prazos contam-se de forma global, no importando se houve a superação isolada de algum deles, mas preservando-se a integralidade da contagem; b. No caso do rito ordinário, o prazo para conclusão da instrução é de 81 dias, podendo ser ampliado desde que justificada a prorrogação; c. No caso dos crimes previstos na Lei 6368/76, o prazo global é de 38 dias<sup>62</sup>. O rompimento dos termos mencionados acarreta constrangimento ilegal, sanável por meio de habeas corpus, medida esta fundamentada em sede ordinária pelo art. 648, I.

Merece especial atenção o tratamento dado aos crimes de competência do Tribunal do Júri, para os quais a delimitação temporal de primeiro grau de jurisdição não compreende a fase que vai da pronúncia até o julgamento, embora atos inequivocamente instrutórios possam

<sup>60</sup> HC nº 245.426/9, Julgado em 14/07/1993, 5ª Câmara, Relator designado: - Ribeiro dos Santos, Declaração de voto vencido: - Walter Swensson, RJDTACRIM 19/184

<sup>61</sup> ‘en un estado de derecho liberal, cuya base es la libertad del hombre, el estado debe respetar la dignidad humana, incluso cuando interviene drásticamente en los derechos de lo individuo para proteger los intereses de seguridad generales... de ahí se deriva, por lo menos para el procedimiento penal, que el acusado, el inculpaado, no es solamente un objeto del proceso, sino que también hay que darle la oportunidad para que se manifieste, que presente una defensa efectiva...el angosto camino entre el interés colectivo de seguridad y el de los intereses individuales del inculpaado se realiza (en Alemania) por medio de la búsqueda de la verdad’ Schönbohm, Horst & Löösing, Norbert. *El proceso penal, principio acusatorio e oralidad en Alemania*, in *Un nuevo sistema procesal penal em America Latina*, Fundação Konrad Adenauer – Ciedla, Buenos Aires, 1998, pgs. 39 e sgs, especialmente p. 42.

<sup>62</sup> O tema por certo não é pacífico, havendo acirrada disputa quanto ao prazo nos casos dos crimes previstos na Lei 6368/76. GRECO Fº. Vicente. *Tóxicos*, Saraiva, SP, 8ª ed., 1.992, especialmente nota 27 na p. 155, onde se apresenta decisão contida na Jutacrim 49, reconhecendo o lapso de quarenta e oito dias para a últimação da instrução. A nota seguinte aponta para a tendência atual (trinta e quatro dias), acrescentando que a Lei 8072/90 (“crimes hediondos”) duplicou o prazo nos casos dos arts. 12, 13 ou 14.

ser aí realizados (v.g. juntada de documentos ou até mesmo a justificação). Mesmo assim, estando o réu preso em virtude de pronúncia, entende-se que o Estado jurisdição não tem compromisso algum com o prazo do julgamento definitivo em plenário, mantendo-se a prisão ao sabor exclusivo da inquisição estatal<sup>63</sup>, vez que a lei não determina prazo mínimo para o julgamento<sup>64</sup>, estando literalmente o acusado (e a sociedade como um todo, acrescente-se), à disposição da lentidão estatal<sup>65</sup>.

Como se observa, ainda que não seja o melhor tratamento possível, é medianamente eficiente, vez que dá algum parâmetro de regulação temporal, prevê uma válvula de escape enquanto possibilita a prorrogação motivada e possui um mecanismo, ao menos teoricamente eficiente, para estancar a coação ilegal, que é a ação constitucional de habeas corpus.

No entanto, absolutamente diversa é a situação quando se pensa na prisão cautelar relacionada com o duplo grau de jurisdição, quer esteja a medida já em curso (como no exemplo acima), quer seja ela tomada na própria sentença condenatória ou decisão de pronúncia. Fato é que controle algum existe no direito pátrio quanto à duração da cautela em relação ao trâmite recursal<sup>66</sup>, surgindo daí uma indesejável falta de compromisso entre a atividade jurisdicional de segundo grau e os princípios básicos do processo penal acusatório, sobretudo no tratamento do réu como sujeito de direitos<sup>67</sup>.

Com efeito, a alteração do quadro que dá uma liberdade absoluta aos tribunais no que tange ao prazo de julgamento do recurso do réu preso (e sendo plenamente insuficientes meras ordens regimentais de colocação do caso em pauta de julgamento de forma mais célere que os demais) dificilmente passa pela Convenção Americana quer como lógica de argumentação, quer como fundamento normativo, especialmente se lembrado o próprio artigo 25 do texto supranacional.

O cenário não é diferente quando se pensa na projeção da Convenção para a execução penal.

#### **4. Influência da CADH no processo de execução penal**

*No art. 5, que trata do direito à integridade pessoal, tem-se que:*

*1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.*

*2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respei-*

---

<sup>63</sup> Veja-se a título exemplificativo o seguinte acórdão: Rev. do FORO 89/326 - Des. Manoel Taigy Filho - TJ-PB - 1991 - DATA DECISÃO 17/09/91 - N PROCESSO 91.000712-9 - HC

<sup>64</sup> HC n. 252.043-3 - São Paulo - 6ª Câmara Criminal - Relator: Debatin Cardoso - 02.04.98 - V.U.

<sup>65</sup> Neste sentido os seguintes julgados: RT 616/301; RT 642/301.

<sup>66</sup> Fato é que os Tribunais se sentem absolutamente livres de quaisquer amarras temporais na realização de suas atividades mesmo estando o acusado preso, como demonstram os seguintes julgados: RT 603/464; (STF - Ement.) RT 605/426.

<sup>67</sup> A más tardar, bajo la influencia de las reformas liberales del siglo XIX, luego de superado el proceso inquisitorio extremo, el inculpado adopta cada vez más otro papel: se convierte en un participante provisto de derechos independientes, que toma parte en el proceso, es decir, es un sujeto activo del proceso. Este papel de sujeto non se puede discutir hoy en día... en este sentido, la Corte Suprema Federal ha postulado ya en año de 1954: 'el inculpado es participante, pero no objecto del procedimiento penal (BGHst 5,333). Eser, Albin. , 'Posición jurídica del inculpado en el proceso penal' , in 'Temas de Derecho Penal y Procesal Penal', Lima, Idensa, 1998, pgs 20-21.

to devido à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.

4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Sistematicamente todos esses incisos são relegados pela maior parte da prática das políticas públicas nas esferas dos poderes do Estado, quando não se fornecem os meios para a correta execução da pena, quando não se dá o devido valor interpretativo aos cânones da Convenção e do texto constitucional e quando se legisla ou se cogita em legislar em desacordo com esses primados.

Na seara da execução penal evidencia-se, pois, a parca influência da CADH na estrutura cultural do processo penal, malgrado esforços doutrinários se façam sentir na via oposta<sup>68</sup>, embora nem sempre explicitamente se valham do texto convencional. Sem embargo, o espírito cultural daquela norma se encontra assaz presente e justifica as menções doutrinárias como sinônimo de esperança na formação de novos operadores do direito.

## 5. Sísifo (des)consolidado

Onde, pois, o alento após 33 anos de assinatura da Convenção, dez anos de entronização da norma e pouco mais que três de reconhecimento da competência da Corte Interamericana? Exatamente, quero crer, na análise de Camus quanto ao fardo de Sísifo<sup>69</sup>.

Na tarefa aparentemente insana de lutar por erguer uma pedra ao cume, o mito se revela enquanto esforço que, por aparente inutilidade, vez que o destino da rocha é rolar abaixo inevitavelmente, parece fadado a nada produzir senão sua própria pena. Não raras vezes pode-se sentir de tal forma quando se fala no primado dos direitos humanos, no respeito aos textos internacionais sobre ele versados e na sua necessária obediência no direito interno quando, na verdade, nossa cultura processual ainda é fortemente inquisitiva e isto se solidifica dia a dia por uma situação social que lembra, não só metaforicamente, a de um país devastado por um longo conflito civil<sup>70</sup>. A sensação de inutilidade pode contaminar ainda mais quando se faz um recenseamento da forma como o direito vivido encara a matéria, sendo breves as concessões àqueles primados.

No entanto, é exatamente no esforço aparentemente vão que se encontra a lógica da tarefa sisífrica como sinônimo de interpretação e de um ideal libertário e de liberdade. Quando

<sup>68</sup> Veja-se, a respeito, entre outros, CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, bem como Shecaira, Sergio Salomão et al “Pena e Constituição”, SP: RT, 1997.

<sup>69</sup> CAMUS, Albert. *Le mythe de Sisyphes*. Paris: Folio, 1985.

<sup>70</sup> E ele existe de fato, não apenas como exercício de retórica. Todos os índices sociais à disposição dos interessados demonstram os abismos sociais da sociedade brasileira.

vê a rocha rolar montanha abaixo e o fruto de seu trabalho mais uma vez perdido, a personagem desce em direção ao platô e aí, mais do que nunca, ela é forte, como Camus analisou superiormente. Assim também o trabalho da aculturação dos valores da Convenção.

Toda vez que se vê o esforço cultural da edificação dos primados humanistas ser solapado por uma decisão absolutamente descompromissada com essa cultura progressista (ou com a construção de primados dogmáticos completamente alheios a ela), cabe ao educador descer rumo à vida, coletar aquela decisão (ou aquela “doutrina”) e elevá-la num patamar crítico aos padrões do respeito às liberdades fundamentais e à nova ordem. Nesse trabalho de coleta, a força se encontra, como no movimento descendente de Sísifo. Aí a cultura do respeito ao semelhante deve ser mais forte, pois, como já tive a oportunidade de expor em texto anterior, “queira-se ou não, em tempo mais ou menos curto, com maiores ou menores humilhações ao ser humano individualmente considerado, esta ordem será construída. Este é o verdadeiro conceito de globalização e de internacionalização: o que tem em seu bojo o respeito ao ser humano e à sua vida digna”<sup>71</sup>.

## **Bibliografia**

### **a) Livros e artigos jurídicos citados**

- CAMUS, Albert. *Le mythe de Sisyphe*. Paris: Folio, 1985.
- CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos Humanos em Juízo* São Paulo: Max Limonad, 2001.
- CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. RJ. Lumen Juris, 2000
- CHOUKR, F. H. *O papel do Direito Penal na transição dos estados autoritários para a democracia*. Relatório brasileiro (coordenador). Inédito no Brasil. Projeto de pesquisa do Max Plack Institute – Freiburg im Breisgau – 1999.
- \_\_\_\_\_. *As Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2001
- \_\_\_\_\_. *Assistência Judiciária e Processo Penal, in Acesso à Justiça e Cidadania*. São Paulo: Cadernos da Fundação Konrad Adenauer nº 03, 2000.
- \_\_\_\_\_. Choukr, Fauzi Hassan. *Suspensão do Processo em Face da Revelia, in Processo Penal à Luz da Constituição*, Bauro, Edipro, 1999.
- \_\_\_\_\_. Choukr, Fauzi Hassan *Suspensão do Processo em Face da Revelia, in Processo Penal à Luz da Constituição*, Bauro, Edipro, 1999
- \_\_\_\_\_. Choukr, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana e o Direito Interno Brasileiro*, São Paulo: Edipro, 2001.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002
- ESER ALBIN. *Una Justicia Penal A La Medida Del Ser Humano - Visión De Un Sistema Penal Y Procesal Justa Para El Hombre Como Individuo Y Ser Social, in Ciencias Penales - Revista De La Asociación De Ciencias Penales De Costa Rica - Diciembre 1998 Año 10, nº 15*
- \_\_\_\_\_. *Posición jurídica del inculgado en el proceso penal, in ‘Temas de Derecho Penal y Procesal Penal’*. Lima: Idensa, 1998. p. 20-21.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos Livraria e Editora, 1.999.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996

<sup>71</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana e o Direito Interno Brasileiro*, SP: Edipro, 2001.

- PIOVESAN, Flávia e GOMES, Luiz Flávio. Org. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.
- PONTES, Evandro F. de & Pontes, José Antonio S. de. *O papel do Direito Penal na transição dos estados autoritários para a democracia*. Relatório brasileiro. Fauzi Hassan Choukr, coordenador. Inédito no Brasil. Projeto de pesquisa do Max Plack Institute – Freiburg im Breisgau – 1999.
- SALLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SCHÖONBOHM, Horst & LÖOSING, Norbert. *El proceso penal, principio acusatorio e oralidad en Alemania*, in *‘Un nuevo sistema procesal penal em America Latina*. Buenos Aires: Fundacao Konrad Adenauer – Ciedla, 1998. p. 39 e sgs, especialmente p. 42.
- SHECAIRA, Sergio Salomão et al *Pena e Constituição*, São Paulo:RT, 1997.
- STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Interamericana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo, RT, 2000.
- WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

#### **b) Periódicos:**

- AVANCINI, M. Para Anistia, aumentam violações a direitos, OESP, 31.05.2001.
- Campanha de combate à tortura, OESP, 23.08.2001.
- CHADE, J. ONU critica Brasil por causa de tortura, OESP, 09.05.2001.
- \_\_\_\_\_. Brasil será questionado sobre tortura, OESP, 08.05.2001.
- \_\_\_\_\_. ONU quer urgência no combate à tortura em prisões brasileiras direitos, OESP, 18.05.2001.
- FROUFE, C. São Paulo tem mil casos de tortura comprovados, denuncia Acat, OESP, 11.04.2001.
- \_\_\_\_\_. Tortura é disseminada no Brasil, diz ONU, OESP, 11.04.2001.
- \_\_\_\_\_. Polícia responde por 70% dos casos de tortura no Brasil, OESP, 12.04.2001.
- GODOY, M. Brasil ainda evita aplicação de lei antitortura, OESP, 22.04.2001.
- “Itamaraty diz que governo combate a tortura”, OESP, 11.04.2001.
- LOMBARDI, R. Policiais militares mataram mais que civis, OESP, 17.11.2001.
- “Promotor chicoteado no meio da rua”, OESP, 21.08.2001.
- “Relatório da ONU denuncia execuções sumárias no Brasil. Em 99, foram 2 mil”. *Jornal da Tarde/SP*, 18.04.2001.

#### **c) Siglas empregadas**

- CR – Constituição da República
- art. – Artigo
- DJU – Diário da Justiça da União
- HC – Habeas corpus
- OESP – *O Estado de S. Paulo*
- p. – Página
- Rel. – Relator
- REsp. – Recurso especial
- RHC – Recurso de habeas corpus
- RJDTACRIM – *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*
- RT – *Revista dos Tribunais* (também a Editora)
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça