

ANO I - NÚMERO 4 - JULHO/SETEMBRO DE 2002

BRASÍLIA/DF

A VELHA PERSPECTIVA MODERNA DO DIREITO: ANÁLISE DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOB A ÓTICA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

*Denise Neves Abade**

Sumário: 1. Introdução. 2. Garantias processuais penais previstas na Convenção. 3. Garantias judiciais da Convenção: garantia de acesso à Justiça. 4. Garantias judiciais da Convenção: garantia do juiz natural. 5. Garantias judiciais da Convenção: presunção de inocência. 6. Garantias judiciais da Convenção: garantias do duplo grau de jurisdição e ampla defesa. 7. Conclusões

*“Você não sente e não vê
Mas eu não posso deixar de dizer, meu amigo
Que uma nova mudança em breve vai acontecer
O que há algum tempo era novo e jovem
Hoje é antigo
E precisamos todos rejuvenescer”*

(“Velha Roupa Colorida” – Belchior)

1. Introdução

O período pós-guerra pode ser considerado verdadeiro marco na história da humanidade. As cicatrizes que se formaram depois da Segunda Guerra Mundial foram tais que, especialmente nas ciências e nas artes, houve uma necessidade de rompimento com os modelos anteriores. Um grande movimento de transformação passou a concretamente imbuir-se no esforço de afastamento dos símbolos mais marcantes desse período. A civilização pós-industrial passou a caminhar, assim, a passos cada vez mais distantes da sociedade industrial.

Convencionalmente, atribuiu-se o nome de “pós-modernismo” às mudanças ocorridas nas ciências, nas artes e nas sociedades a partir de 1950 – em contraposição ao “modernismo”, movimento que dominava o globo desde os fins do século 19 até então.

No Direito, a visão pós-moderna levou à reorientação do conceito de direitos humanos, agora universais, indivisíveis e protegidos por um sistema normativo internacional¹. No rol

* Denise Neves Abade é procuradora da República. Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo.

¹ Flávia PIOVESAN afirma que a concepção contemporânea de direitos humanos é caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. “Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. (...) Fortalece-se, assim, a idéia de que a proteção dos direitos humanos não se deve reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não se deve restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional.” Ver em PIOVESAN, Flávia et GOMES, Luiz Flávio (coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18-19.

dos direitos humanos que passaram a ser reavaliados nesta nova concepção estão as garantias processuais penais.

Nada do que foi afirmado até agora é filosofia ou conjectura. São fatos. Contudo, o Estado brasileiro – e particularmente nossos tribunais² – parece viver em uma realidade paralela, na qual essas transformações ainda não aconteceram. Na “realidade ficcional” criada, a era moderna ainda não acabou. São ignorados os ícones contemporâneos que insistem em “perturbar” o cotidiano do País e segue-se discutindo teorias do século retrasado como se fossem vanguarda. Para problemas pós-modernos, apresentamos soluções modernas³. Com mais de 50 anos de atraso, o que se verifica hoje na jurisprudência, quando da interpretação de garantias penais e processuais penais previstas no sistema internacional, é a predominância de teses há muito já superadas.

Passados dez anos da adesão brasileira à Convenção Americana de Direitos Humanos, e 33 de sua assinatura⁴, nossos tribunais permanecem alheios às suas inovações – o que se mostra particularmente preocupante no campo processual penal⁵.

² Conforme observa André de Carvalho Ramos, o Estado pode ser responsabilizado pela violação de direitos humanos ocasionado tanto por ato judicial, legislativo ou ato do Poder Executivo, já que “*não é o Poder Executivo o ente responsabilizado por violação de obrigação internacional, mas sim o Estado como um todo, no qual se inclui, por certo, o Poder Judiciário (...)* Para o Direito Internacional, há a constatação da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos por qualquer fato imputável ao Estado, quer judicial ou não, devendo o Estado implementar a reparação porventura acordada”. Logo, a decisão judicial brasileira é atacada não como um ato judicial, sujeito a impugnação e revisão, mas sim, como mero fato, que será examinado à luz dos tratados internacionais para posterior responsabilização do Estado brasileiro. Ver em RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 505-510.

³ José Eduardo Faria, ao analisar o fenômeno da globalização econômica e as conseqüentes rupturas institucionais nas estruturas jurídicas concebidas pelo Estado liberal no século 19 e pelo Estado social no século 20, observa o paradoxo do fenômeno de internacionalização de alguns direitos, como os direitos humanos: “*Incapazes de assegurar uma efetiva regulação social, no âmbito de uma economia globalizada, despreparados para administrar conflitos coletivos pluridimensionais por meio de sua engenharia jurídico-positiva concebida para lidar basicamente com conflitos unidimensionais e inter-individuais, impotentes diante da multiplicação de fontes materiais de direito e sem condições de deter a diluição de sua ordem normativa gerada pelo advento de um efetivo pluralismo jurídico, os Estados nacionais encontram-se, assim, em crise de identidade*”. Ver em FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 11-12.

⁴ O Brasil foi o antepenúltimo país, dentre os 26 signatários da Convenção, a ratificá-la, em 25 de setembro de 1992, na frente apenas dos Estados Unidos e de Trinidad e Tobago (que ainda não ratificaram a Convenção). Lembra CANÇADO TRINDADE que, não obstante a demora de o Brasil aderir à Convenção Americana, e maior relutância ainda em reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos – o que se deu somente em 3 de dezembro de 1998 –, foi a Delegação brasileira quem propôs a criação de uma Corte Interamericana, na IX Conferência Internacional Americana (Bogotá, 1948) para “tornar adequada e eficaz a proteção jurídica dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos”. O projeto apresentado pela Delegação brasileira anos depois na II Conferência Interamericana Extraordinária (Rio de Janeiro, 1965) serviu de base à Resolução XXIV da Conferência Relativa ao Projeto de Convenção Americana sobre Direitos Humanos. CANÇADO TRINDADE, Antônio A. *Proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Editora UnB, 1998, p.33-43.

⁵ A questão ganha ainda maior realce em razão da omissão da nossa Constituição Federal com relação ao status normativo interno dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e em vigor, como acentua André de Carvalho Ramos. Na falta de norma constitucional expressa a respeito, o Poder Judiciário é quem, por meio de interpretação da Constituição, acaba por decidir, na prática, como as normas internacionais irão se incorporar ao Direito interno – e a posição do Supremo Tribunal Federal, adotando a chamada corrente dualista da doutrina, é de que é necessária a incorporação interna das normas internacionais por meio de ato do Poder Legislativo e ato subsequente do Poder Executivo. Contudo, conforme observa o autor, o Direito Internacional possui regra própria para determinar a necessidade ou não de normas internas incorporarem a obrigação internacional no Direito interno: normas internacionais self-executing e normas not self-executing. No primeiro caso, pelo conteúdo da norma internacional, não há necessidade de intermediação legislativa ou administrativa interna para a aplicabilidade da norma. Aponta RAMOS que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no parecer consultivo 07/86, estabeleceu que a Convenção Americana de Direitos Humanos é auto-aplicável. Ver em RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 325-329.

O que se verifica é que, nos casos em que nossos Tribunais entendem que a Convenção Americana não entra em conflito com a Constituição e/ou legislação ordinária, seus preceitos são mencionados e invocados ao lado das normas nacionais, mas como um reforço da legislação interna – e não o contrário, como deveria ser.

Quando as normas da Convenção são conflitantes com nossa legislação, o consenso jurisprudencial, partindo-se do posicionamento do próprio Supremo Tribunal Federal, é de que os artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos devem ser interpretados “com as limitações impostas pelo artigo 5º, LXVII, da Constituição”, pois “os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição”⁶.

2. Garantias processuais penais previstas na Convenção

Como bem observa Julio Maier, no pós-modernismo, o avance colossal das ciências empíricas – em especial das ciências que versam sobre o comportamento humano – serviu de base e fundamento a um duplo fenômeno que necessariamente impõe novos rumos ao direito penal: de um lado, a crítica aos instrumentos que o direito penal utiliza para cumprir certos fins proclamados e, de outro, a proposição de instrumentos mais eficientes para cumprir os mesmos fins, agora renovados em seu conteúdo⁷.

Assim, conclui o jurista argentino, historicamente, no campo do processo penal, desde o pós-guerra constata-se a consolidação cultural e jurídica dos princípios que estruturaram a reforma do sistema inquisitivo e aproximaram formalmente as garantias processuais penais do sistema acusatório⁸.

Diante desse quadro, não é por outro motivo que, como afirma Sylvia de Figueiredo Steiner, a Convenção Americana destaca a maior parte de seus preceitos para afirmar garantias dos indivíduos submetidos à repressão estatal por meio do processo penal⁹.

A maior parte das garantias processuais penais disciplinadas pela Convenção Ame-

⁶ Ver STF – HC 73.044-2 – Rel. Maurício Corrêa – DJU 20.9.96, P. 35.534. Desde então, o entendimento vem sendo repetido em nossa Corte Constitucional, na expressão de Fauzi Hassan CHOUKR, “mecanicamente” (por exemplo, nos RHC 6.034 – Rel. José Arnaldo – DJU 17.3.97, p. 7.528; HC 76.197-0 – Rel. Ilmar Galvão – DJU 13.2.1998, p. 5; HC 74.381-1 – Rel. Moreira Alves – DJU 26.9.1997, p. 47.476; HC 76.406-8 – Rel. Sidney Sanches – DJU 3.4.1998, p. 6), com ecos pelos vários Tribunais do País (v.g. RT 733/254; 731/316; 731/503; 730/462; 712/168; 708/121; 699/92; STJ RHC 4.545 – Rel. Assis Toledo; HC 4.363 – Rel. Cid Fláquer Scartezini; RHC 5.583 – Rel. José Dantas). Ver em CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro – bases para sua compreensão*. São Paulo: Edipro, 2001, p. 29.

⁷ Ver em MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 1999, p. 456.

⁸ Ressalta Julio Maier que a política criminal contemporânea traz consigo como um dos temas principais a postulação a um “regresso às formas acusatórias do procedimento penal”. Ou seja, mesmo sem se prescindir da persecução penal pública, caminha-se para um modelo processual penal no qual “os papéis dos sujeitos que atuam no processo são definidos de maneira mais ortodoxa”, o que necessariamente “implica em uma diminuição dos poderes dos tribunais para investigar a verdade” e uma “redefinição de seu papel, mais semelhante ao de um árbitro de uma disputa que a de um inquisidor; ao tribunal corresponde, basicamente, a responsabilidade pelo respeito e garantias individuais por parte dos órgãos de persecução penal. Ao mesmo tempo, se define o papel do Ministério Público, o qual, em vez de figurar como mero controlador das decisões judiciais, assume o papel de inquisidor, de condutor da persecução penal e de responsável por sua eficiência”. Ob. cit., p. 460.

⁹ Ver em STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 23.

ricana de Direitos Humanos está concentrada no artigo 8º, sob o título “garantias judiciais”.

Antes disso, porém, a Convenção prevê especificamente sobre a legalidade das prisões em seu artigo 7º (“direito à liberdade pessoal”), em disposições que também repercutem no direito processual penal. Contudo, este trabalho não tem a pretensão de esgotar o debate sobre o tema, visando apenas demonstrar, por meio de alguns exemplos, o descompasso entre as normas da Convenção, especificamente referentes a garantias processuais penais, e o entendimento do Judiciário brasileiro.

Como iremos analisar algumas das garantias processuais penais dispostas na Convenção, vale a transcrição do texto do artigo 8º mencionado:

“Artigo 8º – Garantias judiciais

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 pela lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de praticar um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpabilidade. 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 do 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 por ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;*
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;*
- g) direitos 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 julgamento pelos mesmos fatos.

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

3. Garantias judiciais da Convenção: garantia de acesso à Justiça

O artigo 8º, 1 dispõe que toda pessoa tem o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável.

Trata-se do direito à tutela jurisdicional, também abraçado pela Constituição Federal no art. 5º, XXXV. A Convenção, contudo, ao disciplinar tal direito, foi mais detalhista do que o texto constitucional e explicitou o direito ao processo de duração razoável.

Contudo, o Estado tem se revelado incapaz não só de garantir de fato o acesso e a igualdade de todos à Justiça e ao Direito, como também de dotar o sistema judicial de meios e mecanismos que permitam processar de forma célere e eficaz a procura de tutela judicial que lhe é dirigida¹⁰.

Nossos tribunais, porém, não se têm debruçado sobre a questão como deveriam. Não é por outro motivo que há quase que um consenso de que a duração excessiva dos processos – particularmente dos processos criminais – é a grande responsável pelo crescente desprestígio dos tribunais pátrios e pela impunidade¹¹.

Paradoxalmente, os tribunais pronunciam-se a respeito da duração do processo quase que exclusivamente nos casos em que houve excesso de prazo na prisão dos acusados. A determinação, assim, é pela soltura dos réus – mas não pela observância à necessidade de celeridade do procedimento, tida como matéria de menor relevância e que “perde todo o interesse” se a questão do acusado preso estiver resolvida¹².

Embora os prazos, por exemplo, para proferimento de decisões estabelecidos expressamente no Código de Processo Penal (ainda que de forma bastante tímida, dirigida aos

¹⁰ O processo de duração razoável, como preceito indissociável da garantia de acesso à Justiça, configura-se direito a ser aplicado integralmente no processo penal. Volta-se tanto aos interesses do acusado – o que é evidente caso seja decidido que ele é inocente – como aos da parte acusadora de ver punidos em tempo adequado crimes que afetaram a coletividade. Interessante é o pensamento do jurista Evandro Lins e Silva que, ao avaliar a estratégia da defesa no processo de impeachment de Fernando Collor de Mello, afirmou que “*interessava enormemente à defesa o retardamento do julgamento. Nos julgamentos, que demoram muito, o que é que acontece? Há um esquecimento, há um amortecimento das acusações. Isso era importante, e essa era uma tática de defesa perfeitamente compreensível. Mas não teve êxito. O Senado a repeliu. E o julgamento, afinal, se realizou. Mas digo que os advogados agiram como entenderam que deviam agir. Exerceram o direito universal de defesa, assegurado na Constituição em todos os países livres*”. Ver em LINS E SILVA, Evandro. *O Salão dos Passos Perdidos – depoimento ao CPDOC. Entrevista – Marly Motta e Verena Alberti*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 445.

¹¹ Nesse sentido, cite-se as palavras de Paulo Sérgio Pinheiro, professor de Ciência Política, diretor do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, atual secretário nacional de Direitos Humanos, ao comentar a provável impunidade de criminosos responsáveis pelos delitos no que ficou conhecido como o “massacre do Carandiru” e a repercussão no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: “*A longínqua perspectiva de punição para os responsáveis pelo massacre do Carandiru confirma os termos da denúncia que a Comissão Teotônio Vilela de Direitos Humanos, a Human Rights Watch e o Cejil (Centro pela Justiça e o Direito Internacional) apresentaram em fevereiro de 1994 contra o Estado brasileiro na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Ano passado, a Comissão acolheu a denúncia e condenou o “fracasso” (do Estado brasileiro) em investigar, levar a julgamento e punir seriamente e efetivamente aqueles responsáveis. Os legisladores são diretamente responsáveis por esse descabro: melhor fariam se votassem, antes de cuidar de suas reeleições, as reformas do Código Penal e do Código de Processo Penal emperradas no Congresso. Urge impor um limite de tempo para o inquérito policial, diminuir o número e as possibilidades de recursos, reduzir o número de audiências e encurtar o tempo médio do processo judicial*”. Ver em PINHEIRO, Paulo Sérgio. *A impunidade e o teatro de horrores*. Folha de S. Paulo, 11 de julho de 2001.

¹² A expressão é de um acórdão do Tacrim-SP, que assim decidiu: “*Excesso de prazo implica em constrangimento ilegal e não em nulidade. E a matéria perde todo o interesse, desde que a prisão passe a resultar de sentença condenatória*” (Tacrim-P – AP – Rel. Papaterra Limongi – Jutacrim-P 56/266. Grifo nosso). Somente a título de ilustração, nos casos citados nas notas anteriores – caso Collor e caso do Carandiru – não houve uma única menção do Judiciário pátrio sobre a duração irrazoável dos processos, não obstante a existência, inclusive, de advertência específica pela Comissão Interamericana no caso do Carandiru.

“juízes singulares”) sejam rotineiramente desrespeitados, em todas as instâncias (não sendo praxe sequer a justificativa do excesso de prazo), os tribunais se calam a respeito¹³.

Assim, ao mesmo tempo em que se decide que “o direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do ‘due process of law’”, com menção expressa à Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁴ e que “vigora no nosso sistema legal, por força e compromisso internacional a que o Brasil está obrigado a cumprir, o mandamento segundo o qual todo acusado tem o direito de obter, num prazo razoável, pronunciamento judicial que defina sua situação perante a lei”¹⁵, entende-se que “toda pessoa tem direito a ter um julgamento com defesa dentro dos prazos estabelecidos em lei. No entanto, isso nem sempre é possível. Quer dizer, a observância dos prazos para a realização ou conclusão de todos os atos processuais. Para isso concorrem fatores humanos ou da natureza”¹⁶.

À luz do Pacto de San José da Costa Rica, portanto, essas posições devem ser revistas.

4. Garantias judiciais da Convenção: garantia do juiz natural

O mesmo art. 8º, I da Convenção prevê que toda pessoa tem o direito de ser ouvida por um “juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente pela lei”.

Por esse motivo, não há como se concluir, como bem observa Sylvia Steiner¹⁷, que o artigo 567 CPP foi recepcionado pela nova ordem. O artigo não é compatível com a disposição da Convenção, nem com a correta interpretação da nossa norma constitucional prevista no artigo 5º, LIII. A mera ratificação de atos processuais emanados de autoridades incompetentes não sana o vício, que acarreta nulidade absoluta¹⁸.

¹³ Cabe transcrever o quase desconhecido artigo 800 CPP – desconhecido, quem sabe, pela disposição física do Código, que delegou o tema aos últimos dispositivos do diploma...

“Os juízes singulares darão seus despachos e decisões dentro dos prazos seguintes, quando outros não estiverem estabelecidos:

I. de dez dias, se a decisão for definitiva, ou interlocutória mista;

II. de cinco dias, se for interlocutória simples;

III. de um dia, se se tratar de despacho de expediente;

§ 1º Os prazos do Ministério Público contar-se-ão do termo de vista, salvo para a interposição de recurso (art. 798, § 5º).

§ 2º Em qualquer instância, declarando motivo justo, poderá o juiz exceder por igual tempo os prazos a ele fixados no Código.

§ 3º O escrivão que não enviar os autos ao juiz ou ao órgão do Ministério Público no dia em que assinar termo de conclusão ou de vista estará sujeito à sanção estabelecida no art. 799.”

¹⁴ STF, HC80379/SP, Relator: Celso de Mello, DJ 25-05-01, p. 00011. Assim dispõe o acórdão: “(...) Julgamento sem dilações indevidas constitui projeção do princípio do devido processo legal. – O direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do “due process of law”. O réu – especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade – tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva e nem dilações indevidas. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência. – O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu –, traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional”. Ver também, no mesmo sentido, RTJ-63/410; RTJ-138/829; HC-59223; HC-72412 e HC-74106.

¹⁵ STJ, 5ª T., HC 5284 – Rel. Edson Vidigal.

¹⁶ STJ – HC – Rel. Costa Lima – RT 679/376).

¹⁷ A Convenção Americana... cit., p. 121.

¹⁸ Na lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, qualquer ato de afronta a garantias constitucionais acarreta, no mínimo, em nulidade absoluta (quando não inexistência) desse ato: “não há como aplicar-se a regra do art. 567 do CPP aos casos de incompetência constitucional: não poderá haver aproveitamentos dos atos não decisórios, quando se tratar de competência de jurisdição, como também de competência funcional (hierárquica e recursal), ou de qualquer outra estabelecida na Lei Maior”. Ver em As nulidades no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 45-46.

Não é essa, contudo, a posição majoritária da jurisprudência. O entendimento praticamente pacífico é no sentido de que os atos emanados por autoridades incompetentes não precisam ser refeitos, bastando para tanto sua ratificação¹⁹.

O dispositivo da Convenção garante também a toda pessoa o direito de ser processada por um juiz independente e imparcial.

A garantia à imparcialidade de julgamento vem sendo construída, nas normas internacionais de proteção aos direitos humanos, num progressivo detalhamento, o qual se faz necessário para assegurar a efetividade desta norma garantia no plano interno, interpretando-se a legislação ordinária de acordo com os ditames dos tratados internacionais de direitos fundamentais e as normas constitucionais.

Não é uma simples diretriz ou a expectativa abstrata de proteção futura de bens. Ao contrário, há um direito público subjetivo, vigente, eficaz, materializado na pretensão de paridade de tratamento e de armas entre acusação e defesa, como pressuposto de justiça na equação processual.

A violação da garantia da imparcialidade do Juízo verifica-se sempre que haja uma participação ativa do juiz na investigação pré-processual ou, na instrução do processo, houver manifestação de circunstâncias especiais que revelem a possibilidade de ter sido formada uma intensa convicção de culpabilidade pelo futuro juiz de julgamento.

Sobre este tema, escreve Figueiredo Dias que “a imparcialidade e objetividade” são, “conjuntamente com a Independência”, “condições indispensáveis de uma autêntica decisão judicial” e que elas “só estarão asseguradas quando a entidade julgadora não tenha funções de investigação preliminar e acusação das infrações, mas antes possa apenas investigar e julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado (em regra o Ministério Público ou um juiz de instrução)”, afirmando ainda: “É precisamente com este conteúdo que modernamente se afirma o princípio da acusação²⁰.”

Ao consagrar a garantia do processo criminal de tipo acusatório, a Convenção Americana de Direitos Humanos como também a Constituição Brasileira pretendem assegurar que a entidade que julga não tenha funções de investigação e acusação: esta última tarefa há de ser levada a efeito por uma outra entidade – em regra, o Ministério Público. No julgamento do feito penal, o juiz deve mover-se dentro dos limites postos pela acusação. Com isto, pretende-se que os acusados da prática de uma infração criminal tenham um julgamento independente e imparcial.

Retirou-se, assim, o juiz da apuração das infrações penais, criando-se um procedimento, o inquérito policial, que é presidido por autoridade vinculada ao Poder Executivo – e que, por isso mesmo, tem natureza administrativa, não se apresentando como fase processual, mas como investigação prévia destinada à formação da convicção do titular da ação penal, o Ministério Público.

¹⁹ Assim decidiu o STF: “Se a denúncia, inicialmente apresentada pelo Ministério Público do Estado, perante juiz estadual, foi, posteriormente, ratificada pelo Ministério Público federal, perante juiz federal, que, com jurisdição penal, no caso, procedeu a citação e a instrução e proferiu a sentença condenatória, não é de ser esta anulada, sob alegação de invalidade da ratificação da denúncia. 3. Nessa ratificação, não há necessidade de o Ministério Público competente reproduzir os termos da denúncia apresentada pelo Ministério Público incompetente, bastando que a eles se reporte” (HC 70541/SP, Relator: Sydney Sanches, DJ 18-03-94, p. 05151. Ver no mesmo sentido: HC-54619, RTJ-79/436, HC-58327, RTJ-95/1095, HC-62239, HC-63819, RTJ-122/532, HC-68202, RTJ-134/777).

²⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*, I volume, Coimbra: Coimbra Ed., 1984, p. 136 e 137.

Tal constatação, contudo, ainda não está arraigada no Estado brasileiro. Mesmo após a promulgação da Constituição e da ratificação da Convenção Americana entrou em vigor a Lei Nº 9.034, de 3 de maio de 1995, a qual, em seu artigo 3º²¹, naquele considerado pela doutrina como o “pior dos erros” dessa lei²², prevê o juiz como sujeito ativo na colheita de prova. Nas palavras de Luiz Flávio Gomes, “o legislador, a pretexto de resguardar o sigilo probatório (sigilo este decorrente da tutela da privacidade das pessoas), acabou criando – e dizemos isto com a devida vênia – uma monstruosidade, qual seja, a figura do juiz inquisidor, nascido na era do Império Romano, mas com protagonismo acentuado na Idade Média, isto é, época da Inquisição²³”.

Seguindo o caminho já adotado pelo Legislativo, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a lei, por maioria de votos considerou que o magistrado tem poderes instrutórios e que a coleta de provas não desvirtua a função do juiz nem lhe compromete a imparcialidade²⁴.

5. Garantias judiciais da Convenção: presunção de inocência

A Convenção Americana prevê que “toda pessoa acusada de praticar um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente sua culpabilidade”.

Dessa forma, de acordo com o texto da norma, nenhuma sanção criminal poderá ser imposta antes de comprovada a culpabilidade do acusado, nem qualquer efeito jurídico condenatório poderá ocorrer. Assim, por exemplo, o fato de alguém ter contra si inquérito policial ou mesmo ação criminal, enquanto não for comprovada sua culpabilidade, não pode acarretar, per se, efeito sancionador. Ou seja, isoladamente, a existência de ações penais em curso ou inquéritos não pode ser considerada “maus antecedentes”, como elemento de exacerbação da pena ou justificativa para a prisão preventiva.

Não obstante o princípio da presunção da inocência já tenha sido assimilado em alguns julgamentos de nossos tribunais – embora não cheguem a afirmar categoricamente a

²¹ Dispõe o art. 3º da Lei Nº 9.034: “*Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por Lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. §1º – Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo. §2º – O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo, para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc. §3º – O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação. §4º – Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz. §5º – Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao Juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinete, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado.*”

²² Ver GOMES, Luiz Flávio et CERVINI, Raúl. *Crime Organizado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 103.

²³ GOMES, Luiz Flávio et CERVINI, Raúl. *Crime Organizado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 105.

²⁴ ADIN 1569 e 1570-2. Por maioria de votos, o plenário do Tribunal indeferiu os pedidos de medida liminar, seguindo-se o voto do relator, ministro Maurício Corrêa. Vencidos os ministros Ilmar Galvão, Marco Aurélio e o presidente (ministro Sepúlveda Pertence). Ausentes os ministros Nelson Jobim e Sydney Sanches. Data de julgamento das liminares: Adin 1569 – 30.04.1997; Adin 1570-2 – 15.05.1997.

equiparação das garantias previstas na Convenção às garantias constitucionais –, ainda encontramos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, para citar nossas Cortes Superiores, interpretações frontalmente colidentes com a garantia preconizada na Convenção.

Assim, o STJ decidiu pela obrigatoriedade, para apelar, de recolhimento à prisão dos réus portadores de maus antecedentes²⁵. Com relação ao tema, o entendimento atual do STF é de que “*ambas as turmas desta Corte (assim, a título explicativo, nos Habeas Corpus 72.093, 72.643 e 72.840) têm entendimento, já na vigência da atual Constituição, de que devem ser tidos como maus antecedentes os decorrentes da existência de processos penais em curso, sentenças condenatórias ainda não transitadas em Juízo e até indiciamento em inquéritos policiais*”²⁶.

6. Garantias judiciais da Convenção: garantias do duplo grau de jurisdição e ampla defesa

O art. 594 do Código Penal Brasileiro prevê que “*o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livra solto*”. Mais adiante, no artigo 595, dispõe o CPP que “*se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação*”.

Como se vê, a norma processual impõe condição para que o acusado apele, para que ele tenha acesso ao duplo grau de jurisdição. E ainda, há uma exigência legal de o réu permanecer preso até o julgamento da apelação, caso contrário a apelação por ele interposta não será conhecida nem julgada²⁷.

No entanto, o texto da Convenção Americana é claro: todo acusado de crime tem direito, em plena igualdade, de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Assim, o texto da Convenção colide com os artigos nominados.

Também contraria o texto da Convenção a determinação do art. 27, § 2º da Lei 8.038/90, segundo o qual “os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”. Não há como entender que a interposição de recurso extraordinário não suspende a execução da sentença condenatória, se esta sentença não transitou em julgado.

O STF, porém, mantém posição no qual reconhece a validade dos arts. 594 e 595 CPP²⁸. Segundo a Corte, ambos os artigos foram recepcionados pela Constituição.

²⁵ STJ – REsp 139.924. DJU 2.3.1998, p. 134.

²⁶ STF – RE – Rel. Moreira Alves – DJU 6.3.1998, p. 23.

²⁷ Luiz Flávio GOMES lembra, ainda, que “*em nenhuma hipótese o direito de apelar e a prisão podem estar atrelados. A decretação da prisão ou a própria prisão (que só pode acontecer por motivos excepcionais, motivadamente) de modo algum pode ‘condicionar’ o recurso de apelação, que foi garantido de modo irrestrito na Convenção Americana de Direitos Humanos – esta, como vimos, fala em recurso ‘efetivo’*”. Mais adiante, prossegue o autor: “*O princípio da presunção da inocência, como vimos, não obsta a decretação de prisão cautelar, desde que existam motivos relevantes. Proíbe, isso sim, prisão automática ou obrigatória ou ‘por força de lei’ ou mesmo execução provisória da pena*”. Ver GOMES, Luiz Flávio. *Direito de Apelar em Liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 62 e 86.

²⁸ No RHC nº 82.007/SP, Primeira Turma, Relatora Ellen Gracie, foi decidido que “*A jurisprudência desta Corte tem fixado o entendimento de que, uma vez empreendida a fuga do sentenciado após a interposição do recurso de apelação, este deve ser julgado deserto, à luz do que dispõem os arts. 594 e 595 do Código de Processo Penal (HC nº 71.701, min. Sydney Sanches e RHC nº 81.742, min. Maurício Corrêa)*”. No RHC nº 81.946/SP, Primeira Turma, Relator Moreira Alves, determinou a Corte Suprema “*Aplicação, no caso, do artigo 594 do Código de Processo Penal, que, conforme o entendimento de ambas as Turmas desta Corte, não foi revogado pelo princípio constitucional da presunção de inocência. Precedentes do STF. Recurso a que se nega provimento*”.

Especificamente com relação à norma da Convenção e a possibilidade de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial, o entendimento é de que “a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)* não assegura, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade, ressalvando o disposto na Constituição e nas leis dos Estados partes²⁹”.

A Corte Constitucional afirma que a legislação interna pode restringir o direito de recorrer em liberdade e, portanto, tem o condão de limitar o disposto na Convenção.

Possivelmente, a decisão visa a evitar que os recursos extraordinário e especial sejam utilizados como estratégia da Defesa para postergar eventual detenção ou procrastinar o feito e assim obter a extinção da punibilidade por conta do decurso de lapso temporal que acarreta a prescrição.

No entanto, se os prazos de duração dos feitos são irrazoáveis e o trânsito em julgado das decisões ocorrem muitos anos após o cometimento dos delitos, é evidente que o problema não pode ser minimizado por meio de decisão de não-aplicação de direito fundamental. Mesmo porque, conforme já foi afirmado neste trabalho, também o direito à duração razoável do processo é garantia fundamental que deve ser respeitada pelo Estado brasileiro e por seus tribunais.

7. Conclusões

1. A concepção pós-moderna do Direito levou à reorientação do conceito de direitos humanos, agora universais, indivisíveis e protegidos por um sistema normativo internacional. As garantias processuais penais fazem parte desse rol.

2. Contudo, dez anos após a adesão brasileira à Convenção Americana de Direitos Humanos e 33 anos depois de sua assinatura, no Judiciário brasileiro há predominância de teses superadas no meio jurídico com relação à matéria.

3. Verifica-se que, nos casos em que nossos tribunais não vêem conflito entre a Convenção Americana e a legislação interna, seus preceitos são mencionados e invocados ao lado das normas nacionais, mas como um reforço da legislação interna – e não o contrário, como deveria ser.

4. Quando as normas da Convenção são conflitantes com nossa legislação, o consenso jurisprudencial é de que os artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos não foram recepcionados pela legislação interna, considerando “o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição”.

5. Ao prever a garantia de acesso à Justiça, a Convenção Americana de Direitos Humanos explicitamente preconiza o direito ao processo de duração razoável. Contudo, o Estado brasileiro tem se revelado incapaz não só de garantir de fato o acesso e a igualdade de todos à Justiça e ao Direito, como também de dotar o sistema judicial de meios e mecanismos que permitam processar de forma célere e eficaz a procura de tutela judicial que lhe é dirigida. Nossos tribunais, porém, não se têm debruçado sobre a questão como deveriam,

²⁹ STF – HC nº 73.151-1/RJ, Primeira Turma, Relator MOREIRA ALVES.

muito embora o problema acarrete ao País e aos seus tribunais, externamente, imagem de desprestígio e de impunidade.

6. A garantia à imparcialidade de julgamento vem sendo construída, nas normas internacionais de proteção aos direitos humanos, num progressivo detalhamento, o qual se faz necessário para assegurar a efetividade desta norma garantia no plano interno, interpretando-se a legislação ordinária de acordo com os ditames dos tratados internacionais de direitos fundamentais e as normas constitucionais.

7. A violação da garantia da imparcialidade do Juízo verifica-se sempre que haja uma participação ativa do juiz na investigação pré-processual ou, na instrução do processo, houver manifestação de circunstâncias especiais que revelem a possibilidade de ter sido formada uma intensa convicção de culpabilidade pelo futuro juiz de julgamento. Ao consagrar a garantia do processo criminal de tipo acusatório, a Convenção Americana de Direitos Humanos como também a Constituição Brasileira pretendem assegurar que a entidade que julga não tenha funções de investigação e acusação: esta última tarefa há de ser levada a efeito por uma outra entidade – em regra, o Ministério Público.

8. Além disso, em virtude do disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como na Constituição Brasileira, a mera ratificação de atos processuais emanados de autoridades incompetentes não basta para sanar a nulidade absoluta. Como toda pessoa tem direito a ser processada e julgada por um juiz competente, os atos emanados de autoridades incompetentes precisam ser refeitos.

9. A Convenção Americana prevê que “toda pessoa acusada de praticar um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente sua culpabilidade”. De acordo com o texto da norma, nenhuma sanção criminal poderá ser imposta antes de comprovada a culpabilidade do acusado, nem qualquer efeito jurídico condenatório poderá ocorrer. Assim, o fato de alguém ter contra si inquérito policial ou mesmo ação criminal, enquanto não for comprovada sua culpabilidade, não pode acarretar, per si, efeito sancionador.

10. Os arts. 594 e 595 do Código de Processo Penal, que impõem condição para que o acusado tenha acesso ao duplo grau de jurisdição e ainda cominam exigência legal de o réu permanecer preso até o julgamento da apelação, caso contrário a apelação por ele interposta não será conhecida nem julgada, colidem frontalmente com o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos. Segundo a Convenção, todo acusado de crime tem direito, em plena igualdade, de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Da mesma forma, também contraria o texto da Convenção a determinação do art. 27, § 2º da Lei 8.038/90, segundo o qual “os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”. Não há como entender que a interposição de recurso extraordinário não suspende a execução da sentença condenatória, se esta sentença não transitou em julgado. Se os prazos de duração dos feitos são irrazoáveis e o trânsito em julgado das decisões ocorrem muitos anos após o cometimento dos delitos, é evidente que o problema não pode ser minimizado por meio de decisão de não-aplicação de direito fundamental. Mesmo porque, também o direito à duração razoável do processo é garantia fundamental que deve ser respeitada pelo Estado brasileiro e por seus tribunais.

8. Bibliografia

- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Editora UnB, 1998.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro – bases para sua compreensão*. São Paulo: Edipro, 2001.
- FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Globalização Econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. I volume. Coimbra: Coimbra, 1984.
- GOMES, Luiz Flávio et CERVINI, Raúl. *Crime Organizado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.
- GOMES, LUIZ FLÁVIO. *Direito de Apelar em Liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- LINS E SILVA, Evandro. *O Salão dos Passos Perdidos – depoimento ao CPDOC*. Entrevista – Marly Motta e Verena Alberti. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. *A impunidade e o teatro de horrores*. Folha de S. Paulo, 11 de julho de 2001.
- PIOVESAN, Flávia et GOMES, Luiz Flávio (coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RAMOS_____. *Direitos Humanos em Juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.