



DEVIDO PROCESSO PENAL CONVENCIONAL: ADOÇÃO DOS PARÂMETROS INTERPRETATIVOS INTERAMERICANOS NO BRASIL

Francisco Sidney de Castro Ribeiro*
Walter Nunes da Silva Júnior**
Yara Maria Pereira Gurgel***

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar se o catálogo de garantias processuais da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os parâmetros extraídos da interpretação desses dispositivos realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos estão sendo utilizados, pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, para modular a aplicação do processo penal no Brasil. Aborda-se o controle de convencionalidade enquanto instrumento para essa adequação e conclui-se que o processo penal deve ser informado por uma dupla instrumentalidade – constitucional e convencional – a fim de legitimar o exercício da persecução criminal, sendo que o modelo brasileiro ainda não se adequou ao padrão do devido processo penal convencional.

Palavras-chave: Processo Penal. Controle de convencionalidade. Devido processo convencional. Parâmetros interpretativos. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

CONVENTIONAL DUE CRIMINAL PROCESS: ADOPTION OF INTER-AMERICAN INTERPRETATIVE PARAMETERS IN BRAZIL

ABSTRACT

This article aims to analyze whether the list of procedural guarantees of the American Convention on Human Rights and the parameters extracted from the interpretation of these provisions by the Inter-American Court of Human Rights are being used by the jurisprudence of the Superior Courts to modulate the application of criminal procedure in Brazil. It approaches the conventionality control as an instrument for this adequacy and concludes that the criminal process must be informed by constitutional and conventional instrumentality to legitimize the

* Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Defensor Público. E-mail: fscribeiro@gmail.com.

** Professor Associado IV da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco. Juiz Federal. E-mail: walter.junior@ufrn.br.

*** Professora Associado III da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pós-doutora em direitos fundamentais pela Universidade de Lisboa. Mestre e Doutora em direito do trabalho pela PUC/SP. Advogada. E-mail: ygurgel@uol.com.br.





exercise of criminal prosecution, and that the Brazilian model has not yet adapted to the Inter-American standards.

Keywords: Criminal procedure. Conventionality control. Conventional due process. Interpretative standards. Inter-American Court of Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

O dever-poder de exercício da persecução criminal¹ é monopólio do Estado em resposta às violações de bens jurídicos por condutas legalmente previstas como criminosas e representa, indubitavelmente, uma das mais relevantes concretizações na natureza vertical da relação Estado-indivíduo.

Essa intrínseca vinculação entre poder de sujeição e sanção (enquanto punição a determinadas condutas) fez com que, historicamente, o modelo de processo penal seja reflexo direto das características ao Estado, cambiando de mais autoritário a mais democrático a depender do perfil sociopolítico prevalecente.

É nesse cenário que, progressivamente, se buscam a limitação e a racionalização do *ius puniendi* estatal, afastando-lhe completamente do arbítrio e definindo parâmetros protetivos em favor do cidadão. Assim, já se consolidou, a partir de uma hermenêutica constitucional, que a finalidade do processo penal é de limitação do dever-poder de exercício da persecução criminal e de proteção do indivíduo, garantindo, a partir dos parâmetros derivados dos direitos fundamentais, a legitimidade de eventual pena aplicada.

Ocorre que esse parâmetro protetivo fulcrado apenas na Constituição precisa ser repensado, a fim de integrar-se com os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro nos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, já que ambos os espectros coexistem e têm foco na pessoa humana, qualificando sua proteção em face de violações de direitos. Há, pois, a necessidade de firmar, além do paradigma constitucional, a dimensão convencional do processo penal, permitindo a (re)orientação de seus pressupostos, suas estruturas e suas finalidades a partir de bases convencionais.

Nesse contexto, o presente artigo, por meio de pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial, com abordagem qualitativa, se debruça sobre a relação do processo penal

¹ Neste trabalho, será adotada a expressão “dever-poder” em substituição a “poder-dever”, a fim de realçar que “a ação penal, quando de iniciativa pública, cuida-se de um dever, o dever-poder de exercício da persecução criminal. A ação penal é uma *class action*, pois o Ministério Público não age em nome próprio, senão em nome do povo ou da sociedade, aí incluída a vítima, que tem interesse na persecução penal, como forma de proteção dos direitos fundamentais na perspectiva objetiva” (SILVA JÚNIOR, 2022, p. 83)



brasileiro com as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e com os *standards* (parâmetros) interamericanos de devido processo fixados nas deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no exercício da jurisdição contenciosa.

Propõe-se, para fins de delimitação, um recorte vinculado à inserção do Estado Brasileiro no sistema regional (interamericano) de proteção de direitos humanos, notadamente em razão da submissão do nosso País à jurisdição contenciosa e da existência de um Tribunal Internacional consolidado (Corte IDH), com avançada jurisprudência de proteção ao indivíduo.

No mais, consigna-se que o enfoque proposto se justifica pela relevância do tema, pela não consolidação de uma prática jurídica voltada à concretização dos direitos humanos e, em especial, pela existência de espaço para desenvolvimento teórico quanto à vinculação indireta dos Estados à jurisprudência da Corte IDH, isto é, a necessidade de observância dos parâmetros jurisprudenciais fixados em casos envolvendo outros Estados.

Para tanto, será feita abordagem inicial sobre o quadro normativo das garantias judiciais previstas na CADH, ou seja, as previsões convencionais que estabelecem as diretrizes do devido processo. Em seguida, será tratado do papel dos juízes nacionais no controle de convencionalidade para fins de adequação do processo penal aos parâmetros interamericanos.

Ademais, será identificado o entendimento sobre a posição da jurisprudência da Corte IDH como paradigma para controle de validade de atos e normas internos, além de se perquirir, com base em análise pontual de julgados dos Tribunais Superiores brasileiros², a efetivação (ou não) da influência desses parâmetros na aplicação do processo penal brasileiro.

2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO E CONVENCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

A aplicação de sanção penal, em resposta à concretização de uma conduta tipificada no ordenamento jurídico como crime, não é autoexecutável, inexistindo coerção direta, de forma que o dever-poder de exercício da persecução criminal pelo Estado depende necessariamente de um instrumento adequado e legítimo, isto é, do processo.

² Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, responsáveis, respectivamente, pela guarda da Constituição (na qual, aliás, há a cláusula de abertura material aos direitos humanos - artigo 5º, 2º, CF88) e pela uniformização da interpretação da legislação federal, o que justifica a escolha de se analisar os seus posicionamentos jurisprudenciais.



O processo penal, assim, assume a característica de imprescindibilidade e de instrumentalidade, considerando que “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena” (LOPES JÚNIOR, 2012, p.86).

No ponto, há de se ter cuidado com o viés subjacente à noção de instrumentalidade do processo penal, que não pode ser concebido como mero meio hábil a viabilizar a aplicação de uma reprimenda como consequência do exercício da pretensão acusatória. Muito mais do que isso, a instrumentalidade do processo penal tem natureza legitimadora da jurisdição penal, voltada precipuamente à limitação do dever-poder de punir, com índole de proteção e garantia do indivíduo em face de quem se move a atividade estatal acusatória.

Esse viés de garantia e legitimação, como explicita acima, baseia-se em um catálogo de direitos destinados à salvaguarda individual, os quais balizarão a atividade punitiva estatal. Em um primeiro nível de proteção, o *locus* normativo desse rol de direitos e garantias é a Constituição, tida em posição hierárquico-normativa superior relativamente às outras normas, de modo que o processo penal se estrutura por ela conformado e fundamentado. Eis, então, a noção de instrumentalidade constitucional do processo penal.

É certo, porém, que o âmbito protetivo do indivíduo em relação ao Estado não se limita às fronteiras constitucionais, notadamente após a virada paradigmática no pós-Segunda Guerra Mundial (conflito ocorrido entre 1938 e 1945), com a reconstrução normativa e o reposicionamento protetivo voltado à pessoa, exurgindo o Direito Internacional dos Direitos Humanos a partir da nova organização da sociedade internacional nesse contexto histórico em busca de responder e superar as atrocidades inerentes ao regime nazista, em que o Estado se colocou como o grande violador de direitos humanos (PIOVESAN, 2013).

Nesse passo, é patente que as violações de direitos humanos não se restringem às fronteiras estatais, cada vez mais fluidas ante a perspectiva da globalização, de forma que os Estados buscaram integrar-se entre si e com organizações internacionais a fim de fazer frente a problemas comuns com o disciplinamento das relações interestatais. Os tratados internacionais de direitos humanos se colocam, portanto, como pactuações visando o estabelecimento de mecanismos em favor da pessoa, independentemente da nacionalidade, contra a violação dos citados direitos, inclusive a realizada pelos próprios Estados (MOREIRA, 2015).



Estrutura-se, assim, um segundo nível protetivo, oriundo dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, nos quais, na parte que interessa mais diretamente a este estudo, se estabelecem as garantias judiciais dos indivíduos submetidos a um processo.

Dessa forma, a Constituição deixa de ostentar o monopólio como única norma-parâmetro de controle, desenvolvendo-se um novo marco de compatibilidade vertical das normas estatais, que são justamente os tratados internacionais de direitos humanos (MOREIRA, 2015).

Com efeito, o aprofundamento e a verticalização do âmbito de proteção condicionam a legitimação do processo penal não só à sua adequação constitucional, mas também à adequação convencional.

Considerando o recorte proposto para o presente trabalho, o paradigma convencional de devido processo penal advém da CADH (marco do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos), especificamente das previsões constantes no artigo 8, as quais devem conformar o modelo processual penal brasileiro “no contexto de funcionamento integrado e complementar das garantias processuais” (BADARÓ, 2015, p. 33).

O citado dispositivo principia com disposição genérica, referenciando as garantias do direito de audiência (“direito a ser ouvida”), da razoável duração do processo (“dentro de um prazo razoável”) e do juiz natural (“por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial”) no contexto de “qualquer acusação penal”, mas também, ampliativamente, em demandas de “natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (artigo 8.1, CADH).

A par disso, o parágrafo seguinte (artigo 8.2, CADH) traz rol voltado especificamente para o processo penal, principiando pela presunção de inocência do acusado enquanto não comprovada legalmente sua culpa, listando-se nas alíneas as seguintes garantias: direito de acompanhamento por tradutor ou intérprete caso não compreenda ou não fale o idioma corrente (“a”); direito de comunicação prévia da acusação (“b”); direito de exercício da defesa com o tempo e os meios adequados (“c”); direito de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por defensor de sua escolha (“d”); imprescindibilidade e irrenunciabilidade de defesa (“e”); direito de produção probatória com inquirição de testemunhas presentes e de obtenção de fontes de prova (“f”); direito de não produzir provas contra si mesmo (“g”) e direito ao recurso (“h”).

Nos demais parágrafos do aludido artigo, dispõe-se sobre os requisitos para validade da confissão do acusado (direito probatório e, portanto, inserido no processo penal), seguindo-se de



referência à vedação à dupla persecução penal e, por fim, previsão sobre a publicidade do processo penal.

O artigo em questão tem uma lógica de proteção qualificada, já que inicia estabelecendo requisitos gerais que devem ser observados em todos os processos (artigo 8.1) e, a par deles, prevê garantias mínimas específicas em ordem a assegurar o devido processo legal ao acusado em processo penal, ante a sua condição particularmente vulnerável frente ao poder estatal, envolvendo risco direto de limitação do direito humano à liberdade (artigo 8.2). Assim, nos processos penais, as citadas disposições se complementam e atuam em conjunto reforçando o âmbito protetivo, em especial porque o devido processo legal é a pedra angular do sistema de proteção dos direitos humanos, requisito imprescindível para a existência de um Estado de Direito (MEDINA QUIROGA, 2003).

Convém ressaltar que o esquema normativo de devido processo convencional é majoritariamente derivado do citado artigo, o que não exclui, porém, outras disposições presentes no texto convencional que, pela intrínseca relação com o exercício da jurisdição penal pelo Estado, devem ser considerados nesse contexto enquanto direitos e garantias limitadores do dever-poder de punir. Observe-se, quanto ao exposto, as normativas pertinentes ao direito à liberdade pessoal (artigo 7) e ao direito à proteção judicial (artigo 25).

Assim, delineado o marco convencional que deve conformar e fundamentar o processo penal brasileiro, avança-se na temática para tratar do meio de aferição e concretização dessa compatibilidade vertical: o controle de convencionalidade.

3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, PROCESSO PENAL E O PAPEL DOS JUÍZES NACIONAIS

A (CADH) prevê no artigo 1.1 a obrigação dos Estados de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos no texto convencional e no artigo 2 o dever dos Estados em adotar disposições de direito interno – assim entendidas “as medidas legislativas ou de outra natureza” – que se revelem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Foi com base na interpretação desses dois dispositivos que se estruturou, no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, o controle de convencionalidade, mecanismo de análise dos atos normativos internos a partir dos parâmetros convencionais estabelecidos na CADH, o qual não se encontra expressamente positivado no texto convencional, sendo



estruturado doutrinária e jurisprudencialmente como resposta a problemas concretos (TORELLY, 2017).

A justificativa para a formatação desse mecanismo de controle passa em grande medida pela postura ativa da Corte IDH de intervenção em busca da concretização de suas decisões (e dos direitos humanos a elas subjacentes) e, conseqüentemente, do fortalecimento da CADH enquanto instrumento jurídico vinculante e de proteção ao cidadão em face do Estado.

A seu turno, Valério de Oliveira Mazzuoli (2021) esclarece que referido instituto jurídico se traduz em controle das normas de Direito interno a partir da verificação da compatibilidade vertical (sobretudo material) das normas domésticas com os dispositivos encartados em tratados internacionais de direitos humanos a que o Estado se vinculou.

Marcelo Torelly (2017) aduz que, apesar de no caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros vs. Chile, 2001) a Corte IDH ter determinado pela primeira vez a revisão judicial de uma norma interna por incompatibilidade com a CADH, a expressão “controle de constitucionalidade” surge apenas em 2003 em um voto dissidente do juiz Sérgio García Ramirez no caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Evolutivamente, a primeira manifestação jurisprudencial colegiada efetivou-se no caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006), no qual o Tribunal delineou o controle de convencionalidade, inicialmente, como controle judicial de legalidade a ser desempenhado pelos juízes domésticos, a quem caberia analisar se a lei nacional está em conflito com a Convenção Americana conforme interpretada nas decisões da Corte IDH.

Também em 2006, no julgamento do Caso “Trabalhadores demitidos do Congresso” (Aguado Alfaro e outros vs. Peru), o Tribunal avançou para firmar o entendimento de que a análise da compatibilidade das normas locais com a CADH deve ser feita de ofício, tendo explicitado

[...] a desnecessidade de que um caso individual seja levado a ela [Corte IDH] para que, apenas após sua manifestação em uma decisão concreta, não apenas a normativa da Convenção como também sua interpretação sobre ele seja tomada como *precedente jurisprudencial* a ser considerado pelos julgadores domésticos atuando em foro de revisão judicial (TORELLY, 2017, p. 336).

Resta evidenciado que a aferição de compatibilidade não compete somente à Corte IDH, mas também aos juízes domésticos, a quem, como visto, se atribui importante protagonismo.

Nessa ordem de ideias, catalogam-se duas subcategorias de controle de constitucionalidade: a de matriz internacional (controle de convencionalidade autêntico ou



definitivo), atribuído a órgãos internacionais compostos por julgadores independentes, criados por tratados internacionais, e a de matriz nacional (controle de convencionalidade provisório ou preliminar), ou seja, a verificação de compatibilidade do ordenamento interno em face das normas internacionais incorporadas realizado pelos próprios juízes locais (RAMOS, 2017).

No que toca ao controle de convencionalidade de matriz nacional, vale referenciar a distinção entre concentrado e difuso.

Observando-se os limites da presente exposição, apresenta-se, quanto ao primeiro, sua noção conceitual, sem maiores aprofundamentos. Para Thiago Oliveira Moreira (2015, p. 259), define-se como “a investigação de compatibilidade do direito estatal com os tratados internacionais de direitos humanos, realizada pelos Tribunais e Cortes Constitucionais pela via da ação direta, em caráter abstrato, com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*”. Valério de Oliveira Mazzuoli (2021), em abordagem voltada especificamente ao ordenamento jurídico brasileiro, abarca o instituto como sendo a utilização das ações do controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal para invalidação de lei/ato normativo interno incompatível com os tratados de direitos humanos internalizados com quórum qualificado previsto no artigo 5º, §3º, CF88.

A seu turno, a avaliação de compatibilidade vertical entre a legislação local e os tratados de direitos humanos feita por todos os juízes e tribunais do País, inclusive de ofício e na avaliação de um caso concreto, dá ensejo ao controle de convencionalidade difuso.

Acolhe-se o controle difuso de convencionalidade como obrigação dos magistrados domésticos, aos quais é cometido o dever-poder de conhecer o teor das disposições internacionais, sobretudo as que versam sobre direitos humanos, a fim de que as utilizem como paradigmas para efetuar a aferição da compatibilidade do direito interno, após provocação das partes ou mesmo de ofício. Apesar disso, esse proceder não é comum, até em razão do desconhecimento, por parte dos magistrados, do teor dos tratados ou de sua importância (MOREIRA, 2015).

Ocorre que a infiltração dos direitos humanos no processo penal, permitindo que a leitura e a aplicação de seus institutos se dê também à luz dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, é de fundamental importância para a qualificação e legitimação do exercício do dever-poder de punir do Estado, quer seja pela natureza dos direitos subjacentes a uma relação jurídico-penal, quer seja pela necessidade de superação do viés marcadamente autoritário que permeia boa parte das estruturas do processo penal brasileiro.



As práticas criminais no Brasil, em regra, são refratárias às novas metodologias e exigências contemporâneas, o que leva a uma compreensão fundada precipuamente no complexo normativo ordinário, distante da referência constitucional e convencional humanitárias. Ocorre que a leitura convencional e constitucional do processo penal é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário, a partir da constitucionalização dos direitos humanos (GIACOMOLLI, 2014).

Ainda no sentido do duplo filtro do processo penal (constitucional e convencional), é de se destacar o entendimento de que as declarações internacionais de direitos humanos – e a tutela a que se propõem – integram as garantias constitucionais mínimas. Dessa forma, ao se buscar a efetivação dos direitos fundamentais catalogados na Constituição, deve-se considerar a normativa internacional, bem assim a doutrina e a jurisprudência a ela correspondentes, mesmo que o tratado ou convenção ratificado pelo Brasil não tenha ainda sido aprovado pelo Parlamento ou tendo sido sem o quórum qualificado exigido pelo no art. 5º, §3º, CF88 (SILVA JÚNIOR, 2021).

É preciso, pois, avançar para além da instrumentalidade constitucional do processo penal, já consolidada pela doutrina, consoante mencionado acima, emprestando relevo a uma complementar e integrada instrumentalidade convencional do processo penal, em ordem a dar concretude aos direitos humanos previstos em instrumentos internacionais a que o Estado brasileiro se vinculou.

4 DEVIDO PROCESSO PENAL CONVENCIONAL: PARÂMETROS INTERPRETATIVOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL NO BRASIL

No contexto do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, cabe à Corte IDH a competência para interpretação e aplicação das disposições do Pacto de San José da Costa Rica. A par disso, a submissão à jurisdição contenciosa da Corte demanda declaração específica do Estado para tanto³.

³ Artigo. 62.1, CADH: Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.



Ocorre que, mesmo em relação àqueles Estados que não se vincularam à jurisdição contenciosa da Corte, mas que são signatários da CADH, as decisões proferidas pelo Tribunal Interamericano têm impacto, em especial para fins de observância aos parâmetros mínimos de proteção aos direitos humanos. Isso porque as citadas decisões, além da eficácia direta e subjetiva em face dos Estados envolvidos na controvérsia (caso concreto submetido), ostentam também eficácia indireta e objetiva em face de todos os Estados signatários da CADH.

Quanto ao ponto, um importante marco jurisprudencial firmou-se no caso *Gelman vs. Uruguai* (2011), oportunidade em que a Corte IDH aduziu que não apenas as autoridades judiciárias, mas também os órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis, no âmbito de suas respectivas competências, ostentam obrigação de exercer *ex officio* o controle de convencionalidade, devendo, para tanto, levar em conta não apenas o tratado, mas também a sua interpretação feita pelo Tribunal Interamericano, intérprete final da Convenção Americana.

Com base nessa linha decisória, pode-se afirmar, tal como fez Valério de Oliveira Mazuolli (2021, P. 114), que “segundo o atual pensamento da Corte, para o Estado em causa, a sentença tem autoridade de *res judicata*, e para terceiros Estados, vale como *res interpretata*”.

Em reforço, Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2013) ressalta a obrigação de todas as autoridades nacionais vinculadas a Estados que aderiram à CADH, em especial daqueles que aceitaram a jurisdição contenciosa da Corte IDH, de aplicar não apenas a norma convencional, mas também a “norma convencional interpretada”, observando o critério interpretativo definido em decisões do Tribunal Interamericano.

Cumprido, ainda nesse escopo, trazer as lições de Nestor Pedro Sagüés (2010), o qual trabalha duas categorias: o material normativo controlado e o material normativo controlante. Na primeira, insere-se qualquer regra jurídica doméstica (lei, decreto, regulamento etc), incluindo as normas constitucionais e a jurisprudência vinculante da Corte Suprema ou Tribunal Constitucional, a qual, por se revestir materialmente da condição de norma, está sujeita à verificação de sua compatibilidade convencional. Já o parâmetro de controle, segunda categoria citada, não consiste exclusivamente nas normas da CADH, mas também na interpretação dada a essas regras pela Corte IDH.

Isso porque o Estado brasileiro, após ratificação da CADH em 1992, reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte IDH em 1998, por conduto do Decreto Legislativo nº 89/98 e, em seguida, de nota transmitida ao Secretário-Geral da OEA no dia 10 de dezembro de 1998.



Apesar disso, o reconhecimento da jurisdição da Corte IDH no território nacional só ocorreu quase quatro anos após o reconhecimento internacional, por meio da edição, pelo Poder Executivo, do Decreto nº 4.463/2002.

Com isso, verifica-se que o Estado brasileiro está submetido às disposições da CADH e, ainda mais, à exegese estabelecida pela Corte IDH sobre a natureza e o alcance dos direitos previstos no referido tratado.

Alerte-se que, evidentemente, não há, na CADH e nos padrões decisórios da Corte IDH, um modelo único e definido de processo penal, cabendo essa definição aos Estados segundo a lógica normativa interna. Do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos advêm balizas e diretrizes, exurgindo daí o conceito de devido processo convencional, vinculado à observância e aplicação, internamente, de normas convencionais procedimentais definidas em tratados internacionais de direitos humanos aos quais o Estado se vincula, quer seja em processos judiciais ou administrativos (MAZZUOLI, 2021).

A consolidação da jurisprudência da Corte como paradigma de controle é importante, outrossim, porque, a par de o artigo 8, CADH regular com precisão o procedimento judicial penal, não há nas Américas uniformidade de modelos processuais penais, coexistindo sistemas processuais presentes em países de língua espanhola ou portuguesa com o sistema anglo-saxão, de forma que os posicionamentos jurisprudenciais na interpretação das normas de devido processo servirão para transcender um ordenamento em particular, estabelecendo um *standard* mínimo aplicável em todos os Estados-parte da Convenção (MEDINA QUIROGA, 2003).

Firmadas essas premissas, mostra-se relevante, a partir da jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros e sempre respeitando os lindes deste estudo, verificar a influência, no processo penal pátrio, das disposições convencionais e dos parâmetros interamericanos definidos a partir da aplicação dessas previsões.

Na experiência jurisprudencial brasileira, o exemplo recente mais marcante – em razão de sua importância estrutural – envolve a implementação das audiências em custódia no ano de 2015⁴, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, contados do momento da prisão, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) se valido, no julgamento da Medida Cautelar na Arguição de

⁴ O instituto das audiências de custódia só foi inserido, por Lei, no ordenamento jurídico brasileiro em 2019 (Lei 13.964/2019).



Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF (Rel. Min. Marco Aurélio), diretamente da previsão constante no artigo 7.5, CADH⁵.

Há outro importante precedente do STF. Em 2019, no julgamento do HC 171.118/SP (Rel. Min. Gilmar Mendes), a Segunda Turma concedeu a ordem para trancar processo penal em que o paciente era processado, no Brasil, pelos mesmos fatos que já tinham gerado sua condenação criminal na Suíça. Fundamentou-se a decisão na previsão inserta no artigo 8.4, CADH e, ainda, na jurisprudência da Corte IDH, com expressa referência ao decidido nos casos *Loayza Tamayo vs. Peru* (1997), *Mohamed vs. Argentina* (2012) e *J. vs. Peru* (2013). Consignou-se, em arremate, que “o art. 8º do Código Penal deve ser lido em conformidade com os preceitos convencionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vedando-se a dupla persecução penal por idênticos fatos”.

A Corte Suprema, mesmo anteriormente, se ancorou em disposições convencionais como reforço argumentativo em julgamentos que abordaram a necessidade de tutela do devido processo. Em 2006, no HC 88.359/RJ (Rel. Min. Cezar Peluso), foi concedida a ordem para trancar ação penal em razão da inépcia da denúncia, fundamentando-se a decisão, entre outros pontos, na previsão do artigo 8, 2, “b”, CADH que garante ao acusado a comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada, qualificando esse direito como um dos meios inerentes à ampla defesa. Em 2009, no HC 93.503/SP (Rel. Min. Celso de Mello), o STF entendeu que o direito de presença do réu nos atos processuais perante o juízo processante, ainda que situado em local diverso daquele em que custodiado, é projeção do devido processo, derivada das disposições convencionais do artigo 8, 2, “d” e “f”, CADH⁶.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), na mesma toada, ao admitir o cabimento de *Habeas Corpus* coletivo, explicitou, como um dos fundamentos, que o artigo 25, 1, CADH “garante o emprego de um instrumento processual simples, rápido e efetivo para tutelar a

⁵Artigo 7.5, CADH: “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 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:

[...]

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;

[...]

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



violação de direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela Lei ou pela citada Convenção” (HC 568.693/ES, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior). Ademais, a Corte no julgamento do RESP 1.575.507/SP (Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura), anulou parcialmente sentença condenatória, suscitando violação ao artigo 8, 2, “b” e “c”, CADH, em razão de o magistrado ter acolhido a pretensão acusatória relativa a dois crimes, a par de apenas um ter sido narrado na peça inicial acusatória.

Há precedentes do STJ que fazem expressa referência aos critérios erigidos pela Corte IDH para definição da razoabilidade do tempo de prisão sem formação da culpa⁷, vinculando-se ao preceito convencional relativo ao direito de julgamento dentro de prazo razoável (artigo 7,5). Cite-se, a título de exemplo, o HC 419.623/PE (Rel. Min. Rogério Schietti Cruz).

Os casos topicamente apresentados acima, sem evidentemente qualquer pretensão de esgotamento do tema, revelam, além da resolução casuística com base na CADH, preocupação com a efetividade e aplicabilidade das normas convencionais e a paulatina interconexão das ordens constitucional e convencional.

É de se notar, ainda, que os precedentes nacionais em geral referenciam o dispositivo convencional em si, não se verificando fundamentação relacionada à jurisprudência da Corte IDH, com exceção, na extensão aqui demonstrada, do HC 171.118/SP (STF) e do HC 419.623/PE (STJ).

Conquanto não se possa afirmar com base nesses precedentes que está em curso uma mudança significativa na cultura jurídica pátria, viabilizando a releitura do conceito de devido processo, é importante enfatizá-los a fim que se aprofunde a adequação e compatibilização convencional do processo penal.

Em reforço a essa constatação e indicando a preocupação com a necessidade de abertura da jurisdição brasileira à realidade convencional, calha ressaltar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no final de 2021, aprovou recomendação destinada aos órgãos do Poder Judiciário para “observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas” (Ato Normativo 0008759-45.2021.2.00.0000, Relatora Conselheira Flávia Pessoa).

⁷ Elencam-se como parâmetros: as circunstâncias particulares de cada caso e a complexidade do litígio; a conduta processual das partes ou, mais proximamente, do acusado e a conduta das autoridades responsáveis pela condução do processo, sejam elas administrativas ou judiciais.



5 CONCLUSÃO

O processo penal tem como finalidade intrínseca a proteção do indivíduo em face do exercício do dever-poder de punir do Estado, de forma a garantir a legitimidade de eventual pena aplicada. Para tanto, a intervenção punitiva estatal deve observar não só o catálogo de direitos e garantias fundamentais, mas, em viés de tutela ampliada em favor do indivíduo (próprio da lógica do processo penal democrático), as normas internacionais de proteção aos direitos humanos, consistindo na instrumentalidade convencional do processo penal.

A partir dessa premissa, tem-se que não só as normas constitucionais, mas também os tratados e convenções internacionais de direitos humanos incorporados pelo Estado devem ser considerados paradigmas para aferição de validade dos atos/normas internos, cabendo o exame de compatibilidade a todos os juízes e tribunais domésticos, no exercício do controle de convencionalidade.

Há verdadeiro dever-poder dos magistrados locais em dar concretude às previsões convencionais, inclusive de ofício, balizando-se pelo teor das normas protetivas de direitos humanos e, ainda, pela interpretação de tais dispositivos levada a cabo pela Corte IDH, intérprete final da CADH.

O quadro normativo e jurisprudencial extraído do sistema interamericano no que se refere ao devido processo penal convencional não é exaustivo e estanque, até pela coexistência de diversos tipos de sistemas processuais penais nas Américas, configurando-se em conjunto de requisitos mínimos cuja observância permitirá a adequada atuação do indivíduo em ordem a defender seus direitos ante a uma imputação estatal.

Constata-se que, no processo penal, a jurisprudência brasileira ainda não é massivamente permeada pelos *standards* convencionais, o que se dá muito em função do desconhecimento e/ou resistência dos juízes e Tribunais locais em apropriar-se das disposições do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo certo, porém, que já há alguns precedentes e movimentos de prática judiciária representativos dessa necessária (mas ainda não consolidada) mudança paradigmática.



REFERÊNCIAS





BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 19.nov.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Medida Cautelar*. Relator(a): Min. Marco Aurelio, Tribunal Pleno, Brasília, j. 09/09/2015, DJe 19/02/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus 88.359*. Relator(a): Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, Brasília, j. 14/11/2006, DJe 09/03/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus 93.503*. Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Brasília, j. 02/06/2009, DJe 07/08/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Habeas Corpus 171.118*. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Brasília, j. 12/11/2019, DJe 17/08/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Habeas Corpus 568.693*. Relator(a): Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, Brasília, j. 14/10/2020, DJe 16/10/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Habeas Corpus 419.623*. Relator(a): Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, Brasília, j. 25/09/2018, DJe 09/10/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Recurso Especial 1.575.507*. Relator(a): Min. Maria Thereza de Assis Moura, decisão monocrática, Brasília, j. 01/03/2016, DJe 09/03/2016.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Ato Normativo 0008759-45.2021.2.00.0000*. Relator(a): Conselheira Flávia Pessoa, Plenário, Brasília, j. em 14/12/2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentença (Mérito e Reparações)*, Caso Gelman vs. Uruguai, 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em: 29.nov.2021.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). *Estudios constitucionales*, Santiago, v.11, n.2, p. 641-694, 2013. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002013000200017&script=sci_arttext. Acesso em 28.nov.2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.



LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. Ed. São Paulo, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho Universidad de Chile. San José: Mundo Gráfico, 2003.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRN, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. El “control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano. ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; VON BOGDANDY, Armin (Coord). *La justicia constitucional y su internacionalización ¿hacia un ius constitutionale commune en américa latina?* Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2895/15.pdf>. Acesso em 28.nov.2021.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. 3. ed. Natal: OWL, 2021.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)*. 4. ed. Natal: OWL, 2022.

TORELLY, Marcelo. Controle de Convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos? *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n.1, p. 321-353, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/23006/20007>. Acesso em 29.nov.2021.