

7

**ARTIGO 282, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:
POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO
NA ESFERA INTERNACIONAL?**

*Article 282, § 3º, of the Code of Criminal Procedure: condemnation of
the possibility of brazilian state in international arena?*

MARIANA PY MUNIZ CAPPELLARI

Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul.
Mestranda em Ciências Criminais pela PUCRS.

RECEBIDO EM: 28.08.12

APROVADO EM: 31.10.12

“Primeiro levaram os negros
Mas não me importei com isso
Eu não era negro

Em seguida levaram alguns operários
Mas não me importei com isso
Eu também não era operário

Depois prenderam os miseráveis
Mas não me importei com isso
Porque eu não sou miserável

Depois agarraram uns desempregados
Mas como tenho meu emprego
Também não me importei

Agora estão me levando
Mas já é tarde.
Como eu não me importei com ninguém
Ninguém se importa comigo.” (Bertold Brecht)

RESUMO

Com o presente artigo se objetiva num primeiro momento a análise do disposto no artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 12.403/11, objetivando vincular-lhe ao princípio constitucional do contraditório, conferindo-lhe status de direito fundamental e humano, para, após, ao se relacionar a norma em questão com o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, proceder-se questionamento no que diz com o avanço legislativo processual do tema e, em contraponto, se da sua não-aplicação e conseqüente descumprimento, há a possibilidade de eventual condenação do Estado Brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo em vista a norma em comento encontrar correspondência na Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: PROCESSO PENAL. PRISÃO. CONTRADITÓRIO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CADH.

ABSTRACT

The present article aims at first the analysis of Article 282, § 3 of the Code of Criminal Procedure, introduced by Law 12.403/11, aiming to link him to the constitutional principle of contradiction, giving it status of fundamental and human, for, after, when the rule in question relate to the American Convention on Human Rights, proceed to question when it comes to advancing the legislative procedural issue and, in contrast, IF its not-application and subsequent failure, there is the possibility of eventual conviction of the Brazilian State before the Inter-American Court of Human Rights, in order to find the rule in comment letters to the American Convention on Human Rights, ratified by Brazil.

KEYWORDS: CRIMINAL PROCEDURE. PRISION. CONTRADICTORY. FUNDAMENTAL RIGHTS. CADH.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Do artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal e da sua vinculação ao Contraditório. 2. Do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: descumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos que gera responsabilização do Estado no plano internacional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 12.403/11, introduziu-se no Código de Processo Penal um novo regime jurídico da prisão processual, da liberdade provisória, bem como se inseriu um rol de medidas cautelares diversas da prisão, ou melhor, alternativas ao cárcere.

Dentro deste contexto, a edição do artigo 282 do Código de Processo Penal, que, além de estabelecer os critérios os quais deverão pautar a aplicação das medidas cautelares, traz em seu parágrafo 3º, para dentro do que então poderíamos chamar de processo penal cautelar, o contraditório.

O contraditório, além de tratar-se de princípio constitucional, estatuído no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, revela-se em direito fundamental e, por primeiro, direito humano, tutelado na Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992.

Dessa forma, num primeiro momento, se analisará o referido artigo de lei em questão e a sua confluência com o princípio do contraditório. Perspectiva tendo por foco os direitos humanos fundamentais, para, após, ao encontrar amparo para o referido dispositivo legal de direito interno na Convenção Americana de Direitos Humanos, trabalhar-se a possibilidade de condenação do Estado Brasileiro junto a Corte Interamericana de Direitos Humanos, levando-se em conta, que, embora o avanço legislativo nesse ponto, a sua não-aplicação e conseqüente descumprimento, pode gerar tal medida, mormente se considerado o fato de ter o Brasil ratificado a Convenção em comento, bem como diante o disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

Ao final, será delineada conclusão acerca da exposição, incluindo-se as referências bibliográficas.

1. DO ARTIGO 282, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DA SUA VINCULAÇÃO AO CONTRADITÓRIO

A Lei nº 12.403/11, mais uma das reformas pontuais produzidas junto ao Código de Processo Penal, pode-se dizer que trouxe um novo regime jurídico da prisão processual, da liberdade provisória, inovando ao estatuir um rol de medidas cautelares alternativas ao cárcere.

Nesse contexto, restaram estabelecidos no artigo 282 do Código de Processo Penal os critérios necessários à aplicação das medidas cautelares e mais especificamente, em seu parágrafo 3º, o seguinte:

“Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação

da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo”.

Partindo-se do pressuposto que a estrutura processual é eminentemente dialética, o contraditório revela-se imprescindível, quiçá, por se considerar como marca distintiva dos demais procedimentos. Segundo Ferrua²¹⁰, o contraditório, juntamente com as condições de paridade e do Juiz imparcial, constitui um dos valores primários da justiça.

Entretanto, a doutrina há muito pautava a cautelaridade no processo penal fora da compreensão estrita de processo, justamente porque não havia como se falar em contraditório pleno, prévio ou concomitante à constrição, em que pese à existência de outros direitos e garantias vinculadas ao próprio contraditório.

Dessa forma, é evidente o avanço legislativo, na medida em que trouxe o contraditório antecipado à decisão acerca da concessão ou não das medidas cautelares, de forma obrigatória, exceto em caso de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, caso em que o contraditório, então, dar-se-á de forma postergada, diferida.

Mas em que se traduz este contraditório?

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, reconhece o contraditório como um direito fundamental de todo o cidadão, ao estatuir o seguinte: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes”.

Segundo Lopes Junior o contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética²¹¹.

Dessa forma, pode-se dizer que o contraditório engloba o direito de as partes debaterem frente ao Juiz, que possam ter participação efetiva no processo, assim como se requer da postura do Magistrado, por conseguinte. Contudo, mais que isso, traduz-se no direito de o acusado ser ouvido pelo Juiz, de poder dar as suas razões, de exercer o seu direito de defesa, o qual está umbilicalmente vinculado ao contraditório. Nesse sentido é o próprio dispositivo constitucional transcrito.

E veja-se que o contraditório, além de alicerçar-se como princípio constitucional, garantindo-lhe o constituinte a pecha de direito fundamental,

²¹⁰ Em GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, Liberdade e Cautelares Alternativas ao Cárcere*. Marcial Pons, 2012.

²¹¹ É o mesmo autor quem diz: “[...] O contraditório é uma nota característica do processo, uma exigência política, e mais do que isso, se confunde com a própria essência do processo. Como define RANGEL DINAMARCO – claramente inspirado em Elio Fazzalari -, o conceito moderno de processo necessariamente deve envolver o procedimento e o contraditório, sem o que não existe processo.” LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

vem por primeiro conceituar-se como direito humano. Sinala-se que tal conceito é de suma importância, na medida em que singelamente falando, os direitos humanos representariam aquela parcela de direitos reconhecidos internacionalmente como indispensáveis à existência humana, existência que se requer e se impõe de forma digna.

E é por isso que a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como o Pacto de San José da Costa Rica, pontua o contraditório, muito mais especificamente no que diz com o direito à liberdade pessoal, quando em seu artigo 7.5., assim dispõe:

“Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de 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”.

Nesse sentido, também o seu artigo 8.1., o qual discorre sobre as garantias judiciais, asseverando o seguinte:

“Toda pessoa tem direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Assim, o alcance pretendido pelo parágrafo 3º do artigo 282 do Código de Processo Penal abrange estas disposições. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo-a ratificado em 1992. Mais do que isso, a redação do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal também assim já importaria, sem precisar se ingressar na discussão da suprallegalidade ou não dos tratados internacionais protetivos de direitos humanos, já que o que se pretende é a interpretação e a leitura conjunta do dispositivo legal de direito interno em questão (lei ordinária) e daqueles da Convenção.

Resulta evidente, portanto, que nas hipóteses de flagrante delito convertido em prisão preventiva, bem como na decretação de prisão preventiva autônoma, exceto quando houver urgência ou perigo de ineficácia da medida, impõe-se a oitiva do preso e a sua apresentação ao Juízo competente.

Isso porque não se discute que tenha a legislação, ainda que sutilmente, conforme nos diz Lopes Junior²¹², permitido um tímido contraditório; em que pese não tenha a lei, e isso é comentado pela doutrina, deixado claro de que forma e quem exerceria este direito ao contraditório.

Com razão, a lei nos fala em intimação da ‘parte contrária’, que melhor se traduziria em acusado ou indiciado, ao menos, não se imagina o contrário, ou quem poderia ocupar esta posição senão o acusado ou indiciado. Ao depois, a intimação se daria para quê? Apresentação de resposta escrita? Para a realização de uma audiência?

Veja-se que diante o que já foi ressaltado, por tratar-se o contraditório de direito fundamental na ordem jurídica interna e, principalmente, de direito humano na órbita internacional, encontrando correspondência na Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme já se anunciou; ratificada pelo Brasil, o qual, portanto, e, segundo o que dispõe o artigo 1º da Convenção, comprometeu-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, nos parece que imperiosa seria a realização de audiência como resposta a terceira pergunta antes formulada, quiçá, diante do que enuncia o artigo 7.5. da Convenção, quando nos diz que toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um Juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. Nesse sentido, o magistério de Lopes Junior²¹³.

Dessa forma, parece claro que o ideal seria o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, intimar o indiciado ou acusado para uma audiência, na qual efetivamente se poderia falar em contraditório e direito de defesa, eis que presentes todas as partes (acusação e defesa), poderiam estas sustentar de melhor forma os seus pedidos, o que contribuiria sobremaneira com a decisão a ser proferida pelo Magistrado, dado maior grau de acerto.

Evidentemente, em caso de perigo ou ineficácia da medida, nada impede que após o decreto de prisão, se assim entender o Juiz em decretá-la,

²¹² LOPES JUNIOR, Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²¹³ Nossa sugestão, sempre foi de que o detido fosse desde logo conduzido ao juiz que determinou a prisão, para que, após ouvi-lo (interrogatório), decida fundamentadamente se mantém ou não a prisão cautelar. Através de um ato simples como esse, o contraditório realmente teria sua eficácia de “direito à audiência” e, provavelmente, evitaria muitas prisões cautelares injustas e desnecessárias. Ou ainda, mesmo que a prisão se efetivasse, haveria um mínimo de humanidade no tratamento dispensado ao detido, na medida em que, ao menos, teria sido “ouvido pelo juiz”. Para os “operadores” do Direito já imunizados pela insensibilidade, isso pode não representar muito, mas com certeza, para quem está sofrendo a medida, é um ato de maior relevância. Não sem razão, o art. 8º.1. da CADH determina que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente [...]. *Op. cit.* p. 6.

seja designada uma audiência de forma imediata para a oitiva do indiciado ou acusado, o qual através de sua defesa poderá demonstrar a desnecessidade da medida, quanto mais isso se torna imprescindível nos casos de substituição, cumulação ou revogação da medida cautelar e decretação da preventiva (uma de suas novas hipóteses, introduzidas pela Lei nº 12.403/11. Ver art. 312, parágrafo único²¹⁴). Ainda acerca do discorrido, vale transcrever as palavras de Giacomolli²¹⁵.

Pondera-se que a questão da excepcionalidade da prisão cautelar é preocupação de todos os países civilizados, pois, embora a prisão provisória possa ser a medida mais efetiva para o cumprimento dos fins do processo, às vezes; é também a medida cautelar que comete as maiores violações da liberdade individual e de outros direitos fundamentais do indivíduo.

Não é sem razão que Sanguiné²¹⁶ ao discorrer acerca da prisão provisória na Espanha, nos coloca:

“[...] La introducción de la audiencia previa refuerza la idea de que el derecho al contradictorio incluye, además, el derecho del preso provisional a ser oído personalmente por la autoridad judicial antes de adoptar la prisión provisional o, en su caso, mediante determinada representación, que se incluye entre las garantías fundamentales del procedimiento aplicadas em materia de privación de libertad [...]”

²¹⁴ Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

²¹⁵ Urge o cumprimento do determinado nos artigos 7º.5., da Convenção Americana dos Direitos do Homem, a qual ocupa patamar superior as leis ordinárias. Não é o que ocorre na Law in action. Tanto nas hipóteses de flagrante delito convertido em prisão preventiva, quanto na decretação de prisão preventiva autônoma, o preso não é ouvido e nem apresentado ao juiz. Isso não ocorre imediatamente e nem em um prazo razoável. Com isso se descumpra a CADH e a Constituição Federal, com o silêncio de toda a estrutura jurídica, em todos os níveis decisórios, postulatórios e doutrinários. O preso somente será ouvido quando da instrução processual e, via de regra, no final do procedimento, meses após a sua prisão. Nas situações de flagrante, o que é apresentado imediatamente ao juiz é a documentação da prisão, mas não o detido. Com isso, se esboroa o contraditório. Também, deveria ser cumprido o disposto no art. 8º.1, da Convenção Americana dos Direitos do Homem. O direito à audiência, de ser ouvido, é um desdobramento da ampla defesa (defesa pessoal) e do contraditório, na medida em que se daria ao sujeito a possibilidade de expor as suas razões defensivas, possibilitando a concessão da liberdade provisória ou a substituição da prisão pelas cautelares alternativas. *Op. cit.* p. 4.

²¹⁶ SANGUINÉ, Odone. *Prisión Provisional Y Derechos Fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

Em assim sendo, parece evidente que há um considerável avanço legislativo no dispositivo legal em comento. Entretanto, questiona-se: a sua aplicação tem ocorrido desta forma no plano judicial interno? Se sim, ao menos não é o que diz a prática judiciária diária. Nessa esteira, há a possibilidade de responsabilização do Estado Brasileiro no plano internacional pelo descumprimento daquilo que se obrigou a reconhecer, respeitar e efetivar? Passaremos, então, a trabalhar nesse sentido. Vejamos.

2. DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DESCUMPRIMENTO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS QUE GERA RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO NO PLANO INTERNACIONAL

Segundo Piovesan²¹⁷, o sistema internacional de proteção dos direitos humanos constitui o legado maior da chamada “Era dos Direitos”, que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional contemporâneo. A internacionalização dos direitos humanos é fenômeno recente na história, surgindo a partir do pós-guerra, evidentemente, como resposta as atrocidades e aos horrores produzidos de toda a sorte durante a vigência dos regimes totalitários.

A barbárie do totalitarismo rompeu e negou o valor da pessoa humana, razão pela qual o pós-guerra implica reconstruir os direitos humanos, tanto na esfera internacional, bem como na de direito interno, o que se verificou com a emergência de um novo direito constitucional.

Dessa sorte, o advento da Declaração Universal de 1948 e posteriormente, por que é o que aqui nos interessa, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1978, com o desenvolvimento de um sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos.

Diferentemente do sistema regional europeu e africano, o sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos apresenta singularidades, marcadas pelo seu contexto histórico. Os Estados da América Central e do Sul, por exemplo, são regiões que apresentam elevado grau de exclusão e desigualdade social, convivendo com reminiscências dos regimes autoritários ditatoriais que se fizeram presentes nestes Estados, bem como com a transição política aos regimes democráticos, o que revela adaptação e necessidade imperiosa de fortalecimento dos Estados de Direito, bem como, precária tradição de respeito aos direitos humanos.

O instrumento de maior importância no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 1969, tendo entrado em vigor em 1978.

²¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Apenas Estados membros da Organização dos Estados Americanos têm o direito de aderir à Convenção Americana. O Estado Brasileiro foi um dos Estados que mais tardiamente aderiu à Convenção, fazendo-o apenas em 25 de setembro de 1992.

A Convenção estabelece um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia, o qual é integrado pela Comissão Interamericana e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esta última é a que nos interessa no momento.

A Corte é o órgão jurisdicional do sistema regional, apresentando competência consultiva e contenciosa. Daí resulta que cumpre a Corte à interpretação das disposições da Convenção Americana, assim como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos, bem como à solução de controvérsias que se apresentem acerca da interpretação ou aplicação da própria Convenção, nesse último caso, de contenciosidade, podendo determinar ao Estado que violou direito da Convenção, a adoção de medidas necessárias à restauração daquele direito violado e, ainda, a sua condenação ao pagamento de uma justa compensação à vítima. A jurisdição da Corte é facultativa, sendo que o Brasil a reconheceu por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998.

Pois bem, ligando-se o aqui formulado ao que já se disse anteriormente, parece lógico afirmar que em sendo o Brasil Estado-parte da Convenção, estando sujeito, portanto, à jurisdição da Corte, ao desrespeitar o disposto nos seus artigos 7.5 e 8.1, o que se comprometeu a respeitar e garantir, estaria sujeito, sim, a ser condenado no plano internacional, porque embora o avanço legislativo, não há aplicação eficaz do contraditório, no processo cautelar, dentro dos moldes desenvolvidos e estatuídos pela própria Convenção.

Em palestra proferida no dia 16 de agosto de 2012, no V Congresso Interamericano de Defensorias Públicas, realizado em Fortaleza/CE, Dorina Zoon, Representante da Open Society, uma Organização não governamental, afirmou que as chamadas audiências de custódia, onde o preso se apresenta ao Juiz ou a uma autoridade assim também competente, já existem em todos os demais países da América Latina, ou, ao menos se encontram incorporadas às suas legislações, o que difere substancialmente do Brasil.

Veja-se que no plano do direito interno, o descumprimento do artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal, gera a nulidade da decisão proferida, atacável via *habeas corpus*, o que não exclui a possibilidade de arguição do aqui disposto, como inserção do chamado controle jurisdicional de convencionalidade das leis. É Piovesan²¹⁸ quem diz.

²¹⁸ Como atenta Thomas Buergenthal: “Os Estados-partes na Convenção Americana têm a obrigação não apenas de ‘respeitar’ esses direitos garantidos na Convenção, mas também de ‘assegurar’ o

Aqui, inserem-se os chamados deveres de proteção dos direitos fundamentais, considerado o contraditório como direito humano e fundamental. Os deveres de proteção dos direitos fundamentais advêm da construção dogmática constitucional que destaca a dupla dimensão dos direitos fundamentais. Uma dimensão subjetiva, de defesa, frente ao Estado, que se abstém de intervir; e uma dimensão objetiva, onde os deveres de proteção são tratados como imperativos de tutela, exigindo uma atuação positiva por parte do Estado, através do binômio proibição de excesso x proibição de proteção deficiente, fruto do modelo de Estado adotado pela Constituição e filosoficamente assentado no contratualismo.

Gomes²¹⁹ pontua que diante do que dispõe a Convenção no sentido de que toda a pessoa detida deve ser apresentada, sem demora, à autoridade judiciária competente, a violação dessa garantia torna a prisão arbitrária, conforme Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1994, p. 186, El Salvador.

Saliente-se que no caso *López Álvarez*²²⁰ a Corte determinou que o direito reconhecido no artigo 7.5 da Convenção é essencial para garantir não-somente o direito a liberdade pessoal, mas, também, outros direitos, como a vida e a integridade pessoal. Também na ótica da Corte é o controle judicial imediato um meio de controle idôneo para evitar a arbitrariedade e a ilegalidade das detenções, tomando em conta que em um Estado de Direito corresponde ao Julgador garantir os direitos do detento, autorizar a adoção das medidas cautelares e de coerção, quando necessárias, procurando sempre conciliar estas com o princípio da presunção de inocência.

Para a Corte Interamericana²²¹ o simples conhecimento judicial de que uma pessoa está detida não satisfaz a garantia estabelecida no artigo 7.5 da Convenção, sendo necessário que o detido compareça pessoalmente e preste as suas devidas declarações perante um Juiz ou autoridade competente a tanto. Nessa senda, os casos *García Asto*, *Palamara Iribarne*, *Acosta Calderón* e *López Álvarez*.

seu livre e pleno exercício. Um governo tem, conseqüentemente, obrigações positivas e negativas relativamente à Convenção Americana. De um lado, há a obrigação de não violar os direitos individuais; por exemplo, há o dever de não torturar um indivíduo ou de não privá-lo de um julgamento justo. Mas a obrigação do Estado vai além desse dever negativo e pode requerer a adoção de medidas afirmativas necessárias e razoáveis, em determinadas circunstâncias, para assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos pela Convenção Americana. *Op. cit.* p. 9.

²¹⁹ GOMES, Luiz Flávio e MARQUES, Ivan Luís (Coord.). *Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

²²⁰ Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad (Artículos 7 y 5 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). San José: Corte IDH, 2010.

²²¹ *Op. cit.* p. 10.

Tanto isso faz sentido, que no Informe Anual da Corte Interamericana do ano de 2011²²² resultou assentado o seguinte:

Garantias judiciais

A Corte reiterou sua posição a respeito de que o artigo 8.1 da Convenção não se aplica somente a processos acompanhados perante juízes e tribunais judiciais, visto que as garantias que estabelece devem ser observadas nos distintos procedimentos em que os órgãos estatais adotam decisões sobre a determinação dos direitos das pessoas, já que o Estado também outorga a autoridades administrativas, colegiadas ou unipessoais, a função de adotar decisões que determinam direitos. Assim, as garantias contempladas no artigo 8.1 da Convenção são também aplicáveis ao suposto em que alguma autoridade pública adote decisões que determinem tais direitos, levando em consideração que não lhe são exigíveis aquelas próprias de um órgão jurisdicional, mas sim deve cumprir com aquelas garantias destinadas a assegurar que a decisão não seja arbitrária.

Direito a ser ouvido

A Corte declarou que o direito a ser ouvido implica, por outro lado, um âmbito formal e processual de assegurar o acesso ao órgão competente para que determine o direito que se reclama em apego às devidas garantias processuais (tais como a apresentação de alegações e o aporte de prova). Por outra parte, esse direito abrange um âmbito de proteção material que implica que o Estado garanta que a decisão que se produza através do procedimento, satisfaça o fim para o qual foi concebido.

Direito à liberdade pessoal

Limites da prisão preventiva

A Corte destacou que o Estado no momento de realizar uma detenção deve respeitar as garantias consagradas na Convenção e sua aplicação deve ser de caráter excepcional e respeitar o princípio à presunção de inocência e os princípios de legalidade, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis em uma sociedade democrática.

A Corte reiterou que os Estados estão obrigados a estabelecer, tão exaustivamente quanto seja possível e de forma prévia, as “causas” e as “condições” da privação da liberdade física. Por isso, a Corte reiterou que

²²² Disponível em: <http://corteidh.or.cr>. Acessado em 27.08.2012.

qualquer requisito estabelecido na lei nacional que não seja cumprido ao privar uma pessoa de sua liberdade, gerará que tal privação seja ilegal e contrária à Convenção Americana. (Grifo nosso).

No âmbito europeu, veja-se que Barona Vilar²²³ aponta para a recomendação nº R (80) 11 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de 27 de junho de 1980, dirigida a todos os seus Estados membros, no sentido de reduzir a aplicação da prisão provisória por razões humanitárias e sociais ao mínimo compatível com os interesses da justiça, e, de outro lado, instituir em nível europeu, certas normas aplicáveis as pessoas que se encontram presas provisoriamente a responder um processo judicial, aconselhando que se levem em conta determinados princípios, entre eles, o de todo acusado ou processado privado de sua liberdade ser conduzido sem demora a presença de uma autoridade judicial competente, para que esta decida sem dilações acerca da sua prisão.

O artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal inova ao trazer o contraditório para dentro do que então se poderá chamar processo cautelar e o faz numa dimensão até então não percebida pelos seus operadores, na medida em que a norma em questão apresenta reciprocidade àquilo que a Convenção dispõe. Dessa forma, o não-cumprimento do artigo em comento na sua extensão completa, viola a Convenção e, conseqüentemente, gera para o Estado Brasileiro a possibilidade de vir a ser condenado no âmbito internacional, porque embora cumpra parte do seu dever, no que diz com a adoção de disposições de direito interno, é o que se vê do artigo 2º da Convenção, falha ao não estabelecer de forma eficaz àquele direito, ao qual se comprometeu a garantir através do livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição.

De tudo o que se disse fica então assentado que o sistema interamericano está se consolidando como importante e eficaz estratégia de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram omissas ou falhas, cumprindo aos atores processuais, nas suas respectivas posições, fazer dar vazão ao efetivo e real cumprimento das normas estatuídas na Convenção e, na espécie, no que diz com o artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal, com reciprocidade na ordem jurídica interna.

CONCLUSÃO

Com o advento da modernidade e com as fraturas operadas pelo pós-guerra, urge a reconstrução dos direitos humanos (o que já vem ocorrendo em âmbito internacional), quiçá, no plano do direito interno, como mão única a consolidação de um Estado de Direito que se quer e pretende Democrático.

²²³ VILAR, Silvia Barona. *Prision Provisional y Medidas Alternativas*. Barcelona: Libreria Bosch, 1988.

A Lei nº 12.403/11 avançou ao estatuir no seu artigo 282, § 3º, a inserção do contraditório, no plano do processo cautelar, o que há alguns anos, representaria motivo de severa crítica, senão heresia jurídica, no dizer de Lopes Junior²²⁴.

Entretanto, a devida extensão a ser dada ao contraditório, na condição de direito humano fundamental, ainda carece de efetivação. Dentro desta afirmativa é que se concluiu pela possibilidade de condenação do Estado Brasileiro no plano internacional, na medida em que falha como agente responsabilizado que é pelo resguardo e concretização deste direito o qual se obrigou a zelar quando da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Mas quer-se aqui levantar uma consideração. Não existe contraditório, se inexistente partes. O contraditório é dialético, e, assim, pressupõe partes adversas. O sistema acusatório aponta para a divisão de papéis no processo penal: a Defesa, a Acusação e o Juiz. Logicamente, cumpre aos atores processuais não se calar, dando voz ao impugnar as decisões e ao requerer o efetivo cumprimento da norma em sua extensão completa, chamando ao artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal, um real contraditório, aquele corolário do disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Contraditório como Direito Humano Fundamental, condutor do direito de audiência, do direito de ser ouvido e de dar as suas razões ao Julgador, possibilitando-se, com isso, o direito de convencer o Magistrado acerca dos seus motivos, ou, ainda, com o intuito de justificar a face igualitária da justiça, pois de acordo com Lopes Junior²²⁵ ao citar Goldschmidt, “*quien presta audiencia a una parte, igual favor debe a la outra.*”

Em época em que se discute a superlotação carcerária, em que se pugna pela redução dos números de presos provisórios no País, parece-me que a adoção do artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal e sua consequente aplicação em sua devida extensão (como direito humano fundamental, nos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos), causaria impacto surpreendente e positivo no (des)encarceramento cautelar.

Nesse ponto, cumpre, ainda, destacar o papel da Defensoria Pública nesta seara. A Defensoria Pública ao ser criada pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental do cidadão, veio com o intuito de assegurar o cumprimento de outro direito fundamental que é o acesso à justiça. Acesso que deve possibilitar a todos aqueles que não possuem recursos financeiros suficientes para adimplir com as custas do processo e com os honorários advocatícios.

Ocorre que, hoje, a dimensão institucional da Defensoria Pública é mais do que ser essencial à função jurisdicional do Estado, é, de acordo com

²²⁴ *Op. cit.* p. 6

²²⁵ *Op. cit.* p. 4

a redação conferida ao artigo 1º da Lei Complementar nº 80/94, dada também pela Lei Complementar nº 132/2009, a de promoção dos direitos humanos.

Na atualidade, é objetivo da Defensoria Pública, de acordo com o artigo 3º-A, da já citada legislação, a prevalência e a efetividade dos direitos humanos. E, veja-se que em seu artigo 4º, aponta-se como uma dentre tantas outras funções institucionais da Defensoria Pública, a de representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos.

Não é por acaso que no ano de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos assinou um Acordo de Entendimento com a Associação Interamericana de Defensorias Públicas (doravante AIDEP), para prover de assistência legal gratuita às supostas vítimas que carecem de recursos econômicos ou de representação legal perante a Corte, em conformidade ao estabelecido no Regulamento da Corte que entrou em vigor em janeiro de 2010, com a finalidade precípua de implementar a figura do defensor interamericano.

Dessa sorte, sabido que a Defensoria Pública se faz constantemente presente nas Varas Criminais (poder-se-ia dizer quase na sua totalidade), diante o fato da seletividade do sistema criminal (e não se pretende aqui discutir tema cuja extensão seria imprópria para a presente proposta, apenas se afirma aquilo que empiricamente se consegue perceber), contando na ponta dos acusados e indiciados, em geral, pessoas que não possuem condições econômicas para prover um advogado, eis que operada a desigualdade e exclusão social (outro dado que poderia gerar maior debate); se lhe impõe de toda a sorte e mais do que a qualquer outro ator processual, dar voz ao cumprimento e efetividade ao Direito Humano e Fundamental do contraditório, na forma estabelecida pelo artigo 282, § 3º, do Código de Processo Penal.

Mas isto, com certeza, demanda caminhar o caminho²²⁶, abrindo-se tema para outra e futura discussão.

²²⁶ Vale aqui a transcrição do poema de António Machado, poeta sevilhano: “Caminante, son tus huellas el camino, y nada más; caminante, no hay camino, se hace camino al andar. Al andar se hace camino, y al volver la vista atrás, se ve la senda que nunca se ha de volver a pisar. Caminante, no ya camino, sino estrellas en la mar.” Disponível em: <http://ocanto.esenviseu.net/destaque/machado.htm>. Acessado em: 27.08.2012.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Verbo Jurídico, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://corteidh.or.br>. Acessado em 27.08.2012.

_____. *Análisis de La Jurisprudência de La Corte Interamericana de Derechos Humanos em Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad*. San José: Corte IDH, 2010.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão Liberdade e as Cautelares Alternativas ao Cárcere*. Marcial Pons, 2012.

GOMES, Luiz Flávio e MARQUES, Ivan Luís (Coord.). *Prisão e Medidas Cautelares. Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEGISLAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Porto Alegre: ADPERGS, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. *O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas. Atualizado – Lei 12.403/11*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 5. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

SANGUINÉ, Odone. *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*. Valência: Tirante lo Blanch, 2003.

VILAR, Sílvia Barona. *Prision Provisional y Medidas Alternativas*. Barcelona: Libreria Bosch, 1988.