

O IUS COMMUNE LATINO-AMERICANO E O DIREITO BRASILEIRO: UMA ESTRATÉGIA PARA SUPERAÇÃO DAS PERMANÊNCIAS AUTORITÁRIAS E DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

The latin american ius commune and brazilian law: a strategy to overcome authoritarian permanencies and democratize criminal proceedings

Denise Luz^{1 2}

Universidade de Pernambuco (UPE)

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito processual penal e a jurisdição no Brasil; 2.1. As *permanências autoritárias* pós constituição democrática de 1988; 2.2. Devido processo penal e democracia: *justo processo* como direito humano; 3. O *Ius Commune* Latino-Americano; 3.1. O *Ius Commune* Latino-americano no Direito Brasileiro; 4. Conclusões; 5. Referências Bibliográficas.

Resumo: Este trabalho identifica um vínculo estreito entre processo penal e democracia, porque ele nunca é indiferente ou estático em relação ao regime político, o que justifica estudá-lo também sob enfoque constitucional. Porém, mesmo após a Constituição democrática de 1988, o Brasil persiste a sofrer com permanências autoritárias. Nessa ótica, a pesquisa se preocupa em superar esse autoritarismo, o qual se insere em uma conjuntura mais ampla, a latino-americana. Os países dessa região têm um passado em comum - colonialismo de exploração, escravidão de seres humanos e ditaduras civis-militares violentas - o qual não foi superado, apesar de todos contarem com ferramentas teóricas e instituições formais para tanto. A necessidade de sedimentar a democracia, efetivando garantias, impõe sejam avaliadas propostas capazes de interferir na realidade autoritária do processo penal brasileiro para alterá-la, adequando-lhe ao ambiente democrático. Por isso, investiga-se as recomendações do projeto teórico do *Ius Commune Latino-americano*, o qual, ciente da debilidade das instituições no Continente, busca desenvolver a democracia, o Estado de Direito e os direitos humanos, por meio de um constitucionalismo que interage direitos e garantias internas com as internacionais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Palavras-Chaves: *Ius Commune* latino-americano; instituições jurídicas; permanências autoritárias; controle de convencionalidade; justo processo.

Abstract: This work identifies a close link between criminal procedure and democracy, because it is never indifferent or static in relation to the political regime, which also justifies studying it under a constitutional approach. However, even after the democratic Constitution of 1988, Brazil persists in suffering from authoritarian permanencies. From this perspective, this study is concerned with overcoming this authoritarianism which is part of a broader context, the Latin American one. The countries in this region have a common past - exploitative colonialism, human enslavement and violent civil-military dictatorships - which has not been overcome, despite all having theoretical tools and formal institutions

¹Doutora e mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande Sul (PUCRS). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professora de Direito Penal e Processo Penal da Universidade de Pernambuco (UPE).

²"*Soy América Latina. Un pueblo sin piernas pero que camina*", Calle 13.

to do so. The need to consolidate democracy and making guarantees effective requires evaluating proposals capable of interfering with the authoritarian reality of the Brazilian criminal procedure in order to change it, adapting it to the democratic environment. Therefore, the theoretical project recommendations of the Latin American *Ius Commune* are investigated herein, which, aware of the weakness of institutions on the Continent, seeks to develop democracy, the rule of law and human rights through constitutionalism which interrelates internal rights and guarantees with the international ones of the Inter-American System of Human Rights.

Keywords: Latin American *Ius Commune*; legal institutions, authoritarian permanencies; conventionality control; due process.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho têm o intuito de contribuir para transformar a *práxis* do processo penal brasileiro, harmonizando-a com o espírito democrático instalado pela Constituição de 1988. Quer-se trazer às relações sociais a *força normativa da Constituição*³. Esta “depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*”⁴.

O país dispõe de uma “Constituição real” que se impõe e, por vezes, opõe-se à “Constituição Jurídica”⁵. Existem práticas institucionais que, independente do conteúdo das normas constitucionais, mantém-se em confronto com a normatividade constitucional. Percebe-se um largo distanciamento entre teoria e realidade na efetividade dos direitos no Brasil, em especial na Justiça criminal.

Este estudo objetiva identificar o porquê de o Brasil ainda não ter conseguido dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição democrática de 1988, especialmente as do processo penal; e buscar uma solução teórica capaz de interferir na realidade atual para superá-la.

Para tanto, inicia-se com uma breve análise histórica do direito processual penal no Brasil e a atuação da jurisdição criminal, identificando *permanências autoritárias* nas práticas institucionais mesmo após a Constituição democrática de 1988. Ainda na primeira seção, verifica-se a interrelação entre processo penal e democracia, assim como entre ambos e direitos humanos.

Na segunda seção, avilia-se a proposta do *Ius Commune Latino-Americano* e sua aptidão para persuadir a consolidação da democracia efetiva e de um direito processual penal em conformidade com a Constituição democrática no Brasil. Os pressupostos teóricos do *Ius Commune Latino-Americano*, seus objetivos e instrumentos de intervenção são estudados, para averiguar se esta teoria é capaz de atender a tais objetivos.

A metodologia empregada é da pesquisa bibliográfica e documental de avaliação qualitativa.

2. O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A JURISDIÇÃO NO BRASIL

O percurso histórico do processo penal brasileiro, em suas grandes linhas, registra notável caráter autoritário. Mesmo após a promulgação da Constituição democrática de 1988 – identificada política e teoricamente como *garantista* – a prática autoritária das agências estatais persiste até os dias atuais, destoando da normatividade.

³HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição*, tradução: FERREIRA MENDES. G., Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1991.

⁴HESSE, K. *A Força Normativa (...) Ob. Cit.*, p. 21.

⁵Hesse usa as expressões “Constituição Jurídica” para definir as disposições normativas da Constituição e “Constituição real” para designar as forças reais de poder, as da *Realpolitik*, que atuam na prática do sistema de justiça, independente das previsões normativas. Embora sempre vá existir tensão entre uma e outra, a eficácia da “Constituição jurídica” se reflete na sua coincidência com a “Constituição real”, ou seja, a coincidência da norma com as práticas de Estado. Se a “Constituição real” não é atingida pela “Constituição jurídica”, em outros termos, se ela é capaz de produzir efeitos determinantes exclusivamente por si, o que se tem é a negação da própria “Constituição jurídica”. In: HESSE, K. *A força normativa (...) Ob. Cit.*, pp. 9-11.

Vê-se que a realidade do direito processual penal no Brasil, tanto do ponto de vista legal infraconstitucional, como das práticas das instituições estatais encarregadas da justiça e da segurança, não se harmoniza normativamente com a "Constituição jurídica".

O principal instrumento legislativo que regula o processo penal no Brasil é o Código de Processo Penal (CPP) positivado pelo Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941, o qual entrou em vigor em 1º de Janeiro de 1942, inspirado no *Código Rocco*, o Código de Processo Penal italiano produzido pelo Ministro Rocco, durante o governo Mussolini. No plano constitucional, o país estava sob o comando da Constituição outorgada de 1937, inspirada na Constituição da Polônia, desenvolvida sob ideologia fascista, quando o país vivia um regime ditatorial denominado *Estado Novo*.

De 1946 a 1964⁶, o país teve uma breve experiência democrática entre períodos ditatoriais, mas as práticas da polícia política do Estado Novo se mantiveram. Em 31 de março de 1964, as forças armadas tomaram o poder político mediante uso da força, derrubando a ordem constitucional por meio de um golpe de Estado. Em 09 de abril do mesmo ano, o governo apresentou o primeiro ato institucional (AI), instrumento jurídico usado para fixação de um "poder constituinte originário", sob pretexto de ser resultado de uma "Revolução"⁷.

Os AIs foram os veículos jurídicos instrumentais utilizados para "legalizar" as ações do regime, criando regras novas e mantendo as antigas que não lhes fossem contrárias, viabilizando a mistura de normas anteriores, promulgadas em ambiente democrático – conforme Constituição de 1946, com normas autoritárias, dando aparência de normalidade e garantindo a continuidade. O próprio texto do primeiro AI previu a manutenção da Constituição naquilo que não lhe fosse contrária, ou seja, regrou que esta, a norma democrática, teria aplicação subsidiária em relação aquele, ato autoritário exclusivo do Poder Executivo.

A ditadura militar vigorou de 1964 a 1985 e foi, mediante a edição dos chamados atos institucionais, progressivamente, avançando no seu desiderato repressor de contensão da oposição⁸. O mais opressivo contra os direitos e garantias fundamentais^{9 10}, atingindo diretamente o processo penal, foi o AI5, de 13 de dezembro de 1968, que, dentre tantas restrições, suspendeu o exercício do *habeas corpus*, o que, na prática, deixou as pessoas submetidas à arbitrariedade de um Estado policial. O AI5 permaneceu vigente até 1978.

A ditadura que dominou o Brasil nesse período valeu-se, sobretudo, do direito penal e do processo penal (com a negação de um "Direito processual penal"), das polícias e demais agências de repressão para se impor pela força e pela violência. O incremento da criminalização de condutas, o fortalecimento das polícias políticas e o enfraquecimento do Direito Processual penal, além da violência de Estado institucionalizada marcaram esse período.

⁶A Constituição de 1946 retomou a linha democrática e restabeleceu direitos fundamentais. Em 1964, ocorreu o golpe militar que derrubou a ordem instituída e implantou uma ditadura.

⁷BRASIL. *Portal da Legislação. Atos institucionais*, disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/atos-institucionais>, acesso em: 03 out. 2022.

⁸Foram 17 Atos Institucionais de março de 1964 até outubro de 1969, quando entrou em vigor a nova Constituição outorgada.

⁹Importante esclarecer que, para este trabalho, *direitos, garantias e direito-garantia* tem o mesmo sentido. Sabe-se que esses termos recebem conceitos diversos e com matizes diversas, mas, para este artigo, essa distinção não é relevante. Isso, porque todas essas categorias possuem dignidade constitucional e convencional. Ver: SARLET, I.W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 12ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015, p. 186.

¹⁰Sarlet leciona que as "garantias fundamentais são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas as direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes." Daí, explica o autor, o sentido da expressão *direito-garantia*, já que esses dispositivos além de terem caráter instrumental, também "fundamentam posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas". Além disso é, muitas vezes, difícil identificar diferenças. In: SARLET, I.W. *A Eficácia dos (...) idem*.

Em janeiro de 1985, foi eleito o primeiro presidente civil após o golpe - ainda não pelo voto direto e universal, mas por um colégio eleitoral - o qual veio a falecer antes mesmo de tomar posse, o que elevou o vice-presidente à titularidade da Presidência da República. Durante o mandato deste, foi promulgada a Constituição atual, em 05 de outubro de 1988. Apesar de a nova Constituição ser advinda de um ambiente de euforia democrática, as instituições jurídicas anteriores foram, em geral, mantidas.

Posteriormente, advieram leis em matéria penal, tanto de direito material quanto processual, distanciadas ou até contrapostas ao espírito democrático de 1988¹¹. Persistiu a criação de leis infraconstitucionais de caráter subversivo aos ditames constitucionais, evidenciando que a lógica autoritária continuou orientando o parlamento, mesmo quando escolhido por eleições livres.

A Constituição democrática estabeleceu uma forma equilibrada de distribuição de forças na sociedade. No que toca ao processo penal, pode-se exemplificar a distribuição proporcional de forças entre o Estado acusador e o réu na previsão, dentre os direitos e garantias fundamentais, do devido processo legal (art. 5º, LIV), do estado de inocência (art. 5º, LVII), da ampla defesa (art. 5º, LV), do contraditório (art. 5º, LV), da prova lícita (art. 5º, LVI), do direito de não ser obrigado a se autoincriminar (art. 5º, LXIII), do juiz natural (art. 5º, XXXVII), da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), da gratuidade do habeas corpus (LXXVII), da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX), do direito de recorrer contra decisão condenatória (art. 5º, LV), da imutabilidade da decisão absolutória transitada em julgado (art. 5º, XXXVI), da proteção contra prisão arbitrária (art. 5º, LXI), e demais direitos e garantias constitucionais como o da fundamentação das decisões e da imparcialidade judicial (art. 93, IX), dentre outros. Como o réu é a parte *débil*¹² no processo penal, a Constituição lhe conferiu uma série de garantias na tentativa de equilibrar suas forças com o poder do aparato estatal acusador. No entanto, as relações fáticas entre os suspeitos ou acusados e as instituições estatais expõem a prevalência de fatores reais de poder sobre os fatores jurídico-constitucionais.

2.1. AS PERMANÊNCIAS AUTORITÁRIAS PÓS CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988

Em que pese tenha havido grande reforma normativa, não houve alterações institucionais profundas, fazendo com que as práticas autoritárias permanecessem sob a condução de um Poder Judiciário habituado a atuar repressivamente e não de modo protetivo. Isso permitiu que as normas técnicas do CPP, vigente desde 1942, instrumentalizassem a interpretação das normas constitucionais - de caráter não apenas técnico, mas fundamental - pelos tribunais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal (STEF). Vê-se que a realidade do direito processual penal no Brasil, tanto do ponto de vista legal infraconstitucional, como das práticas das instituições estatais encarregadas da justiça e da segurança, não se harmonizam normativamente com a "Constituição jurídica".

De fato, existe um "descompasso entre a *ratio legis* constitucional e a *ratio juris* que move o Poder Judiciário, fomentando a possibilidade de insegurança jurídica, à flexibilização desmedida e não ponderada de direitos e garantias e a configuração de um estado de exceção permanente no Brasil"¹³.

¹¹Um exemplo de legislações dessa ordem é a Lei que dispõe sobre os crimes hediondos, Lei 8.072/1990, a qual, inicialmente, previu que as penas para crimes como tais seriam cumpridas integralmente em regime fechado (art. 2º, § 2º), sem observar a exigência constitucional de progressão no cumprimento da pena. Esse entendimento permaneceu até 2006, quando tal dispositivo foi declarado inconstitucional pelo STF. In: STF. *Habeas Corpus 82.959-7 - SP*, disponível em: <http://www.stf.jus.br>, acesso em: 02 jan. 2023.

¹²FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 4ª ed., tradução: ANDRÉS IBÁÑEZ, P. & GREPPI, A., Trotta, Madrid, 2004.

¹³As colocações são de Nereu Giacomoli e Thiago Allison Cardoso de Jesus, baseados em Agamben. Cf. GIACOMOLLI, N.J. & CARDOSO DE JESUS, T.A. *Mentalidade Inquisitória e Mitigação de Garantias no Processamento Criminal pelo STF no Contexto dos 30 anos da Constituição*, in: RIBEIRO, L.G.G.; FREITAS, S.H.Z. & DE MOURA SOARES, V.M. (Coord), *Direito Penal, Processo Penal e Constituição*

Entende-se que essa negação da normatividade da Constituição na *Law in action*, sempre respaldada em discursos técnicos ocorre, principalmente, devido à fragilidade das instituições democráticas nacionais, à ausência de rupturas ou de reformas significativas quando das alterações de regimes, o que viabilizou *permanências autoritárias*^{14 15 16 17 18} durante os períodos democráticos.

Não houve qualquer ruptura *no* ou *do* Poder Judiciário quando da passagem do regime ditatorial para o democrático. Tampouco, houve reformas significativas capazes de impactar na cultura institucional estabilizada. Não houve sequer um processo de transição nessa estrutura de poder. Flávia Piovesan aponta que, embora a Constituição de 1988 tenha tutelado direitos fundamentais e introduzido importantes mecanismos para sua proteção, confiou sua guarda “ao antigo Supremo Tribunal Federal, marcado por uma ótica acentuadamente privatista e por uma herança jurisprudencial de tempos ditatoriais”¹⁹. Não houve alteração na composição dos Ministros, permanecendo nove ministros nomeados pelo regime ditatorial. Os últimos se aposentaram em 2003²⁰.

As mudanças institucionais no sistema de justiça se limitaram à criação do STJ e algumas alterações nos ritos e procedimentos, visando garantir mais celeridade ou “modernização”. Não houve alteração estrutural, já que as medidas se voltaram para redução das demandas, desafogamento dos cartórios e alterações em estruturas burocráticas. A mudança mais impactante ocorreu somente em 2004 com a Reforma do Poder Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45, que viabilizou um pouco de transparência na atuação dos juízes.

O Relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV) registra que notícias de graves violações de direitos humanos pela ditadura foram levadas ao conhecimento do STF. O documento estampa que ministros da Suprema Corte chegaram a reconhecer a prática da tortura por agentes estatais durante as prisões, quando dos debates em plenário sobre a validade da confissão obtida nessas condições na fase do inquérito policial, sem que jamais tenha sido determinada a apuração de responsabilidades por crime de tamanha gravidade. A investigação da CNV demonstra que, além de os ministros deixarem de tomar

II, CONPEDI, Florianópolis, 2018, disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/48xcmljs/GQp3GZ3N51xx97V7.pdf>, acesso em: 1 ago. 2022, p. 137.

¹⁴A noção de “permanência” é dada por Rui Cunha Martins. Devido à “permanência”, a mudança para o regime democrático não implica na total negação das ideias autoritárias anteriores. Ambos os paradigmas, autoritário e democrático, convivem concomitante, um não exclui o outro, porque as ideias não se apresentam historicamente de modo linear. A evolução histórica das ideias não se dá apenas por superação do modo de pensar, de forma que ideias contraditórias convivem no tempo. Cf. MARTINS, R.C. *A hora dos cadáveres adiados*. Corrupção, expectativa e processo penal, Atlas, São Paulo, 2013.

¹⁵Essa convivência no âmbito político e jurídico será mais intensa e mais longa se as mudanças de regime não decorrerem de rupturas ou não promoverem reformas significativas nas instituições que sustentaram o regime que se pretende superar. Ver também: PRADO, G. “A transição democrática no Brasil e o Sistema de Justiça Criminal”, vol. XVIII, pp. 33-50, *Galileu* (Lisboa), 2013.

¹⁶Sobre a convivência de práticas autoritárias com propostas democráticas, ver: MARTINS, R.C. *Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

¹⁷Sob outro enfoque (nota 16) ver: GLOECKNER, R.J. “Razões (?) do populismo punitivo”, *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, vol. 1, nº 71, pp. 102-116, Porto Alegre, dez-jan, 2011-2012.

¹⁸O trabalho de Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e de Andrea Ana do Nascimento apontam avanços na atividade policial desde 1988, no sentido de democratizar e profissionalizar as polícias, mas também denunciam que a transição democrática não se realizou nas instituições policiais, fazendo com que persistam práticas autoritárias durante o regime democrático. Cf. DE AZEVEDO, R.G. & DO NASCIMENTO, A.A. “Desafios da reforma das polícias no Brasil: permanência autoritária e perspectivas de mudança, Civitas”, *Revista de Ciências Sociais (Impresso)*, vol. 16, pp. 653-672, 2016.

¹⁹PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, 6ª ed., Saraiva, São Paulo, 2015, p. 137.

²⁰Informação contida na página oficial do Supremo Tribunal Federal (STF), STF. *Histórico das composições*, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/composicaoPlenaria/composicaoPlenariaAnterior.asp>, acesso em: 07 set. 2022.

qualquer providência para coibir tal prática, ainda admitiram que confissões obtidas sob tortura servissem para incriminar o acusado, caso fossem corroboradas por outras provas²¹.

Nenhum juiz de tribunal superior que tenha resistido à supressão dos direitos e liberdades permaneceu nas funções, porque foram todos cassados pelo Poder Executivo que centralizava o poder estatal²². Perduraram nos cargos somente os juízes que não se opuseram. A legalidade foi forjada pelo governo autoritário, dirigida pela doutrina da segurança nacional e, nesses moldes, sustentada pelo Poder Judiciário, em especial pelo STF.

Advinda a Constituição de 1988, o Poder Judiciário deu continuidade às suas práticas sem qualquer interferência de uma justiça de transição nem reformas institucionais significativas. Após 1988, novos procedimentos passaram a ter previsão legal e posturas opostas eram as esperadas, mas as atividades do sistema de justiça *permaneceram* aplicadas no mesmo espaço institucional pré-existente^{23 24}.

Vários exemplos poderiam ser apresentados, já que presentes à exaustão no dia-a-dia forense, mas traz-se, aqui, apenas um a título ilustrativo, já que diretamente relacionado com o objeto da pesquisa e de grande impacto na prática judicial nacional: a admissão pelo STF da execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado, o que implica, na prática, em uma “suspensão do estado de inocência”. O STF, em fevereiro de 2016, proferiu, por maioria, decisão diametralmente oposta à jurisprudência que vinha aplicando desde 2009, no sentido de que a presunção de inocência prevista constitucionalmente (e nos tratados internacionais de direitos humanos) não admitia que o provisoriamente condenado, ainda inocente segundo a Constituição, iniciasse a execução da pena privativa de liberdade antes que essa se tornasse definitiva²⁵.

Os votos favoráveis à mudança de orientação foram fundamentados em matéria de política criminal e em argumentos relativos aos efeitos recursais próprios do processo civil, para afirmar que a execução antecipada da pena não violaria o princípio constitucional do estado de inocência. Toda a produção doutrinária sobre o tema foi ignorada, sobretudo a respeito do conteúdo material de tal princípio-garantia – norma de tratamento, norma probatória e norma de julgamento^{26 27 28}. Sem qualquer preocupação quanto a essas dimensões do estado de inocência e em absoluto desprestígio às investigações acadêmicas e doutrinárias, a maioria dos ministros optou por alterar o significado do princípio para

²¹BRASIL. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*, vol. 1., dez. 2014, p. 957, disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo17/Capitulo%2017.pdf>, acesso em: 22 out. 2022.

²²À exemplo dos ministros Evandro Lins e Silva, Victor Nunes Leal e Hermes Lima. *In: STF. Regime militar: os anos difíceis do Supremo*, 2010, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124565>, acesso em: 07 set. 2022.

²³A definição de Justiça de Transição é dada pela ONU no Relatório do Secretário Geral ao Conselho de Segurança, de agosto de 2004 – Report of the Secretary-General, “The rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies”. *In: ONU. Conselho de Segurança*, disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/527647>, acesso em: 27 abr. 2023.

²⁴A compreensão da ONU para “justiça de transição” engloba um conjunto de ações e políticas públicas, objetivando a reparação dos danos deixados pelos períodos abusivos, autoritários e a evitação de repetição. Assim, a responsabilização judicial ou o perdão dos agentes de Estado responsáveis por crimes contra os direitos humanos, via, principalmente, leis de anistia, é apenas um dos aspectos da “justiça de transição”. A reforma das instituições autoritárias é outro aspecto importantíssimo desse processo transicional, exatamente para evitar que violências como tal não venham a se repetir. São fundamentais medidas como de reparação à vítima, reformas institucionais e memorialização.

²⁵STF. Habeas Corpus nº 126292/SP, Tribunal Pleno, Publicado em: 22/02/2016, disponível em: <https://portal.stf.jus.br>, acesso em: 27 abr. 2023.

²⁶Cf. GIACOMOLLI, N.J. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica*, Atlas, São Paulo, 2015.

²⁷DE MORAES, M.Z. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

²⁸BADARÓ, G.H. *Ônus da Prova no Processo Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

torná-lo correspondente às suas convicções. Em vez de o Poder Judiciário se servir da produção doutrinária, esta amadurecida mediante profunda reflexão - e na própria experiência nacional com a arbitrariedade - para a produção de decisões, ele resolveu criar sua própria doutrina a partir de um "marco zero", ou seja, como se o direito penal e processo penal não tivessem história.

Algumas forças capazes de proteger ou violar a Constituição não dão sinais de que pretendem render-lhe reverência²⁹. Há permanentemente uma luta entre as forças que possuem "*vontade de Constituição*"³⁰ e aquelas que se esforçam, ou pelo menos compactuam mediante o silêncio, para apartar a prática da teoria, ou seja, para divorciar as ações concretas do Estado daquilo que é sua obrigação, conforme ordenado na Constituição.

É possível "que o poder judiciário brasileiro tenha práticas, no atual regime democrático, tão ou mais autoritárias quanto as desempenhadas durante o regime autoritário"³¹. Isso, porque "as mesmas estruturas do Poder Judiciário podem ser igualmente movimentadas em contextos políticos diametralmente diversos"³².

É que "a violência estatal não cessa com a transformação apenas formal das estruturas do poder"³³, ou seja, com a transformação formal do regime de uma Constituição outorgada por uma ditadura para uma Constituição democrática construída por representantes eleitos pelo povo. A violência estatal empreendida no processo penal não cessou no Brasil.

A história não se desenvolve "por saltos", quando o surgimento de uma nova era implicaria no total rompimento com a anterior e plena superação de seus valores. Ao contrário, ao surgir um novo paradigma de pensamento, vivencia-se uma crise, enquanto o novo pretende se instalar definitivamente, mas é contido pelo velho que permanece conduzindo os rumos, ainda que com suas anomalias expostas³⁴. O pensamento jurídico-

²⁹Apenas à título de exemplo, cita-se artigo de autoria de dois Juízes Federais, um presidente da AJUFE e outro o juiz prevento para os casos que envolvem a conhecida "operação Lava-Jato"- a maior operação criminal promovida pelas agências estatais de justiça e segurança no Brasil até o presente, envolvendo, inclusive, dois ex-presidentes da República, senadores no exercício do cargo e outras autoridades - publicado no jornal O Estado de São Paulo, p. 2, edição de 29 de março de 2015, intitulado "O problema é o processo". Nesse artigo, os magistrados afirmam que o processo penal seria uma barreira ou empecilho a realização do direito penal material. Vê-se, pois, que dois juízes expoentes no cenário nacional não percebem o direito processual penal como algo necessário para um julgamento justo, mas como um mero instrumento desprovido de valor próprio para apenas legitimar formalmente a aplicação da pena estabelecida no direito penal material. Faz-se tal referência à posição desses dois magistrados unicamente em razão da sua representatividade decorrente da dimensão da Operação Lato-Jato, sem que isso signifique qualquer opinião sobre casos concretos.

³⁰Segundo Hesse "[...] a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - não só a *vontade de poder (WillezurMacht)*, mas também a *vontade de Constituição (WillezurVerfassung)*. Essa vontade de Constituição se origina de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que protege o Estado [aqui, acrescentaria que 'proteja as pessoas' mesmo contra o Estado] contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana", in: HESSE, K. *A Força (...) Ob. Cit.*, pp.19-20.

³¹A tese de doutorado de Vanessa Schinke contém valioso levantamento empírico e teórico que dá conta de provar tal afirmação. Cf. SCHINKE, V.D. *Judiciário e autoritarismo: regime autoritário (1964-1985), democracia, usos e abusos da memória institucional*, Tese em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015, p. 204.

³²SCHINKE, V.D. *Judiciário (...)*, *idem*.

³³DE OLIVEIRA, R.C. "Entre a permanência e a ruptura: o legado autoritário na condução de instituições políticas brasileiras e a justiça de transição", in: SILVA FILHO, J.C.M. (Org.), *Justiça de Transição no Brasil: violência, justiça e segurança*, EdiPUCRS, Porto Alegre, 2012, p. 333.

³⁴A ideia é baseada na proposta de Thomas Kuhm, in: KUHM, T. *A estrutura das revoluções científicas*, Editora Perspectiva, São Paulo, 2010.

científico de cunho autoritário está estabilizado no processo penal brasileiro, de modo que as propostas mais recentes para democratização do processo, rompendo com o paradigma hermético, precisam passar por um longo e complexo processo para se instalarem. A tendência é que a jurisprudência tentem articular novas situações dentro da estrutura paradigmática anterior.

Essa labuta para superar as práticas tão comuns nos tempos do regime militar e consolidar a nova era, a democrática, no Brasil, já perdura 35 anos (desde a promulgação da Constituição de 1988). Essa crise paradigmática do pensamento jurídico nacional tem no processo penal seu melhor refletor, já que é o ramo do direito mais marcado por um caldo cultural autoritário e também o mais desafiado para o combate democrático. James Goldschmidt já dizia que “a estrutura do processo penal de uma nação não é mais do que o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua constituição”³⁵.

2.2. *DEVIDO PROCESSO PENAL E DEMOCRACIA: JUSTO PROCESSO COMO DIREITO HUMANO*

Há uma relação de causa e efeito entre democracia e a efetividade do direito processual penal, porque este não pode mais ser estudado de forma totalmente independente dos direitos humanos. Há uma interligação direta e imediata entre democracia e direitos humanos, o que é inclusive confirmado por diversos acordos ou declarações internacionais, nas quais os países signatários assumem o compromisso de fazer da democracia o seu regime de governo e de zelar por sua manutenção. Para Rui Cunha Martins, o modelo processual é o modo instrumental de garantir a democracia³⁶.

Segundo Gérard Soulier, democracia e processo penal são unidades de significação distintas, mas se aproximam, pois “o processo penal não é estanque em relação ao sistema político”. A democracia é um regime político que estabelece o modo de aquisição do poder por escolha da maioria do povo em igualdade de condições e seu exercício pela enunciação da lei. O processo penal, em princípio, segue essa lei. A lei constitui o “lugar de interferência de ambos, mas por mecanismos diversos. A palavra democracia designa no enunciado o contexto no qual o processo penal deve ser considerado”, por isso tem-se como evidente que ele não pode ser concebido e interpretado do mesmo modo em um regime democrático e em um regime autoritário. Assim, mesmo sendo diferentes, democracia e processo penal se inter-relacionam³⁷.

Luigi Ferrajoli estabelece uma relação direta entre democracia e *garantismo* e expõe que os direitos fundamentais guarnecem o conteúdo da *democracia substancial*, a qual constituiu os limites positivos e negativos impostos ao exercício do poder da maioria que conforma a democracia formal^{38 39}.

A democracia pressupõe a possibilidade de contestar a autoridade. O processo penal é uma instituição de resistência à atuação punitiva do Estado pelo uso da palavra, escrita ou oral, e o modo como se viabiliza essa contestação é tão importante quanto o seu conteúdo.

A crise do direito processual penal no Brasil é também uma crise da sua frágil democracia e vice-versa. Para Bernard Edelman, está-se diante de “um certo deslocamento contemporâneo da universalidade proclamada pelos direitos do homem para a

³⁵GOLDSCHMIDT, J. *Princípios Gerais do Processo Penal*, tradução: MARTINS OLIVEIRA, H., Líder, Belo Horizonte, 2002, p. 71.

³⁶MARTINS, R.C. *O Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, pp. 92-94.

³⁷SOULIER, G. “A Igualdade de Palavra, Princípio da Democracia e do Processo Penal”, in: DELMAS-MARTY, M. (Org.), *Processo Penal e Direitos do Homem: rumo à consciência europeia*, tradução: DE FREITAS FRANCO, F., Manole, Barueri, 2004.

³⁸Cf. FERRAJOLI, L. “Fundamental Rights”, *International Journal for the Semiotics of Law*, Holanda, nº 14, pp. 1-33, 2001.

³⁹FERRAJOLI, L. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*, tradução: SALIM, A., et. al., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011.

universalidade confessada pela democracia"⁴⁰. Para o autor, os direitos humanos não são mais vistos como direitos, mas como organização política, como se aqueles já estivessem colocados, faltando consolidar a democracia como regime político. Assim, os direitos humanos não serviriam mais para fundamentar a democracia, mas sim esta é que serviria para preservá-los⁴¹. Para nós, trata-se de uma relação circular: os direitos humanos (ainda) fundamentam a democracia e esta também os preserva. Essa mesma equação vale para os direitos-garantias do processo penal.

Há uma espécie de juridicização da democracia, por meio de sua renovação em conceitos jurídicos, segundo Bernard Edelman. Assim, a democracia recebe eficácia jurídica a partir de categorias do direito, o que ele denomina "razão democrática" e que é também uma "razão jurídica". Tanto isso é verdade que o art. 29, c, da Convenção Americana de Direitos Humanos coloca a democracia como norma de interpretação de suas cláusulas. O Justo processo é, para nós, uma dessas categorias do direito que dão eficácia jurídica à democracia.

Há um mínimo exigido pela democracia, que vem a ser exatamente o contido nos tratados internacionais de direitos humanos que não pode ser derogado por nenhum Estado. Há interdição absoluta ao Estado. Para o autor, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos parece tentar "fazer da democracia um conceito jurídico eficaz"⁴².

Ao identificar essa relação entre processo penal e democracia, percebe-se que o regime democrático ainda está em consolidação no Brasil e que levará tempo para que as instituições estatais superem o autoritarismo profundamente arraigado. Ao relacionar democracia com direitos humanos e estes com garantias processuais penais, vislumbra-se no Direito Internacional dos Direitos Humanos um caminho para o fortalecimento das instituições e do Estado de Direito interno, já que, sozinho, o Brasil não conseguiu impor sua normatividade sobre os fatos e relações de poder, especialmente no sistema de justiça criminal.

Todas as convenções internacionais de direitos humanos previram garantias processuais penais no rol de direitos. Isso significa que esses direitos-garantias foram categorizados como direitos humanos, advindo daí todas as consequências jurídicas próprias de direitos dessa natureza como os critérios de interpretação que mais prestigiam os direitos humanos e pontos de não retorno.

O Brasil integra o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, cujo principal documento normativo é a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) que positivou as garantias processuais nos arts. 8º e 25. Assim, havendo violação aos direitos-garantias nele previstos, estar-se-á diante de um ilícito internacional punível. Vale lembrar que os direitos humanos foram reconhecidos a partir de consensos entre povos sobre aquele mínimo de direitos e garantias dos quais nenhum Estado poderia abrir mão e, se o fizesse, o direito internacional agiria para socorrer suas vítimas. Essas normas regionais expressam verdadeiro *standard* interpretativo de proteção dos direitos humanos construídos e amadurecidos por diferentes ordenamentos jurídicos nacionais, mas coincidente em todos como aquele mínimo irrenunciável que nenhum Estado democrático pode abrir mão.

O conjunto de garantias processuais previstos nos artigos 8º e 25 da CADH e art. 6º do Convênio Europeu de Direitos Humanos (CEDH) formam o que a jurisprudência de suas Cortes passou a denominar "Justo Processo". Um processo que não viabiliza concretamente o exercício dessas mínimas garantias não pode ser considerado um justo processo - fair trial.

No âmbito regional latino-americano, o direito ao justo processo pode ser compreendido como o direito ao devido processo legal (art. 5º LIV, da Constituição de 1988) de acordo com os requisitos mínimos previstos nos artigos 8º e 25 da CADH,

⁴⁰EDELMA, B. "Universalidade e Direitos do Homem", in: DELMAS-MARTY, M. (org.), *Processo Penal e Direitos do Homem: rumo à consciência europeia*, tradução: DE FREITAS FRANCO, F., Manole, Barueri, 2004, p. 122.

⁴¹EDELMA, B. "Universalidade (...)", idem.

⁴²EDELMA, B. "Universalidade (...)" *Ob. Cit.*, p. 132.

conforme interpretados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). O conteúdo de tais artigos é dado pela jurisprudência internacional dos direitos humanos⁴³.

O primeiro passo para a efetivação dessas garantias processuais no Brasil está na internacionalização da responsabilidade do Estado e sua obrigação de reparar o dano, mediante controle judicial internacional da Corte IDH. O segundo, é a internalização nacional dessa responsabilização, é o Estado assumir, por meio de seus órgãos, não só políticos, mas também jurídicos a responsabilidade de cumprir, efetivamente, na prática, as decisões internacionais e reparar os danos causados ao direito humano ao justo processo. Este trabalho foca-se no primeiro trecho desta caminhada, a internacionalização da responsabilidade do Brasil pela violação das garantias processuais penais.

Com esse objetivo, passa-se a estudar a proposta teórica do *Ius Commune Latino-Americano* e sua aptidão para transformar as práticas internas.

3. O IUS COMMUNE LATINO-AMERICANO

O desenvolvimento de um *ius commune latino-americano* é o objetivo de uma doutrina constitucional com enfoque regional, voltada para a realidade concreta vivida na América Latina. Esse pensamento foi edificado com base na experiência desses povos com a arbitrariedade e a violação sistemática dos direitos humanos, realidade comum a esses países, sobreviventes de colonialismo de exploração, escravagismo e ditaduras das décadas de 60 a 90 do século passado.

Seus representantes têm plena ciência e consciência de que a *debilidade do Direito e de suas instituições é traço marcante e comum dessa região do globo terrestre*^{44 45 46}. Sabe-se que os regimes autoritários conseguiram deixar seus genes ativos mesmo após as constituições democráticas, os quais são capazes de manter e reproduzir características que lhes são próprias, ainda que em *corpus* auto identificado e classificado cientificamente como democrático, o que descrevemos como *permanências autoritárias*⁴⁷. A *consciência da exclusão social e da fragilidade do Direito na Região estrutura o pensamento*.

Assim, ainda que a democracia seja o regime vigente na atualidade, com as instituições formalmente funcionando, a América Latina, como o Brasil especificamente, ainda padece das sequelas deixadas pelo autoritarismo. Com base nessa compreensão da realidade local, essa doutrina objetiva *fortalecer a democracia, o Estado de Direito e os Direitos Humanos*, o que procura fazer por meio da construção de um *constitucionalismo que integre os direitos e garantias internas com as interamericanas*.

O termo *ius commune* é de origem europeia. Ele surgiu em decorrência de interesses comuns de integrações econômicas. Posteriormente, com a evolução histórica, o termo passou a englobar também matéria de direitos humanos e opera, metodologicamente, por meio da integração estrutural-funcional. Diversamente do que ocorre com a doutrina do *ius commune* para a Europa, essa doutrina latino-americana não

⁴³Sobre "Justo Processo" ver: GIACOMOLLI, N.J. & LUZ, D. "Direito ao Justo Processo Criminal nos Diálogos entre a Jurisdição Brasileira e as Cortes Internacionais", in: SALDANHA, J.M.L. & PIOVESAN, F. (Orgs.), *Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*, 1ª ed., Gazeta Jurídica, vol. 1, pp. 507-539, Brasília, 2015.

⁴⁴BOGDANDY, A.V. "Ius Constitutional e Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", *Revista Derecho del Estado*, n. 34, Universidad Externado de Colombia, enero-jun. 2015, pp. 3-50.

⁴⁵PIOVESAN, Flávia. "Ius Constitucional e Commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos", in: BOGDANDY, A.V; ANTONIAZZI, M.M. & FIX-FIERRO, H. (Orgs.), *Ius Constitutional e Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades Y Desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/ Universidad Nacional Autónoma de México, Cidade do México, 2014.

⁴⁶ANTONIAZZI, M.M. "El Estado abierto como objetivo del Ius Constitutional e Commune: aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", in: BOGDANDY, A.V; ANTONIAZZI, M.M. & FIX-FIERRO, H. (Orgs.), *Ius Constitutional (...)*, *idem*.

⁴⁷Ver nota 14.

busca a integração estrutural-funcional dos sistemas jurídicos da Região. Segundo seus teóricos, *a integração somente pode funcionar se os ordenamentos domésticos se abrirem para o direito internacional*, principalmente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O Direito Constitucional de cada Estado deve se abrir para a interação normativa com outros ordenamentos e com o direito internacional comum na Região quanto à proteção de direitos humanos. Isso é requisito essencial para essa teoria.

Claro que não há homogeneidade plena na Região, mas todas as constituições democráticas trouxeram promessas que as instituições dos Estados latino-americanos não conseguiram colocar em prática, o que os inúmeros casos decididos pela Corte IDH confirmam. Assim, o que os teóricos dessa doutrina têm em comum, e isso os distingue dos europeus, é *“la ‘sed de materialización garantista’ de estas constituciones”*⁴⁸. Todos querem ver as garantias concretizadas na *praxe*.

Evidentemente, deve-se aproveitar a experiência europeia, mas não apenas para receber conhecimento e, sim, para produzi-lo em uma via de múltiplos sentidos, com trocas de experiências. As instituições europeias, sobretudo dos países tradicionalmente estudados pelo Brasil, são bem mais sólidas, fortalecidas e mais inclusivas que as latino-americanas. A América Latina deve adotar uma teoria baseada na sua historicidade e nas características de suas instituições, que seja capaz de inferir na realidade para alterá-la. Essa intenção volta-se para atender uma necessidade histórica de curar as instituições em sociedades marcadas pela exclusão de um grande número de pessoas. O contexto latino-americano é de exclusão social, política e jurídica.

Por tudo isso, uma proposta de trabalho para os países da América Latina deve levar em conta as instituições nacionais e regionais com suas fragilidades, justificando-se a existência de uma instituição internacional ou supranacional forte e livre dos vícios e fraquezas das instituições nacionais, que possa encorajar e até persuadir os Estados a observarem a normatividade do Direito orientada por princípios democráticos comuns expressos nas convenções internacionais de direitos humanos.

Nesse contexto, *o Sistema Interamericano de Direitos Humanos constitui o centro normativo desse conceito*. Trata-se de uma proposta teórica com objetivos transformadores da realidade empírica. A matéria-prima da teoria está na realidade da aplicação do direito. A análise teórica desses elementos *“conta uma tradição de mais de duzentos anos de constitucionalismo nesses países, o que significa dizer que a experiência da Região nesta matéria é mais extensa do que a de muitos Estados europeus e que a maior parte dos países do mundo”*⁴⁹, o que corrobora a possibilidade e adequação de uma teoria própria para as Américas.

A doutrina do *ius commune* latino-americano *rompe com os meios tradicionais de estudar o Direito do Estado*, porque este, em geral, é tratado academicamente divorciado do direito internacional. Deve ser afastada *“a compartimentalização, teórica e estática da doutrina clássica, entre o direito internacional e o direito interno, em nossos dias, com a interação dinâmica entre um e outro neste âmbito de proteção”*⁵⁰. Rejeita-se a compreensão do sistema jurídico interno como endógeno e autorreferenciado.

O *ius commune latino-americano* é um *método* para fortalecer a democracia em cada Estado, o qual se opera pela *integração dinâmica do direito doméstico ao direito internacional de dentro para fora, ou seja, partindo de cada Constituição que positivamente admite e legitima a abertura*, como, por exemplo, faz o art. 5º, § 2º e § 3º⁵¹, da

⁴⁸BOGDANDY, A.V. “Ius Constitutional e Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, n. 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015, pp. 3-50.

⁴⁹BOGDANDY, A.V. “Ius Constitutional (...)”, *idem*.

⁵⁰TRINDADE, A.C. “A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos”, in: TRINDADE, A.A.C. (Ed.), *A Incorporação das Normas Internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*, Instituto Interamericano de Direitos Humanos, San José de Costa Rica, 1996, p. 235.

⁵¹§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos

Constituição do Brasil. Os instrumentos disponíveis para essa integração são: 1) controle de convencionalidade, 2) bloco de constitucionalidade, e 3) diálogos entre cortes – *cross fertilization*.

3.1. O IUS COMMUNE LATINO-AMERICANO NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Brasileira de 1988 previu a abertura do ordamento interno para o direito internacional dos direitos humanos, em uma integração dinâmica, no art. 5º, § 2º e § 3º, garantindo o *controle de convencionalidade* de normas e atos internos pela Corte IDH, assim como pelos próprios tribunais nacionais.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi firmada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) em novembro de 1969, entrando em vigor em 1978, à qual o Brasil aderiu em setembro de 1992. Por meio do Decreto nº 678, de 05 de novembro de 1992, o Brasil ratificou o Pacto, comprometendo-se perante as comunidades nacional e internacional a respeitar e oferecer garantias para que os direitos nele previstos fossem observados no âmbito de sua soberania⁵².

Em 21 de outubro de 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89, o Brasil reconheceu “a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento” (art. 1º). Em 10 de dezembro do mesmo ano, o Brasil depositou a carta de reconhecimento da competência contenciosa da Corte na Organização dos Estados Americanos⁵³. No ano 2002, o Decreto do Poder Executivo nº 4.463, de 08 de novembro, torna obrigatória a competência da Corte IDH, como reconhecida no Decreto Legislativo nº 89, de 1998, no âmbito interno.

Assim, as normas previstas na CADH são impositivas e dirigentes para o Brasil, sob pena de o Estado brasileiro ser sancionado internacionalmente por violação de direitos que, livremente, no exercício de sua soberania, obrigou-se a respeitar. Na mesma linha, o país está subordinado à jurisdição da Corte IDH.

A prevalência dos direitos humanos sobre quaisquer outros está também prevista no art. 4º, II, da Constituição, o que reforça a tese de que ao conflito entre a norma constitucional e a do tratado internacional sobre direitos humanos deve-se aplicar a regra que mais prestigia os direitos da pessoa. Além disso, a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III) é *fundamento* da República e, por isso, “impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988”⁵⁴.

votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”. In: BRASIL. *Constituição*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 05 mai. 2023.

⁵²É notável que o Brasil tenha aderido ao Pacto internamente mais de 20 anos após a Conferência Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em San Jose, na Costa Rica, entre 07 e 22 de novembro de 1969, embora tenha participado dela por meio de representantes. Isso é bastante compreensível na medida em que o Ordenamento jurídico interno estava sob a autoridade do AI5, desde dezembro de 1968. Com o país sofrendo a violência de uma ditadura bastante repressiva e violadora de direitos humanos, como tem revelado o trabalho da Comissão Nacional da Verdade, evidentemente não havia interesse dos governantes em tornar o Pacto de São José eficaz.

⁵³Carta de reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos: “O Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração”. In: CIGH, *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*, disponível em: http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm, acesso em: 15 jul. 2022.

⁵⁴PIOVESAN, F. “Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF”, *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, disponível em: <http://www.reid.org.br/?CONT=00000034>, acesso em: 18 jul. 2022.

Para o Brasil, a harmonização entre ambas as ordens jurídicas não decorre de uma preferência interpretativa subjetiva, mas de normas jurídicas: dos artigos 4º, II, 5º, § 2º e § 3º da Constituição e do art. 29 combinados com os artigos 1º e 2º, todos da CADH, além dos atos normativos infraconstitucionais de internalização das regras interamericanas. Note-se que a violação de um direito consagrado nacionalmente pode implicar também em um ilícito internacional e vice-versa (art. 29 e art. 1º da CADH c/c art. 4º, II, e art. 5º, § 2º e § 3º da CF), o que reforça a competência do juiz nacional para aplicar as normas da convenção ao caso *sub judice* e do juiz interamericano de invocar a norma doméstica em sobreposição ao Pacto internacional. Em ambas as hipóteses, haverá *controle de convencionalidade*.

Segundo a posição do STF, a norma do § 2º do artigo 5º da Constituição abre o ordenamento interno para o sistema internacional, conferindo caráter de *supralegalidade* a todas as normas internacionais de direitos humanos incorporadas ao ordenamento jurídico doméstico que não seguirem o rito do § 3º do mesmo artigo. Já as normas que adotarem tal rito serão consideradas de estatura constitucional, passando a integrar o *bloco de constitucionalidade* brasileiro com todas as consequências disso decorrentes⁵⁵.

A abertura da ordem interna à irrigação pelas normas internacionais permite que os tratados internacionais de direitos humanos possam compor o *Bloco de Constitucionalidade*, nos termos do art. 5º, § 3º, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Nos termos deste dispositivo, novos direitos são incorporados ao catálogo de direitos fundamentais, como ocorreu, primeiramente com os direitos previstos na Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, introduzida no ordenamento interno por meio do Decreto 6.949/2009 e, posteriormente, com outros tratados.

A noção de *bloco de constitucionalidade* consiste no conjunto normativo que configura a estrutura constitucional. Os elementos referenciais que compõem o bloco de constitucionalidade subordinam toda a ordem jurídica interna⁵⁶. Ele é formado por um conjunto de diplomas normativos que atua como parâmetro de controle de constitucionalidade⁵⁷.

Para o STF, compreender o que seja bloco de constitucionalidade é fundamental para verificação da constitucionalidade ou não de leis e atos estatais, porque as normas componentes do bloco é que vão servir de referência paradigmática para exercício do controle vertical⁵⁸. A noção de bloco de constitucionalidade permite conferir interpretação sistemática ao conjunto normativo global aplicável.

Reconhecer que uma norma protetora dos direitos humanos integra o *bloco de constitucionalidade* implica em: 1) reconhecê-la como referência de confronto, concorrendo com as normas constitucionais; 2) reconhecer que as normas do tratado internacional se sobrepõem em relação à legislação nacional infraconstitucional; 3) os direitos e garantias previstos nos tratados internacionais podem ser protegidos por uma das ações constitucionais domésticas, como ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de constitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental e mandado de injunção. É o caso da Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência referida acima. Os direitos previstos nesta são equivalentes às normas constitucionais no Brasil, integrando o bloco de constitucionalidade.

Já a CADH foi internalizada no Brasil antes da Emenda Constitucional nº 45, da introdução do § 3º ao artigo 5º à Constituição, não seguindo, obviamente o rito nele previsto. Por isso, ela não integra o *bloco de constitucionalidade* brasileiro segundo

⁵⁵STF. *Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.971/RO*, Unânime, Tribunal Pleno, disponível em: www.stf.jus.br, acesso em: 03 mai. 2023.

⁵⁶STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 595/ES*, Decisão Monocrática, disponível em: www.stf.jus.br, acesso em: 03 abr.2023.

⁵⁷SARLET, I.W. *A reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: algumas notas sobre o novo § 3º do art. 5º da Constituição*, disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n9/1.pdf>, acesso em: 18 jul. 2022.

⁵⁸STF. *Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.971/RO*, Unânime, Tribunal Pleno, disponível em: www.stf.jus.br, acesso em: 03 mai. 2023.

entendimento do STF. A mais alta corte do país confere aos tratados internacionais de direitos humanos que não integram o bloco de constitucionalidade, como a CADH, hierarquia de normas *supralegais*, posicionando-lhes abaixo da Constituição e acima das leis ordinárias⁵⁹. É por isso que, mesmo estando abaixo da Constituição, deve-se admitir que ela impõe parâmetros e limites às normas ordinárias dos códigos processuais e serve de parâmetro de controle das normas infraconstitucionais e atos estatais. Logo, o Código de Processo Penal precisa ser interpretado à luz da CADH.

Além disso, como a maioria das constituições ibero-americanas, a brasileira também reproduziu muito dos direitos humanos previstos internacionalmente na CADH (arts. 8º e 25) dentre o catálogo de direitos e garantias fundamentais pertinentes. Tem ocorrido uma constitucionalização do direito penal e processual penal que tem reforçado a tutela de determinados direitos e garantias⁶⁰, assim como tem havido uma *convencionalização*.

Se os mesmos direitos fundamentais são previstos tanto na Constituição brasileira, quanto na CADH e esta tem hierarquia infraconstitucional, ela não pode impor controle vertical sobre aquela, mas suas previsões podem servir de parâmetro interpretativo no sentido que a Corte IDH lhe atribui. Isso porque é competência da Corte IDH interpretar a CADH, o que torna as decisões desta manancial teórico importante para interpretação de indêntico direito fundamental previsto na Constituição brasileira. Não só as normas positivas na CADH são relevante para o *Ius Commune Latino-americano*, mas também a interpretação que a Corte IDH lhes dá na aplicação a casos concretos.

A jurisprudência nacional precisa dialogar com a jurisprudência da Corte IDH e de outros tribunais constitucionais latino-americanos, absorvendo sua doutrina para conferir densidade aos direitos e garantias previstos tanto na norma internacional como na Constituição. Nesse ponto específico, não se trata de internalizar as normas da CADH em nível constitucional, mas de sedimentar e fortalecer as próprias garantias constitucionais, reconhecendo-lhes conteúdo mínimo quando essas mesmas garantias estiverem também previstas em pactos internacionais.

A vantagem é que os tribunais internacionais de direitos humanos estão bem mais avançados no desenvolvimento de uma doutrina substancial para esses direitos-garantias do que a jurisprudência doméstica. Assim, mesmo sendo o entendimento do STF de que a CADH não tem hierarquia constitucional, a interpretação que lhe é dada pela Corte IDH quanto ao conteúdo dos direitos e garantias processuais deve ser adotada para preencher de conteúdo próprio essas mesmas garantias processuais previstas na Constituição.

Observa-se que, neste ponto, não está em jogo o confronto entre a norma constitucional e a norma da CADH, já que ambas preveem o mesmo direito-garantia. A distinção está na interpretação e aplicação dada pelos diferentes tribunais. Nesse caso, o meio de proteção e controle da efetividade dos direitos-garantias humanos do processo penal se dá pelo *diálogo entre cortes*.

Na medida em que, mesmo colocando as normas da CADH abaixo da Constituição, seja adotada jurisprudência da Corte IDH para preencher lacunas compreensivas de sentido quanto ao conteúdo de direitos e garantias processuais previstos tanto na CADH como na Constituição, o controle desses, no âmbito doméstico, fica sob tutela do STF, porque, em última análise, é o conteúdo da própria norma constitucional que está sendo apreciado.

Percebe-se, pois, a imperatividade de uma dinâmica dialógica permanente entre as ordens interna e regional, pois "existe una intrínseca interrelación entre el análisis del derecho internacional y de derecho interno"⁶¹. A norma internacional vai penetrar o

⁵⁹STF. *Julgamento conjunto do Recurso Extraordinário 349.703, do Habeas Corpus 87.585, do Habeas Corpus 92.566 e do Recurso Extraordinário 466.343*, disponível em: www.stf.jus.br, acesso em: 29 dez. 2022.

⁶⁰ARMENTA DEU, T. *Sistemas Procesales Penales: la justicia penal em Europa y América – Un camino de ida y vuelta?*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

⁶¹Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (26/11/2010). In: CIDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, disponível em:

ordenamento doméstico, nutrindo a hermenêutica nacional, densificando o conteúdo das normas de direitos fundamentais⁶². Por outro lado, o ordenamento interno vai alimentar a hermenêutica internacional para expandir o âmbito de aplicação de cada direito, sempre buscando a máxima proteção.

As normas da CADH, ao contrário de fragilizar o sistema interno lhe fortalecem, porque alcançam mais uma ferramenta aos juízes nacionais para garantir direitos. Nesse sentido, a mundialização da justiça pode ser vista como dimensão do direito doméstico, que o reforça e o empodera, e não o faz desaparecer na sua singularidade⁶³.

4. CONCLUSÕES

Este estudo constatou que a democratização do Brasil, na Constituição de 1988, não foi suficiente para superar as *permanências autoritárias* do sistema de justiça criminal brasileiro.

Isso, porque, como provado, a realidade mostra que as instituições nacionais em geral têm se mostrado incapazes de fazer a própria Constituição se impor sobre os fatos que lhe são contrários. Viu-se que as práticas autoritárias das agências estatais permaneceram, destoando da normatividade *garantista* da Constituição. É essa cultura autoritária das instituições que explica o fato de o Brasil não ter conseguido dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição democrática de 1988, especialmente as do processo penal.

Essa fragilidade das instituições internas fez com que se identificasse a necessidade de buscar um caminho para além das fronteiras brasileiras, mas sempre com absoluto respeito à soberania nacional e à independência do Poder Judiciário local.

Focando-se nas características do Brasil como país em desenvolvimento e herdeiro de ditaduras, onde existem questões locais muito distintas das experiências dos países europeus, defende-se a adoção do *Ius Commune latino-americano*, para construir uma doutrina da convencionalidade a ser observada e fortalecida em toda a América Latina. Nossa crença na unificação de critérios comuns mínimos – standards mínimos de proteção – para definição material das garantias processuais penais – aqui estudadas como direitos humanos, criada no diálogo entre Cortes nacionais e internacionais, é que nos faz defender a adoção dessa teoria. É a fragilidade das instituições democráticas nas Américas que exige esse esforço conjunto para *desenvolver democracia na Região por meio do Direito*.

O uso dos instrumentos do *ius commune* latino-americano como o controle de convencionalidade, bloco de constitucionalidade e o diálogo de fontes (*cross-fertilization*) quando do julgamento de casos criminais, é capaz contribuir para o amadurecimento democrático da processualística penal brasileira.

Para este trabalho, a proposta do *Ius Commune Latino-Americano* é identificada não apenas como uma teoria, mas como uma estratégia de intervenção na realidade, objetivando alterá-la, para superar as permanências autoritárias das instituições nacionais e permitir a democratização efetiva do processo penal.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTONIAZZI, M.M. "El Estado abierto como objetivo del Ius Constitucional e Commune: aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", in: BOGDANDY, A.V; ANTONIAZZI, M.M. & FIX-FIERRO, H. (Orgs.), *Ius Constitutional e Commune en América Latina*. Rasgos, Potencialidades y Desafíos,

https://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es&nId_Estado=6, acesso em: 01 jun. 2022.

⁶²FELDENS, L. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 100.

⁶³GARAPON, A. & ALLARD, J. *Os Juízes na Mundialização: A Nova Revolução do Direito*, Instituto Piaget, Lisboa, 2006, p. 36.

- Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, Cidade do México, 2014.
- ARMENTA DEU, T. *Sistemas Procesales Penales: la justicia penal em Europa y América – Un camino de ida y vuelta?*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- BADARÓ, G.H. *Ônus da Prova no Processo Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.
- BOGDANDY, A.V. "Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador", *Revista Derecho del Estado*, nº 34, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- BRASIL. *Atos institucionais*, disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/atos-institucionais>, acesso em: 03 out. 2022.
- BRASIL. *Constituição*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 05 mai. 2023.
- BRASIL. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*, vol. 1, disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo17/Capitulo%2017.pdf>., acesso: 10 mar. 2023.
- CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos - *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es&nId_Estado=6, acesso em: 01 jun. 2022.
- DE AZEVEDO, R.G. & DO NASCIMENTO, A.A. "Desafios da reforma das polícias no Brasil: permanência autoritária e perspectivas de mudança", *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, vol. 16, nº 4, pp. 653-672, Porto Alegre, 2016.
- DE MORAES, M.Z. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- DE OLIVEIRA, R.C. "Entre a permanência e a ruptura: o legado autoritário na condução de instituições políticas brasileiras e a justiça de transição", in: SILVA FILHO, J.C.M. (Org.), *Justiça de Transição no Brasil: violência, justiça e segurança*, EdIPUCRS, Porto Alegre, 2012.
- EDELMAN, B. "Universalidade e Direitos do Homem", in: DELMAS-MARTY, M. (org.), *Processo Penal e Direitos do Homem: rumo à consciência europeia*, tradução: DE FREITAS FRANCO, F., Manole, Barueri, 2004.
- FELDENS, L. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.
- FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 4ª ed., tradução: ANDRÉS IBÁÑEZ, P. & GREPPI, A., Trotta, Madrid, 2004.
- _____. "Fundamental Rights", *International Journal for the Semiotics of Law*, Holanda, nº 14, pp. 1-33, 2001.
- _____. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*, tradução: SALIM, A., et al., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011.
- GARAPON, A. & ALLARD, J. *Os Juízes na Mundialização: A Nova Revolução do Direito*, Instituto Piaget, Lisboa, 2006.
- GIACOMOLLI, N.J. & DE JESUS, T.A.C. Mentalidade Inquisitória e Mitigação de Garantias no Processamento Criminal pelo STF no Contexto dos 30 anos da Constituição, in: RIBEIRO, L.G.G; FREITAS, S.H.Z. & DE MOURA SOARES, V.M. (Coord)., *Direito Penal, Processo Penal e Constituição II*, CONPEDI, Florianópolis, 2018, disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/48xcmljs/GQp3GZ3N51xx97V7.pdf>, acesso em: 01 ago. 2018.
- GIACOMOLLI, N.J. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*, 2º ed., Atlas, São Paulo, 2015.
- GIACOMOLLI, N.J. & LUZ, D. "Direito ao Justo Processo Criminal nos Diálogos entre a Jurisdição Brasileira e as Cortes Internacionais", in: SALDANHA, J.M.L. & PIOVESAN, F. (Org.), *Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*, 1ª ed., Gazeta Jurídica, Brasília, 2015, vol. 1, pp. 507-539.

- GLOECKNER, R.J. "Razões (?) do populismo punitivo", *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, vol. 1, nº 71, pp. 102-116, Porto Alegre, dez-jan, 2011-2012.
- GOLDSCHMIDT, J. *Princípios Gerais do Processo Penal*, tradução: MARTINS OLIVEIRA, H., Líder, Belo Horizonte, 2002.
- HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição*, tradução: FERREIRA MENDES, G., Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1991.
- KUHM, T. *A estrutura das revoluções científicas*, Perspectiva, São Paulo, 2010.
- MARTINS, R.C. *A hora dos cadáveres adiado: Corrupção, expectativa e processo penal*, Atlas, São Paulo, 2013.
- _____. *Ponto Cego do Direito: The Brazilian Lessons*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- ONU. Conselho de Segurança – Relatório do Secretário Geral ao Conselho de Segurança, de agosto de 2004 – Report of the Secretary-General, in: *The rule of Law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/527647>, acesso em: 27 abr. 2023.
- PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, 6ª ed., Saraiva, São Paulo, 2015.
- _____. "Ius Constitucional e Commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos", in: BOGDANDY, A.V; ANTONIAZZI, M.M. & FIX-FIERRO, H. (Orgs.), *Ius Constitucional e Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades Y Desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas/ Universidad Nacional Autónoma de México, Cidade do México, 2014.
- _____. "Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF", *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, disponível em: <http://www.reid.org.br/?CONT=00000034>, acesso em: 18 jul. 2022.
- PRADO, G. A transição democrática no Brasil e o Sistema de Justiça Criminal, vol. XVIII, pp. 33-50, *Galileu* (Lisboa), 2013.
- SALDANHA, J.M.L. "Bloco de constitucionalidade em matéria de garantias processuais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional e estrutural 'hipermoderno' de processo rumo à construção de um direito processual internacional dos direitos humanos", in: STRECK, L.L; ROCHA, L.S. & CALLEGARI, A.L. (Orgs.), *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*, Livraria do advogado, Porto Alegre, 2010.
- SARLET, I.W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 12ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015.
- _____. "A reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: algumas notas sobre o novo § 3º do art. 5º da Constituição", disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n9/1.pdf>, acesso em: 18 jul. 2022.
- SCHINKE, V.D. *Judiciário e autoritarismo: regime autoritário (1964-1985), democracia, usos e abusos da memória institucional*, Tese de Doutorado em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.
- SOULIER, G. "A Igualdade de Palavra, Princípio da Democracia e do Processo Penal", in: DELMAS-MARTY, M. (Org.), *Processo Penal e Direitos do Homem: rumo à consciência europeia*, tradução: DE FREITAS FRANCO, F., Manole, Barueri, 2004.
- STF. *Histórico das composições*, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/composicaoPlenaria/composicaoPlenariaAnterior.asp>, acesso em: 07 set. 2022.
- _____. *Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.971/RO*, disponível em: www.stf.jus.br, acesso em: 03 mai. 2023.
- _____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 595/ES*, disponível em: www.stf.jus.br, acesso em: 03 abr. 2023.
- _____. *Habeas Corpus nº 126.292/SP*, disponível em: www.stf.jus.br, acesso em: 02 abr. 2023.
- _____. *Julgamento conjunto do Recurso Extraordinário 349.703, do Habeas Corpus 87.585, do Habeas Corpus 92.566 e do Recurso Extraordinário 466.343*, disponível em: www.stf.jus.br, acesso em: 29 dez. 2022.

- _____. *Habeas Corpus 82.959-7 – SP*, disponível em: <http://www.stf.jus.br>, acesso em: 02 jan. 2023.
- TRINDADE, A.A.C. "A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos", in: TRINDADE, A.A.C. (Ed.), *A Incorporação das Normas Internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*, Instituto Interamericano de Direitos Humanos, San José de Costa Rica, 1996.