



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
FACULDADE DE DIREITO

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NOS
CASOS DE PRISÃO EM FLAGRANTE: REALIDADE OU UTOPIA?

MARIA APARECIDA DA SILVA CORRÊA

RIO DE JANEIRO - RJ
2020

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NOS
CASOS DE PRISÃO EM FLAGRANTE: REALIDADE OU UTOPIA?

MARIA APARECIDA DA SILVA CORRÊA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Siddharta Legale.

RIO DE JANEIRO - RJ

2020

CIP - Catalogação na Publicação

C824c CORRÊA, MARIA APARECIDA DA SILVA
O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E AS AUDIÊNCIAS
DE CUSTÓDIA NOS CASOS DE PRISÃO EM FLAGRANTE:
REALIDADE OU UTOPIA? / MARIA APARECIDA DA SILVA
CORRÊA. -- Rio de Janeiro, 2020.
108 f.

Orientador: Siddharta Legale.
Coorientador: David Pereira Araújo.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Direitos Humanos. 2. Controle de
Convencionalidade. 3. Audiência de Custódia. 4.
Prisão em Flagrante. I. Legale, Siddharta, orient.
II. Pereira Araújo, David, coorient. III. Título.

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NOS
CASOS DE PRISÃO EM FLAGRANTE: REALIDADE OU UTOPIA?

MARIA APARECIDA DA SILVA CORRÊA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Siddharta Legale.

Data da Aprovação: 09 de novembro de 2020

BANCA EXAMINADORA

Orientador Siddharta Legale

Co-orientador David Pereira Araújo

Caio Paiva

Junya Rodrigues Barletta

Dedico este trabalho aos meus filhos e meu marido que me incentivaram a nunca desistir.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus orientadores Professores Siddharta Legale e David Araújo pela colaboração no desenvolvimento desta pesquisa.

RESUMO

O presente trabalho analisa a evolução do controle de convencionalidade na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a sua aplicabilidade nas audiências de custódia decorrentes de prisões em flagrante. Para melhor exposição do tema, a pesquisa utiliza o método descritivo, com tratamento qualitativo dos dados, a partir da revisão de literatura existente, incluindo livros, produções acadêmicas e pesquisas produzidas por organizações e entidades. O primeiro capítulo apresenta, em síntese, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, seu surgimento, sua evolução histórica e sua composição atual, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Analisa também a Convenção Americana de Direitos Humanos, um dos principais tratados de direitos humanos no âmbito da América Latina a servir como paradigma do controle de convencionalidade. O segundo capítulo examina o surgimento da doutrina do controle de convencionalidade, sua evolução conceitual e aplicabilidade pelos Estados. Demonstra que o controle de convencionalidade é uma doutrina que não possui um conceito estático, pois sua conformação é alterada em decorrência das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O terceiro e último capítulo, sob o olhar do controle de convencionalidade, mostra de que maneira a apresentação, perante um juiz, das pessoas presas em flagrante vem acontecendo no Brasil. Além disso, analisa a jurisprudência da Corte Interamericana sobre as violações a tal direito na América Latina. O resultado da pesquisa revela que o controle de convencionalidade não é aplicado pelos atores do sistema de justiça criminal brasileiro. Em verdade, estão muito distantes de atuarem neste sentido, demonstrando desconhecimento e até mesmo desprezo pelo bloco de direitos humanos e acervo jurisprudencial da Corte Interamericana. O direito à liberdade como regra é constantemente violado, priorizando-se a prisão em massa de uma parcela da sociedade marcada pelo racismo estrutural. O controle de convencionalidade, na atual forma definida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, é uma utopia no sistema penal brasileiro, uma teoria ignorada por aqueles que deveriam aplicá-la. A pesquisa contribuiu, ainda, para alertar sobre um estado de coisas inconveniente que vem ocorrendo no contexto das audiências de custódia nos casos de prisão em flagrante. No entanto, a adoção de medidas objetivando a criação de uma cultura universal dos direitos humanos internamente pode mudar esse cenário. Uma cultura na qual se reconheça a primazia de tais direitos e na qual o controle de convencionalidade deixe de ser uma teoria e comece a ser efetivamente praticado.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade. Audiência de custódia. Prisão em flagrante.

ABSTRACT

This paper analyzes the evolution of the control of conventionality within the case law of the Inter-American Court of Human Rights and its applicability in custody hearings resulting from arrests in flagrante. For a better presentation of the subject, the research uses the descriptive method, with qualitative treatment of data, based on the review of the existing literature, including books, academic productions and research produced by organizations and entities. The first chapter summarizes the Inter-American Human Rights System—its appearance, historical evolution and current composition through the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights. It also analyzes the American Convention on Human Rights, one of the main human rights treaties in Latin America to serve as a paradigm of the conventionality control. The second chapter examines the emergence of the doctrine of conventionality control, its conceptual evolution and its applicability in States. It demonstrates that the control of conventionality is a doctrine that does not have a static concept because, its conformation changes according to the judgements by the Inter-American Court of Human Rights. The third and last chapter, under a view of conventionality control, shows how the presentation of people arrested *in flagrante* before a judge has been happening in Brazil and how the Inter-American Court has positioned itself on violations of this right in Latin America. The result of the research shows that the players in the Brazilian criminal justice system do not apply the control of conventionality. Actually, they are a long way from acting in this sense, revealing ignorance and even contempt for the human rights bloc and the case law of the Inter-American Court of Human Rights. The right to freedom as a rule is constantly violated, giving priority to the mass arrest of a portion of the society marked by structural racism. The control of conventionality, in the current form defined by the Inter-American Court of Human Rights, is a utopia in the Brazilian penal system, a theory ignored by those who should apply it. The research also contributed to alert about an unconventional state of affairs that has been occurring in the context of custody hearings, in cases of arrest in flagrante. However, the adoption of measures to create a universal human rights culture internally can change the current scenario. A culture in which the primacy of such rights is recognized, and the control of conventionality ceases to be just a theory and begins to be effectively practiced.

Keywords: Control of conventionality. Custody hearing. Arrest in flagrante.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Tabela 1 — Evolução da população prisional.....	79
Tabela 2 — Presos Provisórios	79
Tabela 3 — Nível de ocupação do sistema prisional	79

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal
CF	Constituição Federal
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
IDDD	Instituto de Defesa do Direito de Defesa
CADHu	Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
CPP	Código de Processo Penal Brasileiro
CEJA	Centro de Estudios de Justicia de las Américas

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS - A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ALÉM DA JURISDIÇÃO DOMÉSTICA	15
2.1	ASPECTOS GERAIS	15
2.2	A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - PONTOS EM DESTAQUE.....	16
2.3	A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA	18
2.4	A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	21
3	CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. O SURGIMENTO DE UMA DOUTRINA	26
3.1	ASPECTOS GERAIS	26
3.2	FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA	27
3.3	A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA	28
3.3.1	PRIMEIRA FASE. O DEVER DE CONTROLE	35
3.3.2	SEGUNDA FASE. O CONTROLE DE OFÍCIO	37
3.3.3	TERCEIRA FASE. O BLOCO DE CONVENCIONALIDADE.....	41
3.3.4	QUARTA FASE. A EXPANSÃO DO ROL DE CONTROLADORES	45
3.4	A DISTINÇÃO ENTRE CONTROLADORES E OBRIGADOS À OBSERVÂNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS	49
3.5	UM CONTROLE CONCENTRADO E DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE	51
3.5.1	O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	56
4	AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA SOB UM OLHAR DO CONTROLE CONVENCIONAL	63
4.1	ASPECTOS GERAIS	63
4.2	FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL.....	66
4.3	A TARDIA POSITIVAÇÃO DE NORMAS INTERNACIONAIS.....	67
4.3.1	CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE ANTES DA RESOLUÇÃO DO CNJ?	72
4.4	DESAFIOS NA DEFESA DO DIREITO DE SER OUVIDO.....	75
4.4.1	A RESISTÊNCIA DOS SUPOSTOS CONTROLADORES DA CONVENCIONALIDADE ÀS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA	75
4.4.2	A PRISÃO É A REGRA.....	78
4.4.2.1	<i>SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO - BREVES CONSIDERAÇÕES</i>	78
4.4.2.2	<i>O PERFIL DOS CUSTODIADOS</i>	80

4.5	A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA.....	90
4.5.1	O DIREITO DE SER LEVADO SEM DEMORA À PRESENÇA DE UM JUIZ. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH	90
4.5.1.1	<i>INTERPRETAÇÃO DA EXPRESSÃO 'SEM DEMORA'</i>	94
4.5.1.2	<i>O CASO LÓPEZ ÁLVAREZ E A PRISÃO EM FLAGRANTE</i>	96
4.5.1.3	<i>A QUEM A PESSOA PRESA DEVE SER APRESENTADA</i>	97
4.5.2	CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL: UMA REALIDADE OU UMA UTOPIA?.....	97
5	CONCLUSÃO	101
	REFERÊNCIAS	103

1 INTRODUÇÃO

O controle de convencionalidade é uma doutrina que se consolidou aos poucos na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Inicialmente, a conceituação de tal doutrina implicava a adequação que as leis internas dos Estados deveriam apresentar face às normas da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e aos demais Tratados Internacionais que versem sobre os direitos do homem. Contudo, desde o seu surgimento na jurisprudência da Corte IDH, a sua conformação foi evoluindo e expandiu-se no sentido de um dever geral de cumprimento, no qual toda atitude do Estado e também de seus agentes estaria vinculada ao tratado e ao respeito aos direitos humanos. Ou seja, o “controle de convencionalidade” não mais se limitaria à análise de compatibilidade e validade de normas perante a Convenção, mas também deveria ser aplicado quando da solução de casos concretos por um vasto rol de servidores do Estado, momento em que deveriam ser observados os tratados, os precedentes e a jurisprudência da Corte IDH. No entanto, o controle de convencionalidade, com este viés mais amplo a respeito de quem estaria obrigado a exercê-lo, tem sido objeto de críticas quanto à sua viabilidade no âmbito da jurisdição interna dos Estados.

Dessa forma, e com o intuito de verificar a aplicabilidade dessa doutrina, o presente trabalho buscou, a partir de um dos direitos garantidos na CADH, identificar se ou de que forma esse controle vem sendo efetivamente exercido. Assim sendo, optou-se pelo direito à liberdade pessoal, especificamente o direito que toda pessoa detida tem de ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz.

A CADH, com vigência desde 18 de julho de 1978, disciplinou, em seu art. 7º, número 5, o instituto da audiência de custódia, também conhecido como “Audiência de Controle de Detenção”, no qual toda pessoa detida deve ser conduzida sem demora à presença de um juiz para fins de apreciação da legalidade da detenção. No mesmo sentido, assim dispôs o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, em seu art. 9º, número 3. Considerando as fundamentações legais mencionadas, a apresentação do preso em flagrante perante uma autoridade judicial, no prazo estabelecido, passou a significar medida

imprescindível de preservação da dignidade da pessoa humana, devendo ser seguida pelos países signatários daqueles tratados.

No que se refere a país signatário, a pesquisa abrangerá o caso brasileiro. O Brasil ratificou, em 1992, a CADH e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Todavia, somente em setembro de 2015, a partir da determinação do Supremo Tribunal Federal (STF), em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF nº 347), é que foi determinada a implantação do “Projeto Audiências de Custódia” em um prazo máximo de noventa dias em todo o território nacional. Essa determinação foi considerada pela Corte Suprema como uma das medidas necessárias para acabar com o estado de coisas inconstitucional em que se encontrava o sistema penitenciário brasileiro. Assim sendo, por meio da Resolução 213 de 15/12/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi dado início ao processo de implementação do instituto em tela. E, apenas em 2019, por meio da Lei nº 13.964/19, tal previsão foi formalmente inserida no Código de Processo Penal Brasileiro (CPP).

Considerando que o controle de convencionalidade, na forma como desenhado pela Corte IDH, vem a ser um instrumento de garantia da aplicação harmônica do direito internacional, e o papel desempenhado pelas audiências de custódia para a manutenção das garantias processuais dos presos, como o direito de serem ouvidos, vistos e defendidos amplamente, bem como para a eventual constatação de maus tratos e tortura, o presente estudo estabeleceu como problema de pesquisa: no âmbito das audiências de custódia decorrentes de prisão em flagrante, o controle de convencionalidade, na forma definida pela Corte IDH, vem sendo aplicado pelas autoridades pertencentes ao sistema penal brasileiro? É uma realidade ou uma utopia? Assim, o objetivo geral do presente trabalho será determinar se as audiências de custódia no Brasil são realizadas em conformidade com um controle convencional às normas de direitos humanos.

Como o controle de convencionalidade se insere no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), preliminarmente será feita uma apresentação desse sistema, sua evolução e desafios, com ênfase para papel que o Pacto de São José da Costa Rica (CADH) tem na defesa dos direitos humanos na América Latina. Demonstrada a relevância da CADH como paradigma de proteção de direitos a serem observados pelos

Estados Partes, em um segundo momento será feita uma análise da evolução jurisprudencial do controle de convencionalidade na Corte IDH. Enfatizar-se-á a contribuição do Juiz Sergio García Ramirez para o desenvolvimento da citada doutrina. Ao final, será demonstrado como as audiências de custódia foram implementadas, de que forma vêm sendo praticadas em território nacional, e qual tem sido a jurisprudência da Corte IDH sobre a apresentação sem demora da pessoa detida ao juiz.

Considerando o objetivo central do trabalho, que diz respeito à análise da existência ou não de um controle de convencionalidade no âmbito das audiências de custódia, a presente pesquisa assume natureza descritiva, com tratamento qualitativo dos dados, reunindo a revisão de literatura com base em livros, produções acadêmicas e conteúdos publicados por especialistas, incluindo dados estatísticos produzidos por organizações e entidades relacionadas ao presente tema.

2 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS - A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ALÉM DA JURISDIÇÃO DOMÉSTICA

2.1 ASPECTOS GERAIS

De acordo com Piovesan (2002), com o término da Segunda Guerra Mundial, alterou-se a forma como o problema da violação de direitos envolvendo os nacionais de um determinado Estado era tratado. Ou seja, um problema que se entendia ser de jurisdição doméstica passa a ter tratamento no âmbito internacional, relativizando o conceito de soberania. Nesse contexto, ressalta-se a importância, segundo a autora, da inovação implementada pela Declaração de 1948 ao introduzir a chamada concepção contemporânea da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos. Inaugurou-se, assim, um período de restauração dos direitos humanos, que se refletiu no surgimento de um direito internacional perante o qual os indivíduos foram elevados à condição de sujeitos de direito internacional, por meio da promoção da garantia de acesso às suas respectivas instâncias, nas quais seria possível vindicar e defender direitos fundamentais violados.

Nesse contexto, no âmbito da América Latina, surgiu o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Sergio García Ramírez, em seu voto no "Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru", ao manifestar-se sobre a conformidade que os atos das autoridades dos Estados Partes devem ter com as disposições internacionais de direitos humanos, assinalou a relevância do controle de convencionalidade no futuro desse sistema, como será abordado no Capítulo 3.

Assim, inicialmente, pretende-se aqui demonstrar, em linhas gerais, como foi o surgimento, a evolução histórica e como se dá atualmente o funcionamento do SIDH, a fim de que se possa demonstrar, no capítulo seguinte, o papel que o controle de convencionalidade desempenha na sua conformação.

2.2 A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - PONTOS EM DESTAQUE

A CADH foi aprovada na Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José, Costa Rica, e entrou em vigência em 18 de julho de 1978.

É de se destacar o contexto político do continente quando da implementação da Convenção. Ao menos metade dos países signatários não possuía experiências democráticas no âmbito interno. Além disso, a lógica autoritária imperante valia-se da instabilidade política para justificar os conflitos internos e o uso truculento da força. Piovesan (2014) destaca que somente durante o processo de democratização na região latino-americana, deflagrado na década de 80, é que foi possível observar a incorporação, pelos seus Estados, de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Foi nesse contexto que o SIDH emergiu, tendo contribuído de maneira substancial para a implementação do Estado Democrático de Direito na região.

Os Estados que ratificaram a CADH são: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai. O Brasil foi um dos Estados que mais tardiamente aderiram ao Tratado, fazendo-o somente em 25 de setembro de 1992 (PIOVESAN, 2002). Trinidad e Tobago apresentou, em 26 de maio de 1998, denúncia à CADH ante o Secretário-Geral da OEA. A denúncia surtiu efeito a partir de 28 de maio de 1999. No mesmo sentido a Venezuela apresentou, em 10 de setembro de 2012, denúncia à CADH ao Secretário-Geral da OEA. A denúncia surtiu efeito a partir de 10 de setembro de 2013¹.

A CADH enumera como direitos protegidos os civis e políticos, quais sejam a integridade pessoal, a proibição da escravidão e da servidão, a liberdade pessoal, as garantias judiciais, a observância ao princípio da legalidade e retroatividade, a indenização, honra e dignidade, a liberdade de consciência e de religião, a liberdade de pensamento e de expressão, de retificação ou resposta, de reunião, a liberdade de associação, a proteção da família, o

¹Informações obtidas no site da Corte IDH. <https://www.corteidh.or.cr>. Acesso em 02 de novembro de 2020

direito ao nome, os direitos da criança, o direito à nacionalidade, à propriedade privada, à circulação e residência, igualdade perante a lei e proteção judicial. Tais direitos estão elencados em vasto rol, nos arts. 3º ao 25 da CADH².

Todavia, a CADH contém cláusula genérica de previsão de direitos sociais, econômicos e culturais, indicando a progressividade da respectiva implementação e vinculando-os aos recursos disponíveis dos Estados, como se depreende de seu art. 26. A fim de complementar a insuficiente proteção dos direitos sociais, conforme destaca Piovesan (2002), somente em 1988 foi aprovado o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – o Protocolo de San Salvador, que entrou em vigor em 1999, quando do depósito do 11º instrumento de ratificação, nos termos do seu art. 21. O Protocolo enunciou direitos ao bem-estar social e traz consigo um dilatado inventário de direitos econômicos, sociais e culturais que abrange garantias trabalhistas, direitos sindicais e garantias previdenciárias, inclusive o direito à saúde, à educação e à cultura, direito dos idosos e das pessoas portadoras de deficiência, entre diversos outros, inclusive o direito a um meio ambiente sadio.

No que se refere aos deveres estatais, depreende-se da CADH um rol de obrigações de caráter negativo, como por exemplo o dever de não torturar ou o de não impedir um justo julgamento ao seu nacional, bem como positivo, entre as quais cita-se o dever de assegurar o direito ao trabalho e à saúde. Sobre essa questão, de acordo com Buerghenthal (1988, p.145), citado por Piovesan (2002, p.7):

Os Estados têm, conseqüentemente, deveres positivos e negativos, ou seja, eles têm obrigações de não violar os direitos garantidos pela Convenção e têm o dever de adotar medidas necessárias e razoáveis para assegurar o pleno exercício destes direitos.

Ressalta-se ser a CADH um dos mais importantes tratados internacionais de defesa dos direitos humanos no âmbito da América Latina, sendo paradigma do controle de convencionalidade a ser utilizado tanto pela Corte IDH, quanto pelos seus Estados signatários.

²Informações obtidas no site da Corte IDH. <https://www.corteidh.or.cr>. Acesso em 02 de novembro de 2020

Legale (2020), através de uma análise da jurisprudência da Corte IDH, registrou três momentos pelos quais a CADH de um tratado clássico foi se consolidando como um *corpus juris* e posteriormente como uma Constituição Interamericana. Defende que, dada a sua relevância, é um 'instrumento vivo, e não um simples *corpus juris*, que passa a ser vista como uma constituição transnacional ou um bloco de convencionalidade/constitucionalidade'.

2.3 A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A proteção aos direitos humanos na América Latina perpassa pelo surgimento do SIDH. Trindade (1982) faz uma detalhada análise sobre o surgimento e evolução histórica deste, em especial da CIDH. Inicia por ressaltar que o tema de direitos humanos foi pela primeira vez abordado por meio de uma Resolução proferida no âmbito da Conferência Interamericana de Lima de 1938. Nesta teriam sido recomendadas medidas para a salvaguarda destes direitos, no entanto sem "efeitos mandatórios" (TRINDADE,1982, p. 108).

No entanto, o SIDH somente foi formalmente iniciado com a aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, primeiro documento internacional de direitos humanos de caráter geral, durante a Nona Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá em 1948, onde também foi adotada a Carta da OEA que afirma os “direitos fundamentais da pessoa humana” como um dos princípios basilares da Organização. A Carta estabeleceu que a Comissão como órgão principal da OEA, teria como função promover a observância e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da OEA nesta matéria³.

Em 1959, por meio da Resolução VIII da Quinta Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, foi criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) com mandato limitado à promoção de direitos humanos e atuando como um órgão de consulta para “problemas de natureza urgente” que viessem afetar a paz e a segurança no continente

³De acordo com o site da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

americano⁴. Segundo Trindade (1982, p.108) “... ampliava sua competência *ratione materiae*, exercendo, pela primeira vez, desde a adoção da Carta de Bogotá, o “poder de institucionalização”, reservado pela Carta da OEA (artigo 33) à Conferência Interamericana.”

Em 1961, a CIDH começou a realizar visitas *in loco* para observar a situação geral dos direitos humanos em um determinado país, ou para investigar uma situação particular. Desde então realizou 92 visitas a 23 países membros⁵.

Em 1965, de acordo com a Resolução XXII estabelecida na II Conferência Interamericana Extraordinária (Rio de Janeiro, 1965), a CIDH teve os seus poderes ampliados para receber e processar denúncias, petições ou comunicações sobre casos individuais nos quais se alegavam violações de direitos humanos. Até dezembro de 2011, a CIDH recebeu milhares de petições, que se concretizaram em 19.423 casos processados ou em processamento⁶. Segundo Trindade (1982), os poderes da CIDH, originalmente limitados, expandiram-se por meio de um processo de interpretação, por ele chamado de liberal, mais amplo do Regulamento desta.

Verificou-se, desde então, uma atuação não apenas de estudos ou de observação, mas também de ação voltada para a proteção dos direitos humanos. É o que se viu em sua atuação de investigação *in loco*, com o consentimento dos Estados visitados, na República Dominicana em 1965 e no conflito armado entre Honduras e El Salvador em 1969. Apesar de as conquistas da CIDH basearem-se em tratados e resoluções da OEA, tais documentos, embora não tecnicamente obrigatórios, deram uma contribuição decisiva para o fortalecimento do papel do particular no direito internacional contemporâneo, em âmbito regional e global⁷.

Em 1970, entrou em vigor o Protocolo de Reformas da Carta da OEA (Buenos Aires, 1967). Trindade (1982) ressalta que desde então a CIDH foi considerada como sendo um dos

⁴TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A evolução do sistema interamericano de direitos humanos: avaliação crítica. Revista de Informação Legislativa, jan. 1982. p. 108

⁵Dados retirados do site da CIDH. Link: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>. Data de acesso: 25 de outubro de 2020.

⁶Dados retirados do site da CIDH. Link: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>. Data de acesso: 25 de outubro de 2020.

⁷TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A evolução do sistema interamericano de direitos humanos: avaliação crítica. Revista de Informação Legislativa, jan. 1982.p. 109

principais órgãos da OEA, passando a adotar um papel não mais apenas de promoção mas também de controle e supervisão de proteção de direitos humanos, zelando pelo respeito destes nos Estados-Membros da OEA, independentemente de ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, ou de outro instrumento juridicamente obrigatório. Os poderes da CIDH passaram, portanto, a derivar de uma base por ele considerada convencional, ou seja, a própria carta da OEA, conseqüentemente fortalecendo o exercício dos poderes da CIDH, bem como do conteúdo político de suas decisões.

Prosseguindo no que se refere à interpretação mais ampla das normas, Trindade (1982) observou que “esta significativa evolução teve lugar mediante um processo de interpretação liberal das normas regendo o procedimento da Comissão Interamericana.” Quis dizer que no que se referia à análise de admissibilidade das comunicações de violações de direitos humanos, a CIDH proferiu decisões de natureza administrativa e não judicial e, utilizando-se de técnicas processuais, passou a adotar presunções favoráveis aos reclamantes, evitando-se, por exemplo a pronta rejeição de denúncias para as quais não tenha havido um prévio esgotamento dos recursos de direito interno. Tal técnica de interpretação também teria sido utilizada, segundo o autor, nos casos de alegações de violação generalizada de direitos humanos, chamadas de “situações gerais”.

Em 1978 entrou em vigor a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica que havia sido aprovada em 1969. Esta previa o estabelecimento de uma Comissão e de uma Corte Interamericana de Direitos Humanos. A CADH definiu atribuições e procedimentos tanto da Corte como da CIDH. Na fase de transição entre a “antiga” e a “nova” Comissão decidiu-se pela continuidade da aplicação das normas que vinham regendo a atuação da Comissão aos Estados que ainda não haviam ratificado a CADH e aplicar-se-iam os dispositivos pertinentes desta aos Estados-Partes. Trindade (1982), citando E. Vargas Carreño, “Algunos Problemas...”, *op. cit.*, p.163, afirmou que uma interpretação em contrário teria enfraquecido todo o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Portanto, é de se ressaltar a importância da CIDH, inclusive, antes mesmo da entrada em vigor da Convenção Americana, como sendo o elemento responsável pelo desenvolvimento do SIDH. Conforme acima mencionado, a CIDH ainda mantém atribuições

adicionais e anteriores à CADH, como por exemplo processar petições individuais relativas a Estados que ainda não a ratificaram.

Atualmente a CIDH tem três frentes de atuação, o sistema de petição individual; o monitoramento da situação dos direitos humanos nos Estados Membros, e a atenção a linhas temáticas prioritárias. Neste contexto procura atender as populações, comunidades e grupos historicamente submetidos à discriminação. De forma complementar, outros conceitos formam seu trabalho, a saber, o princípio *pro homine*, segundo o qual a interpretação de uma norma deve ser feita da maneira mais favorável ao ser humano, a necessidade de acesso à justiça, e a incorporação da perspectiva de gênero em todas suas atividades.

A CIDH possui jurisdição acessível a todos os indivíduos e organismos não governamentais dos países membros. De acordo com o artigo 44 da Convenção Interamericana, qualquer pessoa, grupo de pessoas, ou entidade não governamental, tem legitimidade para apresentar uma petição à análise da Comissão. Tendo em vista as frequentes ameaças a defensores de direitos humanos, a legitimidade aberta é bastante respeitável, já que muitas vítimas podem sofrer retaliações pela atuação internacional. Consubstanciou-se, desta forma, a CIDH como sendo o principal organismo de acionamento da Corte IDH, como a salvaguarda dos direitos fundamentais no continente americano.

2.4 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é um dos três tribunais regionais de proteção dos direitos humanos. Os demais são a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

A Corte IDH é o órgão jurisdicional do sistema, composto por sete juízes eleitos, a título pessoal, pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. É, nos termos de seu regulamento, instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da CADH que lhe dá o mandato. Tem, em conformidade com a CADH, competência contenciosa e de supervisão de sentenças, consultiva e também tem a função de exercer medidas provisionais.

A aceitação da jurisdição da Corte IDH, não obstante facultativa, uma vez externada, é considerada uma “cláusula pétrea que não admite limitações que não estejam expressamente contidas no artigo 62 da Convenção” (VAL, 2015, p. 245).

A competência contenciosa da Corte IDH foi reconhecida por vinte Estados, a saber: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, República Dominicana, Suriname e Uruguai.

A competência litigiosa da Corte compreende a interpretação e aplicação da CADH a que lhe seja submetida apreciação, em relação aos deveres dos Estados signatários que tenham expressa e apartadamente reconhecido sua competência, sendo necessário que se tenham esgotados os procedimentos previstos na Convenção. Aqui a Corte IDH averiguará se um Estado incorreu em responsabilidade internacional por ter violado algum dos direitos consagrados na CADH ou em outros tratados de direitos humanos aplicáveis ao SIDH. E nesta via litigiosa, a Corte IDH realizará a supervisão do cumprimento de sentenças.

No que se refere às medidas provisionais, estas são expedidas em casos graves e que requeiram urgência e também para que se evitem danos irreparáveis às pessoas. São condições sujeitas à comprovação a fim de que tais medidas sejam outorgadas.

Já a competência consultiva corresponde às consultas formuladas pelos Estados membros da Organização do Estados Americanos (OEA), ou órgãos desta, sobre a compatibilidade de normas internas à CADH ou sobre a interpretação desta ou de outros tratados internacionais concernentes à proteção dos direitos humanos na região. Esta competência da Corte IDH está prevista no art. 64 da CADH. Até a presente data, segundo dados obtidos no sítio da Corte IDH, o referido Tribunal já emitiu 26 (vinte e seis) opiniões consultivas, rejeitou 5 (cinco) e ainda pendem de decisão 12 (doze) solicitações de opiniões. Segundo Albanese (2012), tal função interpretativa contribui para o fortalecimento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Inclusive a Corte pronunciou no sentido de

que o art. 64 da Convenção lhe confere a mais ampla função consultiva já confiada a um tribunal internacional⁸.

No que se refere ao aspecto jurisprudencial Piovesan (2014) identificou seis grandes linhas tratadas na Corte IDH. A primeira refere-se aos Estados sendo os autores das violações de direitos humanos, características do regime autoritário; a segunda foca na justiça de transição, cujo caso referência é *Barrios Altos vs. Peru*, que pioneiramente determinou que as leis de auto anistia são um ilícito internacional; a terceira destaca a contribuição à consolidação dos Estados de Direito, cujo julgado emblemático é o da Corte Constitucional vs. Peru – no qual os juízes constitucionais foram destituídos do cargo por contrariar os interesses executivos do governo Fujimori; a quarta trata de violações a direitos de grupos vulneráveis, nos quais se inserem os casos indígenas. A autora chama a atenção para o caso da comunidade *AwasTingni vs. Nicarágua*, em que a Corte reconheceu o direito à propriedade coletiva da terra. A quinta linha é voltada à litigância indireta dos direitos sociais, pelas possibilidades do direito de petição no protocolo de San Salvador, destacando-se neste viés o caso dos *Cinco Pensionistas vs. Peru*. Por fim, outra linha jurisprudencial a se destacar refere-se às violações de novos direitos da agenda contemporânea, no qual se destaca a questão dos direitos reprodutivos. Citou como exemplo o caso *Artavia Murillo e outros contra a Costa Rica*, por meio do qual a Corte IDH enfrentou o tema da fecundação "*in vitro*" sob a ótica dos direitos humanos.

Já Legale (2020), faz uma análise cronológica da jurisprudência da Corte IDH, onde constatou a sua conformação em um Tribunal Constitucional Transnacional e em uma verdadeira metamorfose da CADH, de um simples tratado para uma constituição interamericana.

Segundo o autor, inicialmente a CADH era vista como um simples tratado, cujo conteúdo seria esclarecido por meio de opiniões consultivas emitidas pela Corte IDH, ou por meio de sua jurisdição contenciosa. Seria o que o autor denominou de 'Tribunal Pedro Nikken', caracterizado com um tribunal cauteloso, limitando-se, em regra geral, a indenizações monetárias. Neste período identificou o ciclo hondurenho, sobre

⁸Opinião Consultiva OC-1/82, "Outros tratados. Objeto da função consultiva da Corte", art. 64 CADH, par.14, de 24 de setembro de 1982.

desaparecimento forçado, onde se destacam os casos Velásquez Rodríguez vs Honduras (1988); Fairen Garbi e Yolanda Solís Corrales vs Honduras (1989); e Godínez Cruz vs Honduras (1989).

Posteriormente, em um segundo momento houve uma transição de um velho tribunal para um novo, da 'Corte Pedro Nikken' para a 'Corte Cançado Trindade'. A Corte IDH adotou uma postura mais ativista e interveniente na soberania dos Estados e estabeleceu uma relação hierárquica entre a CADH e legislação nacional. Neste período foi identificado o ciclo peruano sobre violações de acesso à justiça, com destaque para os casos Loayza Tamayo (1997), Castillo Petrucci e outros (1999), Tribunal Constitucional (2001) e Barrios Altos (2001). Também observou um ciclo colombiano, sobre massacres, com destaque para os casos Las Palmeras (2001), Mapiripán (2005), Pueblo Bello (2006) e Ituango (2006). Nestes casos se identifica uma 'mutação convencional da Corte Pedro Nikken para a Corte Cançado Trindade, pois começam a prestar atenção à violência contra as crianças, as mulheres, os povos indígenas e a população campesina'.

Ainda neste segundo momento, ocorreu o ciclo de casos brasileiros, com violações diversas como por exemplo, desaparecimento forçado, acesso à justiça, proteção de grupos vulneráveis, privação de liberdade, crianças, pessoas com incapacidade mental, indígenas e trabalho escravo. Este ciclo revela a 'finalização da metamorfose da CADH em uma constituição interamericana e da Corte IDH em um tribunal constitucional' (LEGALE, 2020, 154). Inseridas neste ciclo as Medidas Provisionais que condenaram o Estado brasileiro pelas violações de direitos humanos dos presos nas Penitenciárias de Urso Branco, Araraquara, Curado e Pedrinhas. E também os Casos Damião Ximenes Lopes vs Brasil (2006), Gomes Lund vs Brasil (2010), Garibaldi (2009), Xucurú (2018), Favela Nova Brasília (2017) e Fazenda Brasil Verde (2016).

Importante destacar mais uma vez que, a teor do contido no preâmbulo da CADH, o SIDH tem caráter coadjuvante ou complementar à proteção oferecida pelo direito interno. Conseqüentemente a atuação da Corte IDH possui caráter subsidiário, pois somente atuará quando o sistema de proteção interno tiver se mostrado ineficaz na garantia dos direitos que lhe competia promover.

Neste sentido, reproduz-se pronunciamento do Juiz Sergio García Ramirez em seu voto no julgamento do "Caso Vargas Areco vs Paraguai".

A Corte Interamericana, que tem a seu cargo o 'controle de convencionalidade' fundado na confrontação entre o fato realizado e as normas da Convenção Americana, não pode, nem pretende - jamais o fez - converter-se em uma nova e última instância para conhecer a controvérsia suscitada na ordem interna. A expressão que o Tribunal Interamericano constitui uma terceira ou quarta instância, e em todo caso uma última instância, obedece a uma percepção popular, cujos motivos são compreensíveis, mas não corresponde à competência do Tribunal, à relação jurídica controvertida neste, aos sujeitos do processo respectivo e às características do juízo internacional sobre direitos humanos.

Esta somente pode confrontar os fatos internos - leis, atos administrativos, resoluções jurisdicionais, por exemplo - com as normas da Convenção e resolver se existe congruência entre aqueles e estas, para determinar, sobre essa base, se aparece a responsabilidade internacional do Estado por descumprimento de suas obrigações da mesma natureza. Não empreende, pois, uma nova etapa - instância de juízo ordinário. Este começa, se desenvolve e conclui no âmbito da jurisdição interna. Por isso, o juiz internacional, igualmente ao constitucional, não substitui o juiz da causa na apreciação de fatos e provas e na emissão de absolvições ou condenações⁹ (tradução nossa).

Portanto, a Corte IDH não pode ser considerada a última instância para conhecimento de controvérsias ocorridas na ordem interna dos Estados. Inclusive este tribunal internacional já se pronunciou no sentido de que não atua como uma 'quarta instância', revisando matéria de fato ou de direito anteriormente submetidas ao Poder Judicial dos Estados parte, desde que observadas as garantias judiciais e outros direitos estabelecidos na CADH¹⁰.

E, como Val (2015) assinalou, a despeito de não figurar como um tribunal de “quarta instância”, a Corte IDH exerce o controle de convencionalidade ao promover a análise da responsabilidade internacional de um Estado, averiguando a 'compatibilidade material dos atos normativos, administrativos e judiciais nacionais com as respectivas normas interamericanas de direitos humanos'. Nos dizeres de Legale (2020), a Corte IDH atua como uma verdadeira corte constitucional transnacional.

⁹Corte IDH, Sentença "Caso Vargas Areco vs Paraguai" de 26 de setembro de 2006, par.6-7.

¹⁰Neste sentido: Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores c. México, sentença de exceção preliminar, fundo, reparações e custas, 26 de novembro de 2010, serie C, n° 220, par. 16-22.

3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. O SURGIMENTO DE UMA DOUTRINA

3.1 ASPECTOS GERAIS

Sergio García Ramírez, em análise sobre o controle de convencionalidade a ser exercido pelos tribunais nacionais, afirmou que "a grande batalha pelos direitos humanos se ganhará no âmbito interno, de que é coadjuvante ou complemento, não substituto, o internacional"¹¹.

Neste sentido, o controle de convencionalidade, tanto o internacional, mas em especial o interno, surgiu como um instituto por meio do qual se garantiria a harmonização do direito. Segundo Albanese (2012), o controle de convencionalidade é realizado no sentido de ser "uma garantia destinada a obter a aplicação harmônica do direito vigente. Controle enraizado na efetiva vigência dos direitos e garantias". Quer dizer, uma harmonia entre as fontes do direito interno e internacional.

Na mesma linha, Sagüés (2010) ressalta o papel desta doutrina "como uma das ferramentas mais práticas e imediatas para elaboração de um *ius commune* na região, em particular enquanto uma visão homogênea em matéria de direitos humanos fundamentais".

Nogueira Alcalá (2012) define o controle de convencionalidade como sendo um controle jurídico e jurisdicional, exercido em âmbito internacional ou supranacional, por meio do qual é possível verificar se, ou como, os Estados cumprem com suas obrigações convencionais. No seu entender o controle implica subordinação das normas jurídicas internas ao 'respeito e garantia dos direitos humanos assegurados convencionalmente'. Assim, quando os Estados ratificam a CADH assumem o compromisso de velar pelos direitos essenciais dos seus indivíduos, considerando tais direitos inseridos em um 'bem comum regional' que estão acima do 'bem comum nacional'.

¹¹(Corte IDH, caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) c. Peru, sentença de exceções preliminares, fundo, reparações e custas, 24 de novembro de 2006, serie C, n° 158; voto do juiz Sergio García Ramírez. 11)

Assim, assumindo como premissa que a proteção dos direitos humanos deve ser exercida não somente por meio do sistema internacional, mas também pelos Estados, aqui se analisará o controle de convencionalidade, como sendo o instrumento para garantia de tais direitos. Especificamente, analisar-se-á a sua fundamentação legal, surgimento e evolução na jurisprudência da Corte IDH e a sua dimensão concentrada e difusa.

3.2 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

No âmbito latino-americano, a CADH em seus arts. 1º, 2º e 29 estabeleceu que a proteção dos direitos humanos deve receber atenção primordial dos Estados. Estes, devem, em resumo, assegurar os direitos e liberdades nela reconhecidos, independentemente de discriminação, adotar as disposições legislativas ou de outra natureza necessárias, caso estes ainda não tenham sido legalmente garantidos por suas normas internas, bem como impedir que as disposições contidas na CADH sejam interpretadas de forma contrária à promoção, respeito e proteção de direitos humanos.

Nos dizeres de Sagüés (1994), a CORTE IDH fundamentou juridicamente o controle de convencionalidade baseado em dois pilares¹². No direito internacional, que dispõe que todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé, *pacta sunt servanda*. O outro pilar seria no fato de não ser possível invocar o direito interno para o seu descumprimento. Esta é a codificação contida nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Assim, o efeito útil das normas internacionais deve ser resguardado pelos juízes evitando-se a aplicação de normas internas contrárias ao padrão internacional de proteção aos direitos humanos (FERRER MAC-GREGOR, 2010/2011, p. 27).

¹²De acordo com: Responsabilidad Internacional por Expedición e Aplicación de Leis Violatorias da Convenção (Arts.1 e 2 Convenção Americana Sobre Direitos Humanos), Opinião Consultiva OC-14/94 del 9 de dezembro de 1994, Serie A No. 14, pár. 35.

Esta fundamentação ocorre na emblemática sentença do "Caso Almonacid Arellano vs Chile", reconhecida pela doutrina como o marco divisório do surgimento da doutrina do controle de convencionalidade¹³, como a seguir será demonstrado.

3.3 A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA

O controle de convencionalidade surgiu a partir da necessidade do cumprimento, pelos Estados signatários, das disposições pactuadas em tratados, que versam sobre direitos humanos¹⁴.

A doutrina, e aqui citando como exemplo, García Ramírez (2016), Bazan (2011)¹⁵, Sagüés (2010) , Rojas (2012) e Mazzuoli (2015)¹⁶, tem entendido como sendo o marco divisório do surgimento deste instituto, na jurisprudência da Corte IDH, o julgamento do "Caso Almonacid Arellano e outros vs Chile".

Todavia, de acordo com Mazzuoli (2015, p. 421), desde 1978, a Corte IDH vinha efetuando um controle da convencionalidade das leis dos Estados signatários à CADH, por ser essa exatamente a função de um tribunal internacional de direitos humanos. No entanto, a nomenclatura "controle de convencionalidade" ainda não era formalmente utilizada.

Exemplo emblemático deste período foi o julgamento do "Caso Barrios Alto vs Peru"¹⁷. O caso referia-se ao ataque a um imóvel em Jirón Huanta, no bairro conhecido como "Barrios Altos", na cidade de Lima, em 3 de novembro de 1991. Seis indivíduos armados, em automóveis, com sirenes, invadiram o imóvel e atiraram, matando quinze pessoas e ferindo

¹³Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Exceções Preliminares, Fondo, Reparaciones e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006, serie C, núm. 154, par. 125."En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno"¹⁵⁰. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969".

¹⁴De acordo com Leonardo Moreira, (Constitucionalidade e Convencionalidade pag. 470), citando Mazzuoli, afirma que "a ideia de 'controle de convencionalidade' tem origem francesa e data do início da década de 1970".

¹⁵Acerca deste assunto, comentários de Víctor Bazán e seu exame sobre a evolução do controle de convencionalidade na Corte IDH (2011, p. 6 e seguintes)

¹⁶Sobre o surgimento do controle de convencionalidade, Mazzuoli (2015, p. 407).

¹⁷Caso Barrios Alto vs Peru. Sentença de fundo de 14 de março de 2001.

outras quatro. Os membros deste grupo, chamado de Grupo Colina, compunham o exército peruano e atuavam como uma espécie de “esquadrão da morte”, que se ocupavam de eliminar opositores do governo.

A despeito de uma investigação ter sido iniciada pelas autoridades judiciárias em 1995, o Congresso peruano sancionou a Lei nº 26.479, que exonerava a responsabilidade dos militares, policiais e civis de crimes que haveriam cometido entre 1980 a 1995.

Todavia, pautada na Constituição do Peru, que impunha aos juízes o dever de não aplicar leis contrárias às disposições constitucionais, a Juíza Antonia Saquicuray, que iniciara a investigação, afirmou ser a lei de anistia não aplicável aos processos penais, uma vez que representava uma violação às garantias constitucionais. Ao negar a aplicabilidade da lei no caso concreto dizendo que esta seria contrária à constituição e às obrigações internacionais assumidas pelo país na Convenção Americana, a juíza realizou o que mais tarde seria chamado de controle de convencionalidade difuso, que será melhor discutido adiante.

Conseqüentemente, o Congresso peruano aprovou uma segunda Lei de anistia nº 26.492, determinando que tais leis não seriam passíveis de revisão judicial e eram de obrigatoria aplicação, com explícito objetivo de suspender os processos judiciais em curso. Assim, em 14 de julho, o caso fora arquivado definitivamente pela Corte Superior de Justiça de Lima.

Por ter sido considerada uma afronta às normas *jus cogens* do Direito Internacional, e aos princípios *pacta sunt servanda* e *pro homine*, o caso foi submetido à Corte IDH no dia 08 de junho do ano 2000.

A Corte IDH passou a analisar a incompatibilidade das leis de anistia com a CADH, exercendo, assim, o que posteriormente veio a ser reconhecido como o controle concentrado de convencionalidade. A partir da sanção das Leis nº 26.479 e a nº 26.492, houve nítida transgressão da obrigação de adequar o direito interno às normas consagradas no art. 2º da CADH. A Corte IDH assim estabeleceu no item 44 da sentença:

Como consequência da manifesta incompatibilidade entre as leis de autoanistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as mencionadas leis carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos que constituem este caso nem para a identificação e castigo dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto a respeito de outros casos de violação dos direitos consagrados na Convenção Americana acontecidos no Peru¹⁸(tradução nossa).

Observa-se, portanto, a relevância deste julgamento. Em primeiro lugar consolidou a impossibilidade de uma legislação nacional impedir o acesso à justiça e em segundo tratou da convencionalidade das normas sem que a expressão 'controle de convencionalidade' propriamente dita, tenha sido utilizada. A sentença proferida pela Corte IDH revelou-se, assim, paradigmática na medida em que determinou a ineficácia de lei incompatível com as normas da CADH, carecendo, portanto, de efeitos jurídicos. E, de acordo com o voto concorrente de Cançado Trindade, as leis de anistia, por serem contrárias à CADH, além de carecerem de efeitos jurídicos são, sobretudo, inválidas.

Sendo assim, as leis de autoanistia além de serem incompatíveis com a Convenção Americana, e desprovidas, em consequência, de efeitos jurídicos, não tem validade jurídica alguma à luz da normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos¹⁹ (tradução nossa).

No mesmo sentido, assim manifestou-se Sergio García Ramírez em seu voto concorrente no julgamento do caso em tela.

Na minha concepção, dita incompatibilidade traz consigo a invalidez daqueles ordenamentos, enquanto pugnam com os compromissos internacionais do Estado. Por isso, não podem produzir os efeitos jurídicos inerentes a normas legais expedidas de maneira regular e compatíveis com as disposições internacionais e constitucionais que vinculam o Estado peruano. A incompatibilidade determina a invalidez do ato, e esta implica que dito ato não possa produzir efeitos jurídicos²⁰(tradução nossa).

Portanto, apesar de a Corte IDH não ter utilizado a nomenclatura "controle de convencionalidade", o caso acima citado demonstra que este controle já era exercido, até porque essa é a função deste tribunal.

¹⁸Corte IDH. Caso Barrios Alto vs Peru. Sentença de fundo de 14 de março de 2001, par. 44.

¹⁹Voto concorrente de Cançado Trindade no julgamento do Caso Barrios Alto vs Peru, par. 11.

²⁰Voto concorrente de Sergio García Ramírez no julgamento do Caso Barrios Alto vs Peru, par. 15.

Entretanto, a expressão 'controle de convencionalidade' teria surgido, inicialmente, em votos particulares, em especial do juiz Sergio García Ramírez. A seguir será feita uma breve análise dos casos relevantes, julgados anteriormente ao "Caso Almonacid Arellano e outros vs Chile", nos quais 'o controle de convencionalidade' é expressamente mencionado em votos particulares dos juízes, sem, contudo, constar nas sentenças da Corte IDH.

Foi no "Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala"²¹, sentença de 25 de novembro de 2003, no voto concorrente de Sergio García Ramírez que surgiu inicialmente a expressão "controle de convencionalidade". Durante o conflito armado que ocorreu na Guatemala, várias execuções extrajudiciais foram praticadas. Myrna Mack era uma antropóloga guatemalteca que atuava junto às comunidades rurais que estavam sendo afetadas pela guerra civil, bem como investigava as políticas do exército guatemalteco em relação a tais comunidades. Foi assassinada em 11 de setembro de 1990 por agentes militares, em consequência da postura adotada pela inteligência militar guatemalteca que tinha como intuito a eliminação dos "inimigos" do Estado.

No julgamento do caso na Corte IDH, o Estado da Guatemala, alegando a "independência dos poderes", escusou-se da responsabilidade pelo ressarcimento às vítimas, relativamente aos obstáculos ocorridos durante o processo e também quanto à negligência dos órgãos judiciários. Por meio do voto de Sergio García Ramírez, ressaltou-se que a representação perante a Corte IDH deve ser realizada pelo Estado com um todo, implicando em uma responsabilidade por ele chamada de convencional. Desta forma, todos os órgãos componentes de um Estado estariam obrigados à jurisdição da Corte IDH. Teríamos aqui, segundo Bazan (2011), que Ramirez teria aplicado o 'conteúdo semântico' do controle de convencionalidade sob a ótica de que a Corte IDH seria uma espécie de tribunal convencional supranacional, ou seja, o controle estaria adstrito ao âmbito da jurisdição daquele Tribunal²².

Para os efeitos da Convenção Americana e o exercício da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, o Estado vem em forma integral, como um todo. Nesta ordem, a responsabilidade é global, tem o Estado em seu conjunto e não sujeita divisões de

²¹Corte IDH, "Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala", Sentença de Fundo, Reparações e Custas, 25 de novembro de 2003, Serie C, N° 101.

²²Na mesma linha da responsabilização internacional coletiva do Estado, assim expressou Cançado Trindade em seu voto concorrente: Trata-se de uma responsabilidade coletiva do Estado, a par da responsabilidade penal internacional do indivíduo. A responsabilidade internacional do Estado contém elementos de natureza tanto civil como penal, na atual etapa de evolução do direito internacional. (tradução nossa)

atribuições que remetem ao Direito Interno. Não é possível dividir internacionalmente o Estado, obrigar frente a Corte só um ou alguns de seus órgãos, entregando a estes a representação do Estado em juízo – sem que essa representação repercuta sobre o Estado em seu conjunto – e subtrair os outros do regime convencional de responsabilidade, deixando suas atuações fora do “**controle de convencionalidade**” que traz consigo a jurisdição da Corte Internacional²³(grifo nosso)(tradução nossa).

Outro ponto em destaque neste voto, é a análise do funcionamento do Estado como um todo para o cumprimento de suas obrigações internacionais e, a partir desta análise, a Corte IDH faz um controle de convencionalidade das atuações estatais (ROJAS, 2012).

Posteriormente, nova menção ao controle de convencionalidade ocorreu no julgamento pela Corte IDH do "Caso Tibi vs Equador"²⁴. De acordo com o que consta na sentença da Corte IDH, Daniel Tibi, comerciante de pedras preciosas, foi preso em 27 de setembro de 1995 enquanto conduzia seu carro por uma rua da Cidade de Quito. A sua detenção foi efetuada por agentes policiais sem que houvesse uma determinação judicial. Permaneceu detido ilegalmente por vinte e oito meses em uma prisão de Guayaquil. A vítima, apesar da alegação de inocência, sofreu várias torturas físicas a fim de que confessasse sua participação em um caso de narcotráfico. Teve apreendidos bens de sua propriedade, valorados em um milhão de francos franceses, que não lhe foram devolvidos quando de sua libertação, em 21 de janeiro de 1998. A CIDH pugnou que as circunstâncias que envolveram o arresto do Sr Tibi, sob o amparo da Lei de Substâncias Narcóticas e Psicotrópicas equatoriana, revelaram "numerosas violações das obrigações que a Convenção Americana impõe ao Estado".

Discorrendo sobre o sentido e a transcendência das resoluções da Corte IDH, Sergio García Ramírez, em voto concorrente²⁵, estabeleceu a distinção entre o controle constitucional e o convencional de forma que caberia aos Tribunais constitucionais o controle da

²³Voto concorrente do Juiz Sergio García Ramirez no Caso Myrna Mack vs Guatemala. p. 27. Tradução livre. No original: Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar a la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

²⁴Corte IDH, “Caso Tibi vs. Ecuador”, Sentença de Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas, 7 de setembro de 2004, Serie C, N° 114.

²⁵Voto concorrente de Sergio García Ramírez no Caso Tibi vs Equador, par. 3

constitucionalidade dos atos do Poder Público, bem como os de seus agentes, em conformidade com um Estado Democrático de Direito. E, ser da competência do Tribunal Interamericano a conformidade dos atos praticados internamente pelos Estados parte aos Tratados Internacionais.

Prosseguindo, foi no julgamento do "Caso López Álvarez vs Honduras"²⁶, de 01 de fevereiro de 2006, que o controle de convencionalidade mais uma vez foi mencionado. Este caso referiu-se ao Sr. Alfredo López Alvarez, que era dirigente da Organização Fraternal Negra de Honduras, da Confederação dos Povos Autóctones de Honduras e do Comitê de Defesa de Terras Triunfantes. Em 27 de abril de 1997, oficiais policiais apreenderam com a vítima e o Sr. Luis Ángel Acosta, dois pacotes que continham um pó branco. Após a detenção, foi submetido a maus-tratos físicos, sem que houvesse recebido atendimento médico. Ficou privado de liberdade por 6 anos e 4 meses em centros de detenção superlotados e em condições insalubres, nos quais inexistia distinção entre presos que estavam sendo processados e aqueles já condenados. Em 13 de janeiro de 2003, o Julgado de Letras Seccional de Tela ditou sentença absolutória em favor do Sr López Álvarez por não haver certeza se a amostra enviada ao laboratório toxicológico, que resultou positiva, pertencia ao montante de pó branco apreendido com o imputado.

O Juiz Sergio García Ramírez, em um contexto sobre a duração razoável do processo penal, afirmou expressamente que caberia à Corte IDH o controle de convencionalidade da conformidade dos atos praticados pelos Estados às disposições da CADH, onde devem ser exploradas as circunstâncias "*de jure y de facto*" do caso²⁷.

Em seguida, no "Caso Vargas Areco vs Paraguai", sentença de 26 de setembro de 2006, tratou-se da responsabilização internacional do Estado pela execução do menino Gerardo Vargas Areco por parte de um agente militar, bem como pela falta de investigação e sanção adequada ao responsável pelo fato. O Juiz Sergio García Ramírez reiterou a distinção que deve ser feita entre a competência dos tribunais internos, que devem examinar os fatos e emitir a sentença correspondente, em conformidade com a legislação correspondente e de

²⁶Corte IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras. Sentença de 1 de fevereiro de 2006. (Fundo, Reparações e Custas)

²⁷Voto concorrente de Sergio García Ramírez no Caso López Alvarez vs Honduras, par. 30

acordo com suas atribuições jurisdicionais, e a da Corte IDH, que confronta o ato interno praticado com as normas da CADH. Confirmou, assim, o conceito do controle de convencionalidade empreendido em seus votos anteriores²⁸.

No entanto, foi a partir do "Caso Almonacid Arellano e outros vs Chile", julgado em 2006, que, segundo Mazzuoli (2015), o foco da Corte IDH passou a ser "obrigatoriedade de controle, de forma prioritária, para o Judiciário interno dos Estados-partes (o que não havia feito expressamente até então)", tratando o assunto como uma "questão de ordem pública internacional". Ou seja, este caso representou uma mudança na jurisprudência da Corte IDH quanto ao controle de convencionalidade, que deixou de constar apenas em votos particulares do juiz Sergio García Ramírez para figurar expressamente nas sentenças proferidas pelo Tribunal.

A partir de então, o controle de convencionalidade continuou se desenvolvendo através da jurisprudência da Corte IDH. A doutrina analisou essa evolução e classificou-a em etapas. A análise destas etapas é essencial para que se entenda o atual sentido e alcance deste instituto.

De acordo com Burgorgue-Larsen, conforme citado por García Ramírez (2016), o conceito de convencionalidade teria se desenvolvido em três tempos, a saber: o surgimento do dever de controle (Caso Almonacid Arellano e outros vs Chile), o estabelecimento dos contornos da obrigação (Caso Trabajadores demitidos do Congreso vs Peru) e teorização do controle (Caso Cabrera Garcia y Montiel Flores vs México). Todavia, Claudio Rojas (2012) afirma ter sido identificado uma quarta etapa, onde teria se expandido rol de 'obrigados' ao controle (Caso Gelman vs Uruguai).

A seguir será efetuada uma análise de cada uma das fases aqui mencionadas.

²⁸Voto concorrente de Sergio García Ramírez no Caso Vargas Areco vs Paraguai, par.5-7

3.3.1 PRIMEIRA FASE. O DEVER DE CONTROLE

Conforme acima mencionado, o termo 'controle de convencionalidade' foi formalmente utilizado pela Corte IDH no julgamento do "Caso Almonacid Arellano e outros vs Chile"²⁹. O processo versou, em resumo, sobre a responsabilidade internacional do Estado pela falta de investigação e sanção dos responsáveis pela execução extrajudicial de Luis Alfredo Almonacid Arellano, bem como pela ausência de reparação em favor de seus familiares. A vítima era professor do ensino básico e militante do Partido Comunista na época em que o regime militar de Augusto Pinochet derrocou o governo de Salvador Allende, em 1973. Foi detido por carabineiros que lhe dispararam tiros, quando saía de sua casa e na presença de sua família, vindo a falecer no dia seguinte. A anistia concedida às pessoas que praticaram atos delituosos, entre 1973 e 1978, pelo Decreto Lei 2.191 de 1978, ocasionou a não investigação da morte do Sr Almonacid Arellano.

Este foi um dos casos emblemáticos no qual a Corte IDH pronunciou-se acerca das leis de auto anistia. Na sentença por ela proferida, em seus par. 123, 124 e 171.3, constou, em resumo, quanto à aplicabilidade do Decreto Lei nº 2.191 de 1978, que o Poder Judiciário dos Estados é vinculado ao dever de garantia estabelecido no artigo 1.1 da CADH, devendo, portanto, abster-se de aplicar norma a ela contrária. Neste sentido, assim sentenciou quanto ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário:

A descrita obrigação legislativa do artigo 2 da Convenção tem também a finalidade de facilitar a função do Poder Judiciário de tal forma que o aplicador da lei tenha uma opção clara de como resolver um caso em particular. Porém, quando o Legislativo falha em sua tarefa de suprimir e/ou não adotar leis contrárias à Convenção Americana, o Judiciário permanece vinculado ao dever de garantia estabelecido no artigo 1.1 da mesma e, conseqüentemente, deve abster-se de aplicar qualquer normativa contrária a ela³⁰ (tradução nossa).

Depreende-se que a Corte começava a delinear o controle difuso de convencionalidade como dever não somente do Poder Judiciário, mas também do Poder Legislativo.

²⁹Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006 (Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas)

³⁰Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006 (Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas) par. 123.

E, é neste momento que a Corte IDH formalmente utiliza a expressão 'controle de convencionalidade'. Ainda que a ele se refira como uma 'espécie de controle de convencionalidade', o definiu como dever do Poder Judiciário relativamente às normas jurídicas internas aplicáveis a casos concretos e à CADH.

A Corte é consciente que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado houver ratificado um tratado internacional como a Convenção Interamericana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judicial deve exercer uma **espécie de 'controle de convencionalidade'** entre as normas jurídicas internas que aplicam em casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judicial deve ter em conta **não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo há feito a Corte Interamericana**, intérprete última da Convenção Americana³¹ (tradução nossa) (grifo nosso).

Ao final, mantendo o posicionamento adotado no julgamento do "Caso Barrios Alto vs Peru", a Corte IDH dispôs que ao anistiar os responsáveis por delitos de lesa humanidade, o Decreto Lei nº 2.191 carecia de 'efeitos jurídicos'. Além disso, o mesmo não deveria seguir representando um obstáculo para a investigação, julgamento e sanção dos responsáveis pelos atos violatórios perpetrados.

García Ramírez (2016) expôs que este voto trazia a ideia da função que os Estados devem ter de garantir a observância das normas de Direito Internacional de Direitos Humanos (DIDH). Esta função seria da responsabilidade de todos os órgãos dos Estados, na figura de seus julgadores internos. E, como consequência, teria uma eficácia além de repressiva, mas também preventiva, pois desta forma a Corte IDH teria uma atuação menos frequente em virtude do princípio da subsidiariedade³². Assim, os juízes nacionais exerceriam o controle de convencionalidade em âmbito interno da mesma forma que a Corte IDH o exerce no âmbito internacional.

³¹Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006 (Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas) par. 124.

³²Sobre o princípio da subsidiariedade assim discorreu García Ramírez (2016): La presencia del principio de subsidiariedad, claramente establecido, favoreció la aplicación de la CADH. Por supuesto, su eficaz operación supone una firme voluntad de cumplimiento por parte de los Estados, asociada a la capacidad de asegurar respeto y garantía.

Claudio Rojas (2012), por considerar ser uma questão controversa em muitos Estados, destaca outro ponto relevante da sentença, quando nesta foi acrescentado que o Poder Judicial deve considerar além do tratado, a interpretação que do mesmo tem feito a Corte IDH.

Isto revela o início da formação da ideia de um bloco de convencionalidade, onde não somente a CADH, mas também a jurisprudência da Corte IDH deve ser utilizada como paradigma para controle de convencionalidade.

Ainda sobre esta etapa, Bazan (2011) chamou a atenção para a coincidência cronológica da sentença do Caso Almonacid Arellano e outros vs Chile com a do Caso Vargas Areco vs Paraguai. Curiosamente, à exceção do voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez, nesta última nenhuma menção ao controle de convencionalidade foi efetuada, a despeito de ter sido proferida na mesma data do Caso Almonacid Arellano e outros vs Chile.

3.3.2 SEGUNDA FASE. O CONTROLE DE OFÍCIO

Nesta etapa da evolução jurisprudencial do controle de convencionalidade a Corte IDH avançou no sentido de que este deveria ser exercido de ofício pelo Poder Judicial local. Tal pronunciamento ocorreu em 24 de novembro de 2006, no "Caso Trabajadores demitidos do Congresso vs. Peru"³³.

De acordo com o contido na sentença, em 16 de abril de 1992, o "Governo de Emergência e Reconstrução Nacional" emitiu o Decreto Lei nr. 25438, mediante o qual constituiu-se a Comissão Administradora do Patrimônio do Congresso da República que teve como função adotar medidas administrativas e ditar ações de pessoal que se fizessem necessárias. Foi criada uma Comissão que, autorizada pelo Decreto Lei nr. 25640 de julho de 1992, iniciou um processo de racionalização administrativa, onde foi aplicado um exame de seleção de pessoal, cuja participação foi ofertada aos antigos trabalhadores do Congresso, sob pena de demissão caso não apresentassem os resultados estipulados. O citado Decreto dispôs ainda sobre a improcedência de ação de amparo para impugnar direta ou indiretamente a sua

³³Corte IDH, caso Trabajadores demitidos do Congresso («Aguado Alfaro y otros») c. Perú, sentencia de exceções preliminares, fundo, reparações e custas, 24 de novembro de 2006, serie C, nº 158.

aplicação. Além disso, por meio de uma Resolução da referida Comissão, definiu-se que esta não aceitaria reclamações sobre os resultados dos exames de seleção. Tal processo seletivo culminou na demissão de vários trabalhadores, dentre os quais os 257 que recorreram à CIDH após terem tentado impugnar, sem sucesso, o resultado do processo seletivo no âmbito interno. Desta forma, o processo de amparo, que possibilitava questionamentos acerca de arbitrariedades cometidas, restou desnaturalizado. Desta forma, o dispositivo que reconhecia a improcedência de uma ação de amparo passou a figurar em vários Decretos Leis de interesse do Governo. No momento dos fatos, era impossível o ingresso de uma ação de inconstitucionalidade, pois os magistrados do Tribunal Constitucional haviam sido destituídos. E, o Decreto Lei, ainda válido, impediu que os juízes, por falta de independência, fizessem uso do controle difuso de convencionalidade.

A Corte IDH entendeu ter havido um contexto de impedimentos normativos e práticos que impediram um real acesso à justiça e provocaram insegurança jurídica³⁴. Assim, confirmou o entendimento esposado no "Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile", no sentido de que o Poder Judicial deve exercer não somente o controle de constitucionalidade, mas também o de convencionalidade dentro de suas competências e regulações processuais correspondentes.

"Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que o efeito útil da Convenção não se veja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e fim. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, senão também 'de convencionalidade' *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. Esta função não deve se limitar exclusivamente às manifestações ou atos dos postulantes em cada caso concreto . . . " ³⁵(tradução nossa).

Quanto a este julgamento, García Ramírez (2016) reconhece que a Corte IDH, a despeito de já ter se manifestado no sentido de que os tribunais deveriam exercer o controle de convencionalidade, acrescentou que este deve ocorrer, contudo, no âmbito de suas

³⁴Corte IDH, caso Trabalhadores demitidos do Congresso («Aguado Alfaro y otros») c. Perú, sentença de exceções preliminares, fundo, reparações e custas, 24 de novembro de 2006, serie C, nº 158, par. 129.

³⁵Corte IDH, caso Trabalhadores demitidos do Congresso («Aguado Alfaro y otros») c. Perú, sentença de exceções preliminares, fundo, reparações e custas, 24 de novembro de 2006, serie C, nº 158, par. 129.

competências e dentro dos procedimentos para isso estabelecidos³⁶. Acrescentou que esta função deveria ser exercida de ofício em observância ao princípio *iura novit curia*. No que se refere aos pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência deste tipo de ação destacou que a jurisprudência da Corte não explicitou qual seria o seu alcance³⁷.

Destaca-se aqui, também, alguns pontos contidos no voto de García Ramírez no caso em tela. Ele entende que o *corpus iuris* do controle de convencionalidade não se limita à CADH, mas também compreende outros instrumentos de direitos humanos como, por exemplo, o Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo à Abolição da Pena de Morte, Convenção para Prevenir e Punir a Tortura, Convenção de Belém do Pará para a Erradicação da Violência contra a Mulher, Convenção sobre Desaparecimento Forçado, etc. Neste voto concorrente, percebe-se mais um avanço quanto à abrangência do bloco de convencionalidade.

Bazán (2011) afirmou que a decisão acima mencionada empreendeu um maior nível de determinação jurídica quanto à natureza e obrigatoriedade do controle de convencionalidade quando comparada com a proferida no “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”. Neste último, a Corte IDH teria se referido de forma genérica a uma espécie de controle de convencionalidade, enquanto no "Caso Trabajadores demitidos do Congresso vs. Peru" deliberou que os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, mas também um de convencionalidade. Assim o autor destaca o avanço que esta decisão representou na conformação da doutrina, em especial a sua possibilidade de ocorrer de ofício para que se avalie se uma norma ou ato são ou não convencionais aos

³⁶Ferrer Mac-Gregor (2011) entende que a Corte IDH ao afirmar que os órgãos do Poder Judiciário devem exercer o controle de convencionalidade dentro do limite de suas competências enfatizou que a intensidade deste seria gradual.

³⁷Segundo García Ramírez (2012, p. 54-56, apud García Ramírez, 2016, p.177): "Sabemos [...] que la normativa internacional dispone ciertos presupuestos para la apertura y el desarrollo de la vía internacional de protección de los derechos humanos: condiciones materiales y formales (relacionadas con la naturaleza de la cuestión, la oportunidad en la presentación del asunto, la competencia del órgano, por ejemplo), ante la Comisión y ante la Corte». «La exigencia de que se satisfagan estos presupuestos no implica de suyo, en el caso concreto en el que se plantean, apreciación sobre la existencia de las violaciones aducidas o la responsabilidad de quien deba enfrentarlas o la reparación pertinente. Solo significa —pero esto no carece de importancia y trascendencia, casuísticamente, como es evidente—que el despliegue de la vía internacional, en su caso y del control interno de convencionalidad, en el suyo. se hallan asociados a la observancia de esos presupuestos. Desde luego, la normativa interna puede ser —e incluso debe ser— muy favorecedora de la tutela de los derechos fundamentales, y por ende puede y debe reducir al mínimo los citados presupuestos, a fin de no oponer barreras innecesarias a la protección del individuo. Bajo la misma lógica se prevén los presupuestos en el ámbito internacional!"

tratados de direitos humanos. Citou o “Caso Boyce e outros vs. Barbados”³⁸, onde a Corte IDH teria destacado não bastar haver um controle de constitucionalidade, mas também um de convencionalidade com a CADH.

Outro autor que também destacou o dever de ofício do controle de convencionalidade estipulado neste julgado foi Mazzuoli (2015). Ele chama a atenção para o formato imperativo da decisão quando esta explicita ser um dever do Poder Judiciário efetuar um controle difuso de convencionalidade ainda que este não tenha sido objeto de um pedido expresso das partes. Outra questão, pelo autor destacada, é o fato de que, neste voto, a Corte IDH afirma que controle de convencionalidade não se limitaria à CADH, mas também a qualquer tratado internacional de direitos humanos ratificados por um Estado³⁹.

De acordo com Rojas (2011), "A Corte IDH não impõe um sistema, mas sim, estabelece quais são as obrigações que tem o intérprete, qualquer que seja o sistema constitucional nacional". Entendeu o autor que, neste voto, a Corte IDH teria legitimado o sistema ao afirmar que o controle de convencionalidade deveria ser exercido pelos juízes nacionais no âmbito de suas competências. Ou seja, segundo o autor, a organização interna dos Estados teria sido levada em consideração, permitindo desta forma um funcionamento coerente do mesmo.

Confirmando o entendimento de Rojas, quanto ao posicionamento da Corte relativamente à organização interna dos Estados, assim se manifestou Sergio García Ramírez em entrevista à Revista Colaboração Jurídica da Universidade Nacional do México (2011):

A Corte Interamericana já decidiu, quando se ocupou deste problema, o seguinte: o controle de convencionalidade pode ser exercido por todos os juízes de um Estado; essa é decisão do Estado, não é decisão da Corte Interamericana; podem exercê-lo conforme suas competências e dentro dos procedimentos legalmente estabelecidos para isso. Não de uma maneira anárquica, não de uma maneira desordenada, mas conforme a sua competência.

³⁸Corte IDH, “Caso Boyce e outros vs. Barbados”, Sentença sobre Exceção Preliminar, Fundo, Reparações e Custas, 20 de novembro de 2007, Serie C, N° 169, par. 78.

³⁹De acordo com Mazzuoli (2015) amparam tal entendimento o art. 64, § 1º, da Convenção Americana de Direitos Humanos e a sentença da Corte IDH, no Caso Gómez Palomino Vs. Peru, de 22 de novembro de 2005, na qual pela primeira vez controlou-se a convencionalidade de outro tratado além da Convenção Americana; no caso em tela, utilizou-se para fins de controle a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, aprovada em Belém do Pará (Brasil) em 1994.

Quem fixa as competências? A lei. Quem estabelece os procedimentos para o exercício destas faculdades judiciais? A lei. Então, o que a Corte está manifestando é que a lei preveja ou providencie a forma de exercer o controle difuso da convencionalidade por parte dos juízes do Estado (tradução nossa)

Conclui-se, conforme apontado por Ferrer Mac-Gregor (2010/2011), que nesta segunda fase a Corte IDH, mantendo a definição esposada no "Caso Almonacid Arellano e outros vs Chile", agregou ao conceito de controle de convencionalidade dois novos aspectos: um procedimento que deve ser exercido de ofício, independentemente das partes o terem solicitado, e dentro do marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes⁴⁰.

3.3.3 TERCEIRA FASE. O BLOCO DE CONVENCIONALIDADE

Dando continuidade ao desenvolvimento jurisprudencial do controle de convencionalidade, a Corte IDH precisou progressivamente o conteúdo e alcance do instituto. Neste sentido, procedeu ampliando o rol dos sujeitos obrigados ao exame da convencionalidade de atos e normas, bem como ratificou a ideia do bloco de convencionalidade.

O "Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México"⁴¹, julgado em 26 de novembro de 2010, representa esta fase. A Corte IDH estendeu a obrigatoriedade ao controle de convencionalidade aos órgãos vinculados à administração de justiça em todos os seus níveis, ou seja, a outras autoridades. O caso se referiu à responsabilidade internacional do Estado pela detenção arbitrária, tratamento cruel a que foram submetidos os camponeses ecologistas Teodoro Cabrera Garcia e Rodolfo Montiel Flores, bem como pela falta de investigação e sanção dos responsáveis. Constatou na sentença da Corte IDH que:

⁴⁰Pertencentes a esta segunda fase, FERRER MAC-GREGOR cita os seguintes julgados: *Boyce y otros vs. Barbados* (2007); *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008); *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009); *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010); *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai* (2010); *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010); *Rosendo Cantú e Outra vs. México* (2010); *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia* (2010); *Vélez Lóor vs. Panamá* (2010); *Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010).

⁴¹Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores c. México*, sentença de exceção preliminar, fundo, reparações e custas, 26 de novembro de 2010, serie C, nº 220.

Este Tribunal já estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por isso, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, **todos os seus órgãos, incluídos os juízes**, também estão submetidos àquela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim. **Os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça em todos os níveis** estão obrigados a exercer *ex officio* um "controle de convencionalidade" entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes. Nesta tarefa, **os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça** devem ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo há feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana⁴² (tradução nossa) (grifo nosso).

Observa-se, pois, que a Corte substituiu a expressão 'Poder Judicial', utilizada no 'Caso Almonacid Arellano vs. Chile', para 'todos os seus órgãos, incluídos os juízes'. Estes agora devem velar pelo efeito útil da CADH. E, prosseguindo, que os 'juízes e órgãos vinculados à administração de justiça em todos os níveis' estão obrigados a exercer, de ofício, o controle de convencionalidade.

Segundo Ferrer Mac-Gregor (2011, p. 927), a intenção da Corte IDH seria que todos os juízes devem exercer o controle de convencionalidade, independentemente de hierarquia, grau ou matéria de especialização. Neste sentido assim expôs:

Assim, não existe dúvida de que o 'controle de convencionalidade' deve realizar-se por qualquer juiz ou tribunal que materialmente realize funções jurisdicionais, incluindo, claro, as cortes, salas ou tribunais constitucionais, assim como as cortes supremas de justiça e demais altas jurisdições ...' (tradução nossa)

García Ramírez (2016, p. 178) faz aqui uma crítica à sentença, quando esta referiu-se aos órgãos vinculados à administração de justiça em todos os seus níveis. Reconheceu ser este

⁴²Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores vs México. Exceção preliminar, fundo, reparações e custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. p. 225. Tradução livre. No original: "Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

um universo muito amplo e com diversas qualificações profissionais, como por exemplo 'auxiliares da organização judicial', com funções administrativas ou burocráticas e não somente 'secretários judiciais'.

Entretanto, foi por meio desta sentença que, segundo Mazzuoli (2015), a Corte teria, em definitivo e por unanimidade de votos, afirmado a sua doutrina jurisprudencial sobre o controle difuso de convencionalidade. A partir de então, sob pena de responsabilidade internacional do Estado, o seu Poder Judiciário teria o dever de efetuar o controle de convencionalidade de suas normas à CADH.

No que se refere ao controle difuso de convencionalidade, Rojas (2011), interpretando a sentença em tela, acrescentou que a Corte IDH não impôs tal sistema, contudo estabeleceu quais seriam as obrigações do Estado via a ampliação dos órgãos competentes para a realização do controle, inclusive dos tribunais constitucionais.

Contudo, foi neste julgamento que a Corte IDH por meio dos parágrafos 226 a 232, trouxe casos das Salas Constitucionais da Corte Suprema da Costa Rica, do Tribunal Constitucional da Bolívia, da Corte Suprema de Justiça da República Dominicana, do Tribunal Constitucional do Peru, da Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina e da Corte Constitucional da Colômbia. Nos exemplos trazidos, ao demonstrar como os diversos Estados recepcionaram e aplicaram o direito internacional dos direitos humanos, confirmou-se que não somente os direitos humanos previstos nos tratados internacionais, mas também a própria jurisprudência da Corte IDH compõe o bloco de convencionalidade.

Legale (2020) esclarece que este caso inaugurou um novo fundamento para o controle de convencionalidade, no qual não somente os tratados de direitos humanos mas também as interpretações da Corte IDH nas sentenças e opiniões consultivas a partir da aplicação do princípio pro persona ou da norma mais favorável para o indivíduo, formariam o denominado bloco de convencionalidade.

Confirmando esses entendimentos, no que se refere ao bloco de convencionalidade, Ferrer Mac-Gregor (2010/2011) ressalta que este conceito deve atender ao *corpus iuris* interamericano, abrangendo, portanto, não somente a CADH, mas também aos seus

protocolos adicionais, e a própria jurisprudência da Corte IDH. E neste caso, não se limita aos casos contenciosos, mas também às opiniões consultivas, aos critérios derivados das medidas provisionais e de supervisão de cumprimento de sentença, onde se interprete normatividade convencional.

Conclui-se, nesta terceira etapa, que o controle de convencionalidade deveria ser exercido de ofício, dentro do marco das respectivas competências e das regulações processuais correspondentes, por todos os juízes e por todos os órgãos vinculados à administração de justiça, em todos os seus níveis, tendo como paradigma o conceito de bloco de convencionalidade acima referenciado.

Todavia, no julgamento deste caso outra questão relevante foi suscitada. O Estado mexicano alegou em sede de exceção preliminar, entre outros fundamentos, que a CIDH e a Corte IDH não poderiam atuar como instância de apelação a revisar supostos erros de fato ou de direito que tenham sido cometidos pelos tribunais nacionais, enquanto atuavam dentro de suas jurisdições. Assim, solicitou fosse aplicada a fórmula da quarta instância para que fosse declarada a petição da CIDH inadmissível por falta de competência *ratione materiae*⁴³.

Albanese (2012) entende, apesar de a Corte já ter se posicionado em votos anteriores rejeitando exceções preliminares acerca da quarta instância, haver algo peculiar no caso em tela, pois os tribunais internos haviam exercido o controle de convencionalidade de ofício, que, em sua opinião, deveria ter sido levado em consideração para a procedência de uma exceção de quarta instância.

No entanto, a Corte IDH em resposta ao Estado mexicano, afirmou não ser tribunal de alçada, nem desempenhar funções de quarta instância. Reiterou, todavia, com o intuito de avaliar se houve violação à CADH, sua competência para analisar as decisões judiciais internas.

⁴³Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores c. México, sentença de exceção preliminar, fundo, reparações e custas, 26 de novembro de 2010, serie C, n.º 220, par. 13.

Assim, aponta Albanese (2012) que, em caso de conflito entre controle de convencionalidade efetuado por um tribunal interno e o produzido pelo internacional, este último prevalecerá, pois, a Corte IDH é a intérprete última da CADH.

3.3.4 QUARTA FASE. A EXPANSÃO DO ROL DE CONTROLADORES

Nesta fase, a Corte IDH manifestou-se em um caso emblemático na contínua conformação do controle de convencionalidade. Foi no 'Caso Gelman vs Uruguai'⁴⁴, sentença de 24 de fevereiro de 2011, que a Corte IDH se pronunciou de forma enfática, diferentemente de seus posicionamentos anteriores, acerca da lei de anistia do Estado parte, bem como expandiu ainda mais o rol de obrigados ao exercício do controle de convencionalidade.

Em verdade, a Corte já vinha se manifestando acerca das leis de anistia em julgamentos anteriores, como por exemplo no "Caso Almonacid Arellano e outros vs Chile" e no "Caso Gomes Lund vs Brasil". No primeiro, a Corte sinalizou no sentido de que o Estado chileno deveria "garantir que o Decreto Lei n.º 2.191 não siga representando um obstáculo para a continuidade das investigações"⁴⁵. O Chile não alterou a lei, mas construiu alternativas legais de forma a excluir a aplicação da lei (TORELLY, 2017).

O segundo, "Caso Gomes Lund vs Brasil", versou, em resumo, sobre a responsabilidade internacional do Estado brasileiro sobre o desaparecimento forçado de membros da Guerrilha do Araguaia ocorrido entre 1972 e 1975, período do regime militar que governou o Brasil entre 1964 e 1985, bem como pela falta de investigação ou punição dos responsáveis por tais atos. Embora inexistisse informação conclusiva sobre o que teria acontecido com as vítimas ou sobre onde estariam os seus restos mortais, o Estado aprovou a Lei de Anistia nr. 6683/79, de 28 de agosto de 1979. Esta lei anistiou quem houvesse praticado crimes políticos ou a estes conexos, aí incluídas violações de direitos humanos perpetradas por agentes do Estado.

⁴⁴Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguai. Fondo y Reparaciones. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Serie C No. 221.

⁴⁵Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Sentença de 26 de setembro de 2006(Exceções Preliminares, Fondo, Reparaciones e Custas) par. 171.5.

Neste, a Corte adotou uma postura muito mais incisiva ao afirmar que as disposições da Lei de Anistia brasileira “que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e o castigo dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos, consagrados na Convenção Americana, ocorridos no Brasil”⁴⁶ (TORELLY, 2017).

No entanto, foi por meio da sentença do "Caso Gelman vs. Uruguai", de 24 de fevereiro de 2011, que a "A Corte IDH expandiu fortemente as fronteiras de imperatividade do controle de convencionalidade e entronizou a tutela dos direitos fundamentais como às maiorias na implantação da vida democrática" (BAZAN, 2011, p. 10).

O "Caso Gelman vs. Uruguai" referiu-se à responsabilidade internacional do Estado pelo desaparecimento forçado, durante a ditadura militar, de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, dezenove anos, grávida, bem como pela supressão e substituição da identidade de sua filha, María Macarena Gelman García. Os restos mortais de Maria Claudia nunca foram encontrados. Os fatos nunca foram investigados, nem aplicadas sanções, posto que em 22 de dezembro de 1986 o Parlamento uruguaio aprovou a Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado. Esta, era em verdade, uma lei de anistia aos delitos cometidos no período do regime militar, que, todavia, foi aprovada democraticamente.

A Corte IDH, neste julgado, apontou para limitações ao exercício da democracia direta, em função de obrigações internacionais firmadas previamente pelo estado uruguaio. No parágrafo 239 da decisão, argumentou que:

A só existência de um regime democrático não garante, por si, o permanente respeito ao Direito Internacional, incluindo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual tem sido considerado incluso pela própria Carta Democrática Interamericana. A legitimação democrática de determinados fatos ou atos em uma sociedade está limitada pelas normas e obrigações internacionais de proteção aos direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana, de modo que a existência de um verdadeiro regime democrático está determinada por suas características tanto formais como substanciais, pelo que, particularmente em

⁴⁶Corte IDH, Caso Gomes Lund e outros vs Brasil, Sentença de 24 de novembro de 2010, (Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas), par. 325.3. Tradução nossa.

casos de graves violações às normas de Direito Internacional de Direitos, a proteção dos direitos humanos constitui um limite intransponível para a regra das maiorias, isto é, para a esfera do “suscetível de ser decidido” por parte das maiorias em instâncias democráticas, nas quais também deve primar um “controle de convencionalidade” (supra par. 193), que é função e tarefa de qualquer autoridade pública do Poder Judicial (...) ⁴⁷ (tradução nossa).

Gargarella (2016) entende que a Corte IDH interferiu em uma 'decisão democrática forte' que, após ampla discussão pela sociedade e objeto de consultas populares em 1989 e 2009, decidiu pela vigência da Lei nr. 15848/1986, por meio da qual se concedia perdão a sérias violações de direitos humanos (Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado) perpetrados durante o regime militar no Uruguai. A esse tipo de decisão da Corte IDH, o autor classificou como sendo decorrente do modelo latino americano que possui um enfoque de interferência em contraposição ao modelo europeu que classificou como tendo um enfoque de deferência, resultado do princípio da subsidiariedade e da doutrina da margem de apreciação. Apesar de não ser o objeto do presente trabalho, é de se registrar que Gargarella (2016) entende que estes dois modelos são problemáticos quando confrontados com uma 'perspectiva democrática', na qual compete a cada comunidade decidir acerca de assuntos que afetem significativamente os seus membros.

No que se refere à expansão dos obrigados ao controle de convencionalidade, García Ramírez (2016), ao discorrer sobre o caso, identificou neste a possibilidade de dois tipos de controle de convencionalidade. Um de perfil estrito e outro com um perfil ilimitado. O primeiro estaria caracterizado quando da "intervenção judicial nacional no exame de normas domésticas" e o segundo corresponderia "ao exame de qualquer ato violatório por parte de qualquer autoridade interna, o controle adquire uma extensão ilimitada: todos os exames de congruência entre um ato interno e uma norma de DIDH constituiriam controle de convencionalidade" (GARCÍA RAMÍREZ, 2016, p. 179-180). Ou seja, o controle de

⁴⁷Tradução livre, no original: La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. (...)

convencionalidade com um perfil ilimitado se direcionando agora a todos os servidores públicos.

Depreende-se das fases acima elencadas que a Corte IDH reconheceu a existência de um bloco interamericano de convencionalidade, atribuindo supremacia à CADH e estabelecendo a obrigação dos Estados de aplicar o controle de convencionalidade, nos casos *Barrios Altos vs Peru* (2001), *Mack Chang vs Guatemala* (2003), *Almonacid Arellano vs Chile* (2006), *Cabrera García e Montiel Flores vs México* (2010), e *Gelman vs Uruguai* (2011).

Conclui-se, portanto, que a evolução jurisprudencial da doutrina do controle de convencionalidade na Corte IDH, expandiu gradualmente no sentido de que deve ser exercido de ofício, dentro do marco das respectivas competências e das regulações processuais correspondentes, por todos os juízes, por todos os órgãos vinculados à administração de justiça em todos os seus níveis, e também por qualquer autoridade pública.

Todavia, muito tem sido discutido sobre a inexistência de uma conceituação uniforme da mesma, ou seja, um consenso sobre a mesma. Sobre tais divergências:

Porém, ainda não existe em todos os países de nossa região um conceito unanimemente aceito acerca do controle de convencionalidade, o procedimento ou método para exercê-lo e suas consequências; tampouco o há em torno dos sujeitos facultados para aplicá-lo e às hipóteses em que deve ser aplicado (RAMIREZ, 2016, p. 174-175) (tradução nossa).

Tal problema pode ser consequência do que Sagüés (2019) identificou como um desenvolvimento não linear e não coerente da doutrina do controle de convencionalidade. Ou seja, em virtude de uma formulação que foi crescendo e se sedimentando a partir dos casos julgados pela Corte IDH nos moldes de uma construção pretoriana, ausente de estruturação sistêmica.

A seguir serão trazidas algumas posições doutrinárias que demonstram a ausência de uma uniformização acerca de quem estaria obrigado ao controle a que se refere García Ramírez.

3.4 A DISTINÇÃO ENTRE CONTROLADORES E OBRIGADOS À OBSERVÂNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

A Corte IDH, até o presente, evoluiu na construção de um conceito acerca do controle de convencionalidade. Todavia, García Ramírez (2016), a despeito de defender a necessidade da construção de um *ius commune* que possibilite uma harmonização na aplicação do DIDH objetivando a tutela dos direitos humanos, aponta para o fato de que ainda inexistente uma unanimidade em torno de quem seriam os sujeitos facultados a aplicar o controle e em que hipóteses este deveria ocorrer.

Esclareceu haver uma distinção entre o dever geral de cumprimento, no qual não há exceções, e o dever de controlar atos de outras autoridades. Estabeleceu, portanto, uma diferença entre controladores e obrigados. Estes últimos devem observância às normas nacionais e internacionais. Já os controladores seriam o amplo rol de servidores públicos agora incumbidos do exercício do controle de convencionalidade.

Ao ampliar-se de tal sorte o catálogo dos 'controladores', que não é sinônimo de obrigados à observância de normas nacionais e internacionais, se investiu automaticamente com a missão de controle a servidores públicos de todos os níveis, especialidades, competências: desde membros da força pública, até docentes e funcionários da saúde, desde empregados do serviço postal até operários de órgãos da Administração Pública central e descentralizada, e assim sucessivamente. Não deixa lugar a dúvidas sobre esta amplíssima consequência, a literalidade das expressões utilizadas para estabelecer a encomenda de controle. Se se quiser 'racionalizá-la' atribuindo determinadas fronteiras, teria que fazer uso de elaboradas interpretações ou de francos e talvez pertinentes esclarecimentos e retificações. (GARCÍA RAMÍREZ, 2016, p. 179) (tradução nossa).

É de se acrescentar que em seu voto no "Caso Trabalhadores demitidos do Congresso vs. Peru", Sergio García Ramírez menciona sobre um controle vertical de convencionalidade. Este seria um amplo controle de avaliação da legalidade dos atos das autoridades em conformidade com os padrões internacionais de direitos humanos.

Cita como exemplo divergente o posicionamento de Castilla Juárez (2012, p.91) que entende que: "Solo la Corte Interamericana - no los jueces nacionales - puede ejercer control de convencionalidad" (apud GARCÍA RAMÍREZ, 2016, p.173).

E, para Flores Navarro e Rojas Rivera (2013, p.27, apud GARCÍA RAMÍREZ, 2016, p. 175), o controle de convencionalidade tem um caráter de excepcionalidade, de complementaridade, não passível de ser aplicado em qualquer caso.

Já Albanese (2012) entende por um controle de convencionalidade que deveria ser exercido por todos os juízes e órgãos do Poder Judicial, estendendo-se aos órgãos administrativos com funções jurisdicionais e ao Poder Legislativo no que lhe compete.

Fato é que, a despeito das discussões doutrinárias a respeito, a Corte IDH foi ampliando a relação dos sujeitos obrigados ao exame da convencionalidade que, de acordo com as etapas sintetizadas por Bazan (2011), consolidou-se da seguinte forma: i) Poder Judicial (“Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile”); ii) Órgãos do Poder Judicial (“Caso Trabajadores Demitidos do Congresso vs. Peru”); iii) Juízes e órgãos vinculados à administração de justiça em todos os níveis (“Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México”); iv) Qualquer autoridade pública e não somente o Poder Judicial (“Caso Gelman vs. Uruguai”). Quanto a este último item, Bazan (2011) chamou a atenção para o grau de generalidade na determinação de que qualquer autoridade pública deveria exercer o controle de convencionalidade, o que pode vir a representar problemas quanto a sua operatividade.

Ressalva-se aqui que, na primeira fase onde Bazan (2011) identifica o Poder Judicial como obrigado ao controle convencional, a Corte IDH já fazia menção ao Poder Legislativo que teria o dever garantia, isto é, de agir em conformidade com a CADH⁴⁸. Desta forma, o controle difuso de convencionalidade já nesta fase estava sendo delineado no sentido de dever ser aplicado pelos demais poderes,

Ao comentar sobre a ampliação do rol de controladores estipulados pela Corte IDH, Carbonell (2013, p. 74) reconhece 'uma atitude progressista e garantista da Corte IDH', a fim de assegurar o cumprimento pelos Estados do estabelecido em tratados internacionais de direitos humanos.

⁴⁸Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006 (Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas) par. 123.

E, quanto à viabilidade de sua implementação, nesta conformação mais genérica, é o que se buscará identificar no âmbito das audiências de custódia no Brasil, no capítulo seguinte, pois nos dizeres de Bobbio (2004):

Finalmente, descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil.

3.5 UM CONTROLE CONCENTRADO E DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE

Prosseguindo na análise da doutrina do controle de convencionalidade, necessário se faz apontar que o mesmo abrange duas modalidades, ou seja, pode ser exercido em âmbito internacional ou em um contexto interno.

No âmbito internacional, o controle de convencionalidade refere-se à competência designada a um tribunal internacional ou supranacional para que este determine quando os Estados parte, através de suas normas ou atos, vulneram o direito convencional e geram, através destes, responsabilidade internacional.

No SIDH tal controle se dá por meio da Corte IDH que, por possuir jurisdição vinculante, pronuncia decisões irrecorríveis, constituindo obrigações para todos aqueles por ela elencados como controladores da convencionalidade. Esse controle, que pode ocorrer em sede contenciosa ou consultiva, em seu sentido mais rigoroso, nos dizeres de Sergio García Ramírez, em entrevista à Revista Colaboração Jurídica da Universidade Nacional do México (2011), seria o chamado controle concentrado de convencionalidade.

Desta forma, a Corte IDH ao exercer o controle de convencionalidade em sede concentrada faz uso de sua jurisdição vinculante para os Estados parte, aí incluídos seus juízes nacionais, que no entender de Nogueira Alcalá (2012) são 'juízes descentralizados do sistema interamericano' na proteção dos direitos humanos em âmbito interno. E neste ponto, cabe destacar que não somente vincularia os juízes nacionais, conforme já demonstrado nesta pesquisa. Neste sentido:

A Corte IDH exerce controle de convencionalidade cada vez que determina que um Estado do sistema interamericano, através de um de seus órgãos (**qualquer deles**) **ou um agente de um órgão estatal**, por ação ou omissão, por aplicação de normas jurídicas internas ou por condutas contrárias aos direitos assegurados na Convenção, não cumpre com as obrigações de respeito e garantia dos direitos que são de caráter direto e imediato, ou não utiliza as suas competências para adequar o ordenamento jurídico às obrigações gerais contidas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção, relativamente aos atributos de um ou mais direitos específicos assegurados pela CADH (NOGUEIRA ALCALÁ, 2012, p. 1171). (tradução nossa) grifo nosso.

Cabe aqui lembrar o caráter subsidiário da atuação da Corte IDH em sede contenciosa. Ou seja, apenas ocorrerá quando o reconhecimento do direito violado restou inócuo no âmbito interno, restando à vítima a busca pelo amparo no tribunal internacional. É o que comanda a CADH em seu preâmbulo e no seu art. 61.2.

Quanto ao controle interno, a análise conjunta das decisões da Corte IDH demonstra ser este de extrema relevância. É o chamado controle difuso de convencionalidade. Neste sentido:

Dessa forma, as cortes internacionais somente controlarão a convencionalidade de uma norma interna caso o Poder Judiciário de origem não tenha controlado essa mesma convencionalidade, ou a tenha realizado de maneira insuficiente. Portanto, é incorreto pensar que apenas o controle internacional da convencionalidade das leis (realizado pelas instâncias internacionais de direitos humanos) seria o verdadeiro controle de convencionalidade, uma vez que tal raciocínio guarda a insuperável incongruência de não reconhecer que é dos próprios tribunais internacionais (v.g., da Corte Interamericana) que decorre a exigência de os juízes e tribunais internos controlarem (em primeira mão, antes de qualquer manifestação internacional sobre o tema) a convencionalidade de suas normas domésticas. O controle de convencionalidade internacional é apenas coadjuvante ou complementar do controle oferecido pelo Direito interno, como destaca inclusive o segundo considerando da Convenção Americana, que dispõe ser a proteção internacional convencional "coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos" (MAZZUOLLI, 2015, p. 425)

De acordo com Ferrer Mac-Gregor (2010/2011). o controle difuso de convencionalidade seria 'uma nova manifestação da constitucionalização do direito internacional'. No seu entender, a CADH e a jurisprudência da Corte IDH formariam o que ele denominou de 'bloco de convencionalidade' e a essência desse controle estaria descrita no par. 124 da sentença da Corte IDH no julgamento do 'Caso Almonacid Arellano e outros vs Chile', abaixo reproduzida.

A Corte é consciente que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado houver ratificado um tratado internacional como a Convenção Interamericana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judicial deve exercer uma espécie de 'controle de convencionalidade' entre as normas jurídicas internas que aplicam em casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judicial deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo há feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana⁴⁹ (tradução nossa).

García Ramírez (2016) explicitou que compete ao Estado providenciar a forma como este controle difuso deve ser exercido pelos seus juízes pois a Corte IDH não ordenou um regime de controle difuso⁵⁰. E, em seu voto no 'Caso Trabajadores Demitidos do Congreso vs Peru' chamou a atenção para o fato de que o sucesso do controle de convencionalidade dependeria da difusão que o regime de direitos pode alcançar por meio do controle difuso. E este seria, um controle por ele classificado de 'extenso', no sentido de ser 'vertical e geral', pois analisaria a juridicidade dos atos das autoridades, aí incluídos todos os tribunais, face ao *corpus iuris* convencional⁵¹.

Contudo, demonstra preocupação com uma possível dispersão jurisprudencial, face a ausência de um posicionamento por parte da própria Corte IDH sobre a natureza do controle concentrado ou difuso. Isto porque ao considerar o controle de convencionalidade como sendo um instrumento de harmonização e segurança jurídica, ou seja de um *ius*

⁴⁹Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006 (Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas) par. 124.

⁵⁰Segundo Cossio (2013, p. 71), conforme citado por García Ramírez (2016, p. 180), "El control difuso de convencionalidad implica que «cuando los juzgadores del país, todos ellos, consideren que la norma general que deben aplicar en un juicio es contraria a un derecho humano contenido en un tratado internacional celebrado por el Estado mexicano, deberán dejar de aplicar el precepto y resolver en consecuencia».

⁵¹Voto Concorrente de Sergio García Ramírez no 'Caso Trabajadores Demitidos do Congreso vs Peru' par. 12. Este "control de convencionalidad", de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener —como ha sucedido en algunos países— carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos. par. 13. Esto permitiría trazar un sistema de control extenso —vertical y general— en materia de juridicidad de los actos de autoridades —por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos—, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del corpus jurisprudencial. Me parece que ese control extenso —al que corresponde el "control de convencionalidad"— se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

commune interamericano, entende ser necessária uma reflexão sobre qual seria o meio mais eficiente de exercê-lo. Menciona inclusive que há quem entenda que os juízes 'inferiores' geralmente não praticam um controle de convencionalidade porque levam o caso, via consulta de constitucionalidade, às Cortes Superiores. E de acordo com Sagüés (2012, p. 431), citado por Ramirez (2016, p. 181), tal atitude seria benéfica pois surgiriam critérios uniformes via jurisprudência da Corte Suprema.

E, neste sentido, também em uma crítica ao controle difuso de convencionalidade, Sagüés (2010) chama a atenção para problemas que dele podem advir. No seu entender seria de fácil implementação em um país que possua um controle difuso de constitucionalidade, como a Argentina por exemplo, no qual todo juiz tem competência para efetuar esta revisão. Acrescenta que também não acarretaria maiores dificuldades nos Estados que adotam um regime misto. Contudo, problemas surgirão, a seu ver, nos regimes onde os juízes não estariam habilitados para exercer o controle de constitucionalidade, competência somente da Corte Suprema, configurando um controle concentrado. Cita como exemplos os casos do Uruguai, México e Costa Rica. Todavia entende que estas dificuldades não podem servir de escusas para o não exercício do controle de convencionalidade, pois este sempre terá que ser praticado sob pena de violação das diretrizes da Corte IDH.

Ainda no que se refere às dificuldades operativas do controle de convencionalidade no plano interno dos Estados, em especial quanto a inaplicabilidade de norma interna, não declarada inconstitucional, em decorrência do controle de convencionalidade pelo órgão de jurisdição ordinária, Rojas (2011), criticando o trabalho de Bazan (2011), destaca que este último não apresentou claras respostas para o problema.

Como já mencionado anteriormente na segunda fase da evolução do instituto, Rojas (2011) mais uma vez ressalta que o controle deve ser exercido no âmbito das 'competências internas de cada operador de justiça', na forma delineada pela Corte IDH. Isto contribuiria, a seu ver, para delinear o alcance do controle de convencionalidade e legitimar o sistema interno de cada Estado. E, tendo em mente que o controle de convencionalidade é distinto do controle de constitucionalidade, a seu ver, o marco de atuação se desenvolveria sob os limites da competência interna de cada órgão. Este seria o norte de atuação em cada caso.

A doutrina aqui pesquisada concorda, entretanto, que as dificuldades operativas do controle de convencionalidade não amparam, todavia, o seu não exercício. Além de Sagüés (2010), Rojas (2011) também afirma que a autoridade judicial estará sempre obrigada "... a realizar uma interpretação normativa que tenha a efetiva proteção dos direitos fundamentais".

E, para que tal interpretação normativa se realize, Bazan (2011) destaca ser necessário o conhecimento do bloco de direitos humanos e acervo jurisprudencial da Corte IDH por parte dos operadores jurídicos internos.

Por sua parte, ainda que óbvio, seu exercício exige implicitamente que os operadores jurídicos conheçam o citado bloque de direitos humanos e o acervo jurisprudencial da Corte IDH e, paralelamente, embora em exercício introspectivo, livrar-se de preconceitos vazios de chauvinismo normativo quando se trata de colocá-lo em prática (Justicia..., 2012, p. 25)⁵² (tradução nossa).

E no mesmo sentido, assim se manifestou Cançado Trindade em seu voto no 'Caso Trabajadores Demitidos do Congresso vs Peru'. Defendeu que os Poderes Judiciais de cada Estado partem devem ter um conhecimento pleno do 'Direito Internacional dos Direitos Humanos' assim como o tem do 'Direito Constitucional'. E tal conhecimento deve ser aplicado em conjunto, face a constante interação que atualmente se impõe entre o ordenamento jurídico nacional e internacional.

Propondo uma solução para a questão, Rojas (2011) destaca preliminarmente que o exercício hermenêutico deve estar presente tanto no controle concentrado de convencionalidade, exercido pela Corte IDH, quanto no controle difuso deste, para fins de proteção dos direitos humanos. A partir de então, encarando como um desafio à implementação do controle difuso de convencionalidade, sugere a constitucionalização de certas normas de DIDH ao bloco de constitucionalidade. Este abrangeria também a interpretação que os sistemas de proteção, como a Corte IDH por exemplo, têm feito destes preceitos normativos. Finaliza, sinalizando que o controle de convencionalidade nada mais é

⁵²Tradução livre. No original: Ciertamente, aquel mecanismo no es inocuo, sino que plantea diferentes retos y en no pocas ocasiones genera inconvenientes operativos en los espacios jurídicos nacionales. Por su parte, aunque obvio, su ejercicio exige implícitamente que los operadores jurídicos conozcan el citado bloque de derechos humanos y el acervo jurisprudencial de la Corte idh y paralelamente, aunque ya en ejercicio introspectivo, se despojen de vacuos prejuicios de chauvinismo normativo a la hora de concretarlo.

do que concretização de uma obrigação assumida pelos Estados parte de um tratado de direitos humanos.

A respeito da interpretação harmônica do direito, Albanese (2012) sugere que a Corte IDH deveria promover debates nacionais e internacionais em prol dos 'grandes lineamentos doutrinários em matéria convencional', em especial, a respeito de matérias divergentes à jurisprudência, antes que estas últimas viessem a ser aplicadas em um caso concreto. Alerta também para o papel do Poder Legislativo acerca do controle de convencionalidade. Entende que este deve ser aplicado quando da elaboração ou modificação de leis de forma a evitar confrontos ou lesão de direitos humanos. Chama assim a atenção para o aprendizado que deve ter o legislador a respeito da matéria, a fim de evitar a sanção de leis inconventionais. Estas medidas, a seu ver, beneficiariam a eficácia do sistema em prol da pessoa que não mais se veria obrigada a buscar no âmbito internacional a proteção de seus direitos violados internamente. Alerta para a necessidade de diálogos entre a Corte IDH e os juízes dos tribunais máximos nacionais, bem como entre órgãos de um mesmo sistema de proteção internacional. Tais poderiam revelar doutrinas duradouras baseadas no princípio da segurança jurídica, mas sempre em prol da defesa dos direitos humanos previstos em tratados internacionais.

Traçadas, portanto, algumas discussões doutrinárias acerca da operacionalização do controle difuso de convencionalidade, segue-se uma análise, em linhas gerais, deste controle no Brasil.

3.5.1 O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Segundo García Ramírez acima do tratado e da Constituição está o ser humano e o que for mais benéfico para ele é o que deve ser aplicado⁵³.

⁵³Esta pesquisa não abordará a discussão doutrinária acerca do status que devem ter os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo Brasil. Se estariam acima da Constituição, teriam caráter supralegal ou constitucional.

O posicionamento de García Ramírez demonstra o que seria ideal em um estado que efetivamente valorize os direitos humanos, onde haja a prevalência do princípio *pro homine*. Todavia, os efeitos causados pela forma como os tratados internacionais de direitos humanos são inseridos no ordenamento jurídico de um Estado em realidade interferem sobremaneira neste critério de interpretação das normas. Neste contexto, a seguir será feita uma breve análise de como a forma como os tratados internacionais de direitos humanos são introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro interferem no controle difuso de constitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988, por meio de seus artigos 4º, inc. II, art. 5º, §2º e 3º e art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), preconiza sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos. O art. 4º, inc. II estabelece a prevalência dos direitos humanos como sendo um princípio a reger as relações internacionais brasileiras. O art. 5º, §2º, por sua vez determina que os direitos e garantias previstos na Constituição Federal não podem excluir outros direitos e garantias previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. Já o §3º do mesmo artigo, introduzido por meio da EC 45/2004, estabelece que os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus membros, seriam equivalentes às emendas constitucionais. E, no art. 7º do ADCT consta que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos.

Conforme visto, pode-se depreender que uma CF/88 adotou um viés pró direitos humanos. Entretanto, a posição hierárquica dos tratados internacionais, em especial os relativos a direitos humanos, é objeto de discussão, com teses divergentes a respeito da matéria. Cita-se a tese da legalidade ordinária, na qual os tratados internacionais, independentemente da matéria, teriam tratamento de lei ordinária. No entanto especificamente quanto aos tratados internacionais de direitos humanos há três posicionamentos a respeito. O primeiro defende que os tratados internacionais de direitos humanos possuem o status de norma constitucional, sendo recepcionados integral e automaticamente pela CF. Um segundo posicionamento entende que os tratados internacionais de direitos humanos conferem status de supralegalidade perante o ordenamento jurídico ordinário, porém estão abaixo da CF/88. E, por último, há o que defenda a supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, ou sejam, estão acima da CF, podendo, inclusive, alterá-la.

Defensor do status constitucional dos tratados de direitos humanos, Cançado Trindade (1996) teve relevante papel na incorporação dos direitos humanos aos direitos fundamentais por meio do art. 5º §2º. Ressaltou a importância deste dispositivo constitucional ao conceder tratamento diferenciado em âmbito interno aos 'direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados'. Fez um contraponto com os tratados internacionais em geral que necessitam da intervenção do Poder Legislativo para vigência ao passo que os que envolvem matéria de direitos humanos, em razão do disposto no art. 5º §2º da CF, passam 'a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno'. De acordo com Galindo (2005), Cançado Trindade privilegia o princípio *pro persona*, e não o hierárquico, ou seja, o direito internacional seria superior ao direito interno em caso de oferecer maior proteção aos direitos individuais. Segundo Cançado Trindade (1991, p. 631), conforme citado por Piovesan (2013, p. 113):

“Assim, a novidade do art. 5º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista”

No mesmo sentido de Cançado Trindade, manifestando-se de forma positiva quanto à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos nas Constituições⁵⁴, Piovesan entende pela hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos:

Com efeito, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, em 3 dez. 2008, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontra-se dividida entre a tese majoritária que confere aos tratados de direitos humanos hierarquia infraconstitucional, mas supralegal (5 votos) e a tese que confere aos tratados de direitos humanos hierarquia constitucional (4 votos), nos termos do artigo 5º,

⁵⁴“Quanto à incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, observa-se que, em geral, as Constituições latino-americanas conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distinguindo-os dos tratados tradicionais. Neste sentido, merecem destaque o art. 75, n. 22, da Constituição argentina, que expressamente atribui hierarquia constitucional aos mais relevantes tratados de proteção de direitos humanos, e o art. 5º, §§ 2º e 3º, da CF brasileira, que incorpora estes tratados no universo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos. As Constituições latinoamericanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do direito internacional conjuga-se o processo de internacionalização do direito constitucional” (PIOVESAN, 2013, p. 20-21).

parágrafos 2.º e 3.º da Constituição Federal. Esta autora defende a tese da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, considerando a racionalidade e integridade valorativa da Constituição de 1988 (PIOVESAN, 2013, p. 23).

Piovesan (2013, p.113-115) aponta três aspectos que sustentam a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos. O primeiro refere-se ao art. 5º §2º, que ao não excluir direitos e garantias previstos em tratados internacionais, automaticamente os estaria incluindo no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos. O segundo argumento a validar o status de norma constitucional decorreria de uma interpretação sistemática e teleológica do próprio texto constitucional em função 'da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional'. E por fim, a natureza materialmente constitucional dos direitos constitucionais.

Sarlet (2015) é outro defensor da tese da equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos e dos direitos fundamentais constantes na CF/88, por força do seu art. 5.º, § 2.º. Segundo o autor, em decorrência da abertura que tal dispositivo constitucional proporcionou houve uma expansão do catálogo dos direitos fundamentais, se não formalmente mas materialmente constitucionais. Assim, esta tese:

'...é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais' (SARLET, 2015, p. 353).

Contudo, com a EC 45/2004, que introduziu o §3º ao art. 5º da CF, acima mencionado, a discussão intensificou-se, em especial sobre os tratados internalizados sob a égide do §2º do artigo mencionado. A partir do julgamento do RE 466.343⁵⁵, no qual se discutiu a legitimidade da prisão civil do depositário infiel diante da CADH, consolidou-se,

⁵⁵“Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5.º, LXVII e §§ 1.º, 2.º e 3.º, da CF, à luz do art.7.º, n. 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjuntado RE 349.703 e dos HC 87.585 e HC 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (RE 466.343, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05.06.2009).

majoritariamente, o status supralegal do referido tratado, defendido pelo Ministro Gilmar Mendes. Entendeu-se que a referência pela Constituição aos tratados internacionais de direitos humanos não significava que os mesmos tivessem hierarquia de norma constitucional. O Min. Gilmar Mendes, em seu voto, assim proferiu quanto à tese da supralegalidade.

“pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”⁵⁶.

Posicionamento contrário apresentou o Ministro Celso de Melo que entendia o status constitucional da CADH, independentemente de aprovação anterior à EC 45/2004. Em seu voto o Ministro, ao defender da tese da constitucionalidade, manifestou-se no sentido de que os tratados de direitos humanos, celebrados pelo Brasil anteriormente à EC 45/2004, têm caráter materialmente constitucional, compondo assim o bloco de constitucionalidade. E a fundamentação legal seria o art. 5º, §2º da CF. Segundo destaca Marinoni (2015), e de acordo com este entendimento, tal dispositivo constitucional constituindo uma cláusula aberta, admitiria o ingresso dos tratados internacionais de direitos humanos na mesma condição hierárquica das normas constitucionais, e não com outro status normativo. No entanto, não foi esta a tese que prevaleceu no STF.

Conclui-se, com o posicionamento do STF, que somente os tratados internacionais de direitos humanos que sejam internalizados no ordenamento jurídico brasileiro, por maioria qualificada, terão status constitucional, pois equivalentes às emendas constitucionais, como a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Os demais tratados internacionais de direitos humanos aprovados anteriormente à EC 45/2004, como a CADH por exemplo, assumem status supralegal. E aqueles tratados internacionais que não versarem sobre direitos humanos tem valor infralegal.

A maioria da doutrina brasileira não sustenta a tese da supraconstitucionalidade, no entanto, segundo o ensinamento de Sagüés (2010), o Pacto de São José da Costa Rica está

⁵⁶Voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343, Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05.06.2009.

acima da Constituição. De acordo com o autor, tal assertiva se justifica porque, considerando que o Estado parte signatário da CADH não pode alegar a sua constituição para descumpri-la, em caso de confronto entre as duas normativas, obrigatoriamente deverá prevalecer os comandos do Pacto. E isto somente acontece porque a CADH está juridicamente acima da constituição. E o autor vai mais além, aplicando a lógica do controle de convencionalidade, para defender seu entendimento:

A consequência do controle de convencionalidade é que a regra constitucional que lesiona o Pacto deve ser inaplicada, se preferir a expressão de Sudre, "paralisada". Se se deseja ampliar o tema, em outra perspectiva, pode constatar-se que o Pacto pode lesionar juridicamente a constituição, tanto que seu direito pode implicar na inaplicação da regra constitucional que se lhe oponha, ou exigir modificação (tenha-se presente, uma vez mais, o caso "A última tentação de Cristo"). Pelo contrário, segundo o controle de convencionalidade, a constituição não pode validamente lesionar o pacto. Se isto não implica superioridade da Convenção sobre a constituição, francamente não sabemos como denominar de outro modo tal estado de coisas (SAGÜÉS, 2011, p. 284) (tradução nossa).

E, quanto aos reflexos que o status normativo dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro produzem no controle de convencionalidade, cita-se a posição de Marinoni (2015). O autor entende que se o tratado foi aprovado de acordo com o art. 5.º, § 3.º da CF, caberá além do controle difuso, ação direta perante o STF. E para os tratados com status de supralegalidade somente seria possível o controle difuso de convencionalidade.

No mesmo sentido é o posicionamento de Mazzuoli (2015). Segundo este, os tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada, são materialmente constitucionais, mas não formalmente constitucionais. E os tratados de direitos humanos aprovados por maioria qualificada seriam materialmente e formalmente constitucionais. Segundo o autor esta distinção implicará no tipo de controle de convencionalidade a ser aplicado pelas autoridades judiciais brasileiras. Apesar de a Corte IDH não ter sobre isto se manifestado, entende haver um controle concentrado de convencionalidade, além do difuso, a cargo do STF, que somente seria aplicável aos tratados internalizados por meio de maioria qualificada (art. 5º, §3º da CF/88). Quanto àqueles recepcionados nos moldes disciplinados pelo art. 5º, §2º, da CF/88, somente caberia um controle difuso de convencionalidade na forma estabelecida pela jurisprudência da Corte IDH, ou seja, deve ser exercido por todos os juízes e tribunais, de ofício ou a requerimento das partes, dentro do limite de suas competências. E ressaltando o princípio *pro homine*:

Uma vez que todos os tratados de direitos humanos em vigor no Brasil guardam nível materialmente constitucional, constitui obrigação dos juízes e tribunais locais (inclusive do STF, v.g., quando decide um Recurso Extraordinário, um *Habeas Corpus* etc.) invalidar as leis internas - sempre quando menos benéficas que o tratado de direitos humanos em causa, em atenção ao princípio *pro homine* - que afrontam as normas internacionais de direitos humanos que o Brasil aceitou (por meio de ratificação formal) na órbita internacional (MAZZUOLLI, 2015, p. 428-429).

Segundo o autor, a exemplo do contido no art. 105, III, alínea a, da CF/88, é possível depreender-se que o controle difuso de convencionalidade existe desde a promulgação da Constituição, a despeito de a doutrina brasileira ter sido silente sobre o tema. Cita julgamento da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do processo RR- 1072-72.2011.5.02.0384, em 24 de setembro de 2014, que declarou, por unanimidade, que a previsão contida no art. 193, §2º da então vigente CLT, que permitia ao empregado optar pelo adicional de insalubridade que lhe fosse devido, além de ser incompatível com a CF/88 também era inconveniente com os tratados a que se referiam as Convenções 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho.

Em resumo, Mazzuoli (2015) defende que todos os tratados que compõem o *corpus juris* convencional dos direitos humanos, de que o Brasil é parte, são paradigmas de controle de convencionalidade das normas internas. No entanto, se o tratado possuir status de norma materialmente constitucional somente servirá como paradigma do controle difuso de convencionalidade, pois o controle concentrado de convencionalidade, a ser exercido pelo STF, somente seria aplicável aos tratados de direitos humanos internalizados sob a disciplina do art. 5º §3º da CF/88, ou seja, material e formalmente constitucionais.

Demonstrada, portanto, a posição que possui a CADH no ordenamento jurídico brasileiro, seja do ponto de vista doutrinário, ou do adotado pelo STF, analisar-se-á, a seguir, se as audiências de custódia vem sendo exercidas de forma a cumprir o seu objetivo convencional, ou se violam os preceitos dos tratados internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil figura como Estado parte.

4 AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA SOB UM OLHAR DO CONTROLE CONVENCIONAL

4.1 ASPECTOS GERAIS

O conceito de custódia, de acordo com os dicionários, envolve guardar alguém ou alguma coisa com segurança e é neste sentido que surge a expressão 'audiência de custódia'. Nos dizeres de Paiva (2018), a audiência de custódia refere-se à condução da pessoa presa, sem demora, à presença de uma autoridade judicial a fim de que seja exercido um imediato controle da legalidade e da necessidade da prisão. Depreende-se, portanto, que as audiências de custódia possibilitam a averiguação em torno da legalidade e necessidade da prisão, bem como, por meio delas, se torna possível identificar possíveis atos de tortura ou maus-tratos praticados na pessoa detida.

A expressão “audiência de custódia”, utilizada amplamente pelo direito brasileiro, não encontra correspondência no Direito Comparado, sendo por vezes utilizada pela doutrina as expressões “audiência de apresentação” ou de “audiência de garantia” (PAIVA, 2018)⁵⁷. Todavia, independentemente do termo a ser empregado, a conceituação a ser aqui considerada é no sentido de ser um instrumento fundamental para "as garantias processuais do preso, para a verificação de possíveis maus-tratos ou torturas no momento da prisão, ou sobre seu impacto na redução da população prisional provisória do país." (BALLESTEROS, 2016, p. 18).

Considerando que as audiências de custódia são o procedimento no qual será possível ocorrer a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ressalta-se que a detenção preventiva comporta dois interesses divergentes, conforme indica Cassel (1995). De um lado, o interesse da sociedade que reclama por segurança frente à delinquência, e de outro, o das pessoas acusadas da prática de atos delituosos, independentemente de serem ou não culpadas, que merecem ter seus direitos humanos fundamentais e convencionais preservados. Isto

⁵⁷De acordo com Paiva (2018):Em suma, temos que o conceito dado à audiência de custódia está totalmente vinculado à sua finalidade (assunto do tópico seguinte), não podendo se confundir com a mera “audiência de apresentação”, pois sua previsão nos tratados internacionais de direitos humanos já citados somente se justifica na possibilidade de servir-se como um instrumento de controle judicial imediato da prisão. Paiva, Caio. Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro - 3ª edição . Edição do Kindle.

significa, segundo o autor, que o Direito Processual Penal deve acomodar estes interesses de forma a evitar um conflito irremediável. E, prossegue, com o intuito de se obter um processo justo e perfeitamente adequado a um Estado Democrático, que adote como paradigma o Direito Internacional de Direitos Humanos, as instituições, os processos, e as normas inerentes ao sistema criminal deverão promover a investigação e sanção do delito, ao mesmo tempo que devem resguardar os direitos do indivíduo sob suspeita ou acusação de delinquência.

No mesmo sentido explicita Ballesteros (2016) ao defender a livre convicção dos magistrados em audiências de custódia, face pressões midiáticas ou populistas que veem como impunidade o investimento em alternativas penais.

O Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) elaborou um estudo onde se defendeu a racionalização do uso da prisão preventiva no processo de reforma do sistema de justiça criminal na América Latina. Esta racionalização refere-se à lógica da prisão preventiva como regra geral, significando a aplicação da pena antecipada, sendo substituída por sua utilização em caráter excepcional. Em um estudo anterior, no qual se analisou a utilização de cautelares como alternativa às prisões preventivas, constatou-se que "a experiência em reformas processuais na América Latina tem demonstrado que o uso da prisão preventiva é maior quando o sistema não conta com audiências orais na etapa de investigação" (CEJA, 2011, p. 8-9, tradução nossa). E assim, o referido estudo concluiu que a implementação das audiências, em substituição ao sistema exclusivamente escrito, ao trazer mais informação, publicidade e oportunizar o contraditório, contribui para uma tomada de decisão judicial com maior qualidade.

Em análise ao julgado da Corte IDH no "Caso Suarez Rosero vs Equador", Barletta (2018) ressalta que o Tribunal condicionou a excepcionalidade da prisão processual quando necessária ao asseguramento da eficácia das investigações e à ação da justiça, denotando que o princípio de presunção de inocência deve ser a regra a nortear a excepcionalidade na prisão preventiva. A natureza ou gravidade do crime imputado não deve restringir a aplicação deste princípio. Segundo a autora, este entendimento da Corte IDH será aplicado em decisões posteriores, de forma cada vez mais explícita.

No julgamento do "Caso Acosta Calderon vs Equador"⁵⁸, a Corte IDH entendeu ser a apresentação sem demora da pessoa detida à presença de um juiz, uma medida de controle a se evitar detenções arbitrárias ou ilegais, considerando que:

'Um Estado de direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou coercitivas, quando seja estritamente necessário, e procura em geral, que se trate o culpado de maneira consonante à presunção de inocência⁵⁹ (tradução nossa).

E, ainda sobre a excepcionalidade da prisão preventiva, assim se pronunciou a Corte IDH no Caso Tibi vs Equador⁶⁰:

A prisão preventiva é a medida mais severa que se pode aplicar ao imputado de um delito, motivo pelo qual sua aplicabilidade tem um caráter excepcional, em virtude de que se encontra limitada pelos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, indispensáveis em uma sociedade democrática ⁶¹(tradução nossa).

E, especificamente sobre as características pessoais e gravidade do delito a nortear as prisões preventivas, assim se manifestou no "Caso Lopes Alvarez vs. Honduras"⁶²:

As características pessoais do suposto autor e a gravidade do delito que se imputa não são, por si mesmos, justificção suficiente da prisão preventiva. A prisão preventiva é uma medida cautelar e não punitiva. Se infringe a Convenção quando se priva de liberdade, durante um período excessivamente prolongado, e desproporcional, a pessoas cuja responsabilidade criminal não foi estabelecida. Isto equivale a antecipar a pena (tradução nossa).

Assim, neste capítulo, sob a ótica do controle de convencionalidade, será analisada a audiência de custódia somente em casos de prisão em flagrante. A pesquisa versará sobre a sua fundamentação legal no âmbito internacional e a ausência de positivação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. E, a partir da sua regulamentação interna, será verificado qual foi o seu impacto relativamente aos direitos consagrados na CADH, a saber, o direito à

⁵⁸Corte IDH. Caso Acosta Calderon vs Equador. Sentença de 24 de junho de 2005. (Fundo, Reparações e Custas).

⁵⁹Corte IDH. Sentença de 24 de junho de 2005. (Fundo, Reparações e Custas), par.76.

⁶⁰Corte IDH, "Caso Tibi vs. Ecuador", Sentença de Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas, 7 de setembro de 2004, Serie C, N° 114.

⁶¹Corte IDH, "Caso Tibi vs. Ecuador", Sentença de Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas, 7 de setembro de 2004, Serie C, N° 114, par. 106.

⁶²Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentença de 1 de fevereiro de 2006. Fundo, Reparações e Custas. par. 67, 69.

liberdade e a não discriminação quanto à cor, raça, sexo e posição econômica. E ao final, indicará qual o posicionamento da Corte IDH sobre a apresentação da pessoa detida sem demora à presença de um juiz.

4.2 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

O PIDCP foi adotado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992. Relativamente à prisão assim dispôs em seu artigo 9º:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.
2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.
3. ***Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.***
4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.
5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à repartição. (grifo nosso)

A CADH, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em São José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992, no mesmo sentido do PIDCP, relativamente à liberdade pessoal, assim estabeleceu em seu art. 7º:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, á presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condiciona a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. (grifo nosso)

Recentemente, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 8.766/2016, estabeleceu em seu art. XI que, "Toda pessoa privada de liberdade deve ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e apresentada, sem demora e de acordo com a legislação interna respectiva, à autoridade judiciária competente".

Como é possível observar, os tratados internacionais acima mencionados são semelhantes e versam sobre a necessidade de a pessoa detida ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou de outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais.

4.3 A TARDIA POSITIVAÇÃO DE NORMAS INTERNACIONAIS

O ordenamento jurídico brasileiro disciplinava de forma divergente aos tratados internacionais relativamente à condução da pessoa presa sem demora ao juízo.

A CF/88 em seu art. 5º, inc. LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI, estabeleceu, entre outros, que: a) ninguém será preso, senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, b) a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso, c) o preso será informado de seus direitos, inclusive o de permanecer calado, havendo direito

à assistência de um advogado e de sua família, d) o preso terá direito à identificação dos responsáveis pela prisão, d) a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária e) ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Observa-se que nos dispositivos constitucionais acima elencados, não se verifica previsão a determinar a apresentação da pessoa presa, sem demora, à autoridade judicial competente para fins de verificação da legalidade da prisão.

Ao se manifestar sobre a prisão em flagrante, Badaró (2014) ressalta que além de a CF não prever a audiência de custódia, apenas assegura ao preso o direito de permanecer calado, se for interrogado, o que normalmente acontece perante autoridade policial.

Por sua vez, o CPP, em seu art. 310, com a redação dada pela Lei nº 12.403 de 04 de maio de 2011, estabeleceu relativamente à prisão em flagrante que:

Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (grifo nosso)

Constata-se, portanto, que em 2011 a legislação manteve-se silente quanto à apresentação, sem demora, da pessoa presa ao juiz, privilegiando um 'sistema exclusivamente escrito' como apontou o relatório do CEJA, acima mencionado.

Defendendo o status constitucional da CADH, Ada Pellegrini (2009, p.71) observou:

todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior. Isso quer dizer que as garantias constitucionais e as da Convenção Americana se integram e se completam; e, na hipótese de ser uma mais

ampla que a outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais (*apud* BADARÓ, 2014, p. 5)

No mesmo sentido, ao analisar o voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, Badaró (2014, p. 6) reproduziu Cançado Trindade (2003, p. 515) que defendeu “a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central”.

Diante do fato de que as disposições constitucionais e o CPP estavam em desacordo com a CADH, Badaró (2014) defendeu a sua autoaplicabilidade. Para reforçar sua argumentação, além de posicionamentos doutrinários no mesmo sentido, citou o Parecer Consultivo nr. 07/86 da Corte IDH, e o art. 5º, §1º da CF/88. Este dispositivo constitucional estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Desta forma, defendeu o caráter 'self-executing' das normas de direitos humanos.

E, adotando o posicionamento de Cançado Trindade (1997, p.431, *apud* BADARÓ, 2014, p. 16-17), a CADH seria uma norma autoexecutável.

Para que uma norma convencional possa ser autoaplicável, passou-se a considerar necessária a conjugação de duas condições, a saber, primeiro, que a norma conceda ao indivíduo um direito claramente definido e exigível ante um juiz, e segundo, que seja ela suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente em um caso concreto, operando *per se* sem a necessidade de um ato legislativo ou medidas administrativas subsequentes. A norma diretamente aplicável, em suma, consagra um direito individual, passível de pronta aplicação ou execução pelos tribunais ou juízes nacionais.

Portanto, segundo tal entendimento, as autoridades judiciárias brasileiras poderiam ter utilizado as audiências de custódia para constatação da legalidade ou não da prisão em flagrante. Contudo, assim não procederam durante 23 anos, ou seja, desde a ratificação da CADH e do PIDCP em 1992, até a expedição da Resolução 213, de 15/12/2015, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), quando, então, iniciou-se o processo de implementação do instituto em tela. E, finalmente, por meio da Lei nº 13964 de 24/12/2019, tal previsão foi formalmente inserida no CPP, ao conferir nova redação ao art. 310.

Assim sendo, até 2015, a teor do contido no art. 306, §1º do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12403/2011, somente o auto de prisão em flagrante era encaminhado ao juiz competente. O procedimento era burocrático, pois o preso em flagrante delito era conduzido à autoridade policial para formalização do auto de prisão, mas não ao juiz.

Posteriormente, em conformidade com o art. 310 do CPP, na redação da Lei nº. 12403/2011, ao receber o auto de prisão em flagrante, o Juízo decidiria pelo relaxamento da prisão, se entendesse ilegal, pela prisão preventiva (art. 312 do CPP) ou medida cautelar (art. 319 do CPP), ou ainda pela liberdade provisória, com ou sem fiança. Procedimento este realizado sem que o juiz tivesse tido contato com a pessoa presa, que, em caso de decretação de preventiva, somente seria ouvida em interrogatório, meses ou mesmo anos depois (LOPES JUNIOR, 2013, p. 9). Tal afirmativa se deve pelo fato de a Lei nº 11719/2008 ter transferido o interrogatório do acusado para o último ato da instrução (art. 400, *caput*, do CPP), ou seja, somente ao final do processo.

A Corte IDH assim se manifestou a respeito da simples comunicação ao juízo em detrimento do comparecimento pessoal do preso:

Em primeiro lugar, os termos da garantia estabelecida no artigo 7.5 da Convenção são claros quanto a que a pessoa detida deve ser levada sem demora ante um juiz ou autoridade judicial competente, conforme os princípios de controle judicial e imediação processual. Isso é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como à vida e à integridade pessoal. O simples conhecimento por parte do juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e apresentar sua declaração ante o juiz ou autoridade competente⁶³.

Poderiam, durante este período, os atores do sistema judicial brasileiro ter adotado o dispositivo internacional? Conforme aqui demonstrado, sim. Em primeiro lugar, a CADH em seu artigo 2º estipula o dever que os Estados têm de adotar as medidas legislativas, ou de outra natureza, necessárias para efetivar os direitos e liberdades por ela consagrados. O Estado brasileiro assim não procedeu durante 23 anos. Neste sentido, sobre os efeitos da ausência normativa, 'pode acontecer que por norma ou por sua ausência esteja envolvida a violação de algum direito' (ALBANESE, 2012, p. 64).

⁶³Corte IDH. Caso Acosta Calderon vs Equador. Sentença de 24 de junho de 2005. (Fundo, Reparações e Custas), p. 78

Em segundo lugar, considerando a determinação da Corte IDH de que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelo Poder Judicial do Estado, relativamente aos tratados internacionais de direitos humanos de que seja signatário e, a autoexecutoriedade, conforme defendida por Cançado Trindade, em uma análise sistêmica dos arts. 7º da CADH, 9º do PIDCP e do art. 5 §1º e §2º da CF/88, pode-se concluir que o controle judicial imediato, configurado por meio das audiências de custódia, poderia ter sido aplicado pelos juízes nacionais.

Mazzuolli (2015) ao analisar a sentença da Corte IDH no "Caso Almonacid Arellano vs Chile" assim se manifestou sobre o dever do Poder Judiciário:

Fica claro também que o controle de convencionalidade exercido pelos juízes e tribunais nacionais deverá pautar-se pelos padrões estabelecidos pela "intérprete última" da Convenção (ou seja, a Corte Interamericana). Isso tem reflexos no chamado controle difuso de convencionalidade, pois se a Corte (repita-se: a "intérprete última" da Convenção) não limita o dito controle a um pedido expresso das partes em um caso concreto, e se, ao seu turno, os juízes e tribunais locais "devem" levar em conta a interpretação que do tratado faz aquele Tribunal, tal significa que o Poder Judiciário interno não deve se prender à exclusiva solicitação das partes, mas controlar a convencionalidade das leis *ex officio* sempre que estiver diante de um caso concreto cuja solução possa ser encontrada em tratado internacional de direitos humanos em que o Estado seja parte: *iura novit curia*.

Ferrer Mac-Gregor (2010/2011, p. 24) afirma que a Corte IDH, tendo por base o controle de convencionalidade, afirma que quando o legislativo falha na sua tarefa de suprimir e/ou não adotar leis contrárias à CADH, o Poder Judicial permanece vinculado ao dever de garantia estabelecido no artigo 1.1 da mesma e, conseqüentemente, deve abster-se de aplicar qualquer normativa a ela contrária.

Não foi o que se observou no caso brasileiro. Ao não terem sido adotadas as medidas necessárias para implementação das audiências de custódia, as prisões provisórias decretadas nestas condições deveriam ter sido reputadas ilegais.

Portanto, a ausência de norma interna a disciplinar as audiências não serve como escusa para a sua não ocorrência, pois a CADH e o PIDCP deveriam ter sido utilizados como paradigma, a garantir, mediante controle de convencionalidade, o direito dos custodiados. Contudo, não foi o que se observou. Manteve-se um procedimento burocrático, onde as

prisões preventivas eram decretadas em prejuízo do direito de defesa dos presos, visto não terem sido ouvidos pessoalmente pelo Juízo, o que somente viria a ocorrer meses ou anos depois.

Descumpriu-se a CADH, especialmente em seu arts. 2º, 7.5 e art. 9º do PIDCP.

4.3.1 CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE ANTES DA RESOLUÇÃO DO CNJ?

A despeito da ausência de normativa interna a disciplinar o instituto das audiências de custódia, cita-se alguns exemplos da jurisprudência nos quais é possível identificar como ou se o controle difuso de convencionalidade foi exercido, tanto por parte da Defensoria Pública quanto do Juízo⁶⁴.

Na Ação Penal nº 0000812-91.2014.402.5001/ES, 2ª Vara Federal de Vitória – ES, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região concedeu a ordem do *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União, determinando que o acusado fosse levado à presença do juiz, em 24 horas, para a realização de audiência de custódia. Nesta, o Juízo de 1ª instância havia indeferido pedido da Defensoria Pública da União de designação de audiência de oitiva do preso, com o seu comparecimento perante a autoridade judicial. No acórdão, foi deferido o pedido da defesa, sob o fundamento da CADH, de onde se extraem os seguintes trechos:

“(…) cumpre analisar o pleito de apresentação do preso perante a autoridade judicial, que se fundamenta no art. 7º, inc. 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica (...) A respeito desta questão, a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, ao introduzir modificações no Código de Processo Penal no que diz respeito à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, alterou o art. 306, § 1º e art. 310, daquele diploma legal, estabelecendo que em até 24 horas após a realização da prisão, o respectivo auto de prisão em flagrante deverá ser encaminhado ao juiz competente, que ao recebê-lo deverá, fundamentadamente, manifestar-se a respeito da custódia, relaxando-a se ilegal, convertendo-a em preventiva ou concedendo a liberdade provisória. **Entretanto, tal dispositivo legal não se coaduna com a determinação de apresentação pessoal do preso, contida na Convenção supratranscrita.** (...)

Ocorre que o resguardo a direito fundamental do preso não pode depender de norma futura, quando já se tem incorporado ao direito pátrio, por meio de Convenção

⁶⁴Dados obtidos do Informativo Rede Justiça Criminal, Boletim nr. 07, 1ª edição, ano 04 de 2014.

Internacional da qual o Brasil é signatário, determinação no sentido de sua apresentação pessoal perante a autoridade judiciária. Tal apresentação visa precipuamente a salvaguarda à integridade física e psíquica do preso, que deverá ser ouvido pelo juiz, com evidentes garantias ao estabelecimento da verdade real sobre os fatos, possibilitando, ainda, a análise judicial dos motivos da prisão, não se substituindo pela mera notificação da ocorrência desta. Registre-se, por fim, que o Brasil ao subscrever a Convenção Americana de Direitos Humanos, aceitou a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que já possui precedentes de condenação de alguns Estados pela não observância ao disposto no já referido e transcrito inciso 5, do art. 7º daquela convenção. Assim sendo, deve o paciente ser levado à presença do juiz, em 24 horas a partir desta decisão, a fim de que o mesmo seja ouvido, na presença de seu defensor, devendo a oitiva ser registrada em autos apartados, versando exclusivamente sobre a integridade física e psíquica do preso, o resguardo a seus direitos fundamentais, bem como sobre os requisitos da prisão preventiva, cuja necessidade poderá ser revista pelo juízo monocrático. Isto posto, **CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM**, para determinar a apresentação pessoal do preso perante o juiz nos termos acima explicitados.⁶⁵ (grifo nosso)”

De acordo com o contido no sítio da Rede de Justiça Criminal, o Juiz Federal da 2ª Vara Criminal de Vitória (ES), ao cumprir a decisão de segunda instância e realizar a audiência de custódia, decidiu pela revogação da prisão preventiva substituindo-a por medidas cautelares alternativas.

No caso a seguir⁶⁶, o Juízo de 1ª instância da 2ª Vara Federal de Cascavel – PR, nos autos do Inquérito Policial nº 5003796-08.2014.404.7005/PR, em decisão que indeferiu pedido de revogação de prisão preventiva decretada, fez constar, em resumo, que o direito interno oferece mais garantias ao preso do que à CADH, que estaria disposto a conceder a audiência de custódia, caso a defesa insistisse em tal pedido. E que considerava curto o tempo de dois a quatro meses, decorridos entre a prisão e as audiências. Reproduz-se abaixo, trechos da decisão:

O direito brasileiro não oferece a garantia de comparecimento perante o juiz em sede de investigação. Há direito apenas à comunicação ao juiz da prisão - art. 5º, inciso LXII, da Constituição da República, combinado com art. 306 do Código de Processo Penal.

⁶⁵Ação Penal nº 0000812-91.2014.402.5001/ES, 2ª Vara Federal de Vitória – ES, decisão de 23/05/2014 / Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2ª Turma Especializada, Habeas Corpus nº 0003188-18.2014.402.0000/ES, DJ 04/06/2014.

⁶⁶Inquérito Policial nº 5003796-08.2014.404.7005/PR, 2ª Vara Federal de Cascavel – PR, decisão de 10/04/2014 /Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Habeas Corpus nº 5009720-63.2014.404.0000/PR, DJ 17/06/2014.

No entanto, a legislação processual penal foi alterada, passando a prever que a prisão em flagrante se esgota com a pronta análise, pelo juiz, da necessidade da manutenção da prisão - art. 310 do Código de Processo Penal.

O sistema brasileiro repudia prisões automáticas. Exige ordem judicial fundamentada para que a prisão processual se mantenha. Com isso, **o direito interno oferece mais garantias que o Pacto de São José determina.**

(...)

Além disso, os processos perante este juízo com réu preso têm sido trazidos a **audiência em tempo relativamente curto - dois a quatro meses.**

(...)

Assim, apenas **caso a defesa insista será designada audiência de custódia.**

(...)

Dessa forma, considerando as informações supra, indefiro o pedido de revogação da prisão preventiva e concessão da liberdade provisória à ré.

5. Intimem-se. **Caso haja insistência pela defesa, requisite-se a flagrada L. para audiência de custódia.** (grifo nosso)

A decisão acima foi reformada pelo Tribunal Regional Federal da 4a Região Fiscal, principalmente em função das informações obtidas em sede de audiência de custódia, nos seguintes termos.

Consultando novamente os autos do IPL, **principalmente a audiência de custódia** (Ev. 64), tenho que a versão dos fatos dada pela paciente - no sentido de que foi convidada para viajar e que ficou sabendo da droga no momento em que foi encontrada pelos policiais - é coerente com o depoimento de VH, condutor do veículo também indiciado, que fez afirmações no mesmo sentido, asseverando que a paciente não sabia da existência da droga (grifo nosso).

Os dois casos trazidos revelam que, principalmente em primeira instância, não houve um controle difuso de convencionalidade entre as normas internas e os tratados internacionais de direitos humanos. No segundo caso, inclusive, é claro e expresso o desprezo da autoridade judicial pela CADH. As audiências de custódia somente ocorreram após a interveniência da defesa que, nos casos aqui mencionados, foi efetuada pela Defensoria Pública e por decisão dos Tribunais Regionais Federais. Assim, quanto a estes dois últimos atores do sistema judiciário brasileiro, pode-se inferir que exerceram um controle de convencionalidade. Ademais, os exemplos trazidos demonstram a relevância da audiência de custódia como instrumento de aproximação da Justiça à situação específica de cada custodiado, ensejando, conseqüentemente, o afastamento de medidas extremas e ilegais.

4.4 DESAFIOS NA DEFESA DO DIREITO DE SER OUVIDO

4.4.1 A RESISTÊNCIA DOS SUPOSTOS CONTROLADORES DA CONVENCIONALIDADE ÀS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

De acordo com Ballesteros (2016), as audiências de custódia começaram a ser implementadas no país, inicialmente no Tribunal de Justiça de São Paulo. Assim, através do Termo de Cooperação Técnica nº 007/2015, celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), deu-se início ao “Projeto Audiência de Custódia”.

Seguiram-se, entretanto, movimentos de resistência à tal implementação. Por meio do Mandado de Segurança nº 2031658-86.2015.8.26.0000, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a Associação Paulista do Ministério Público, alegou a inconstitucionalidade da implementação das audiências de custódia por ferir competência privativa da União de legislar em matéria processual, visto que alteraria o CPP. A ação foi rejeitada pelo TJSP.

Posteriormente, a Associação de Delegados de Polícia do Brasil ingressou com ação no STF (ADI 5240) alegando a incompetência do Tribunal de Justiça de São Paulo para instituir norma que criasse obrigações para a autoridade policial. O STF julgou improcedente a ação. Reproduz-se, abaixo, trechos relevantes da ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7o, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”.

4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1o, 3o, 5o, 6o e 7o normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de *habeas corpus* instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional.

8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes.

Conforme já mencionado, foi em sede da ADPF nº 347, que em 09.09.2015, foi determinado aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão.

Assim, em 15 de dezembro de 2015, o CNJ publicou a Resolução nº 213, onde em seu art. 1º, restou determinado que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, será obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

A citada norma fundamentou-se, relativamente a tratados internacionais, no art. 9º, item 3, do PIDCP das Nações Unidas, o art. 5º item 2 e 7º, item 5, da CADH e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

No entanto, segundo Ballesteros (2016), houve "grande resistência por parte da cultura jurídica, política e administrativa em tratar e adotar a restrição de liberdade com a devida excepcionalidade que a Constituição lhe impõe".

Cita-se como exemplo dessa resistência, onde as audiências estiveram 'sob ataque', no âmbito do Legislativo, os Projetos de Lei nº 8045/10, 10372/18, 882/19 e o projeto de decreto legislativo 317/16. De acordo com o IDDD tais projetos tentaram subverter os parâmetros internacionais.

O Projeto de Lei nº 8045/10 propôs a dilação do prazo de 24 horas para a apresentação das pessoas custodiadas à autoridade judicial e previa a possibilidade de realização de audiências através de videoconferência. O projeto de decreto legislativo nº 317/16, de autoria

do deputado Eduardo Bolsonaro, previa sustar integralmente a Resolução 213/2015 do CNJ. No Projeto de Lei nº 10372/18, transformado na Lei Ordinária nº 13964/19, elaborado por várias autoridades, incluindo o Ministro do STF Alexandre Moraes, introduzia-se o acordo de não persecução penal no momento da audiência de custódia. E o Projeto de Lei nº 882/19, apensado ao Projeto de Lei nº 10372/18, de autoria do então Ministro da Justiça Sergio Moro, instituía a obrigatoriedade de realização das audiências de custódia por videoconferência e introduzia o acordo de não persecução penal.

Ao final, o próprio Presidente da República vetou o §1º do artigo 3º-B do CPP, na redação conferida pela Lei nº 13.964/2019 que previa a vedação à utilização do recurso de videoconferência.

E, em tempos de pandemia, a Resolução nº 329/2020 do CNJ, por meio do seu art. 19, proibiu a realização de audiências de custódia por videoconferência. A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) impetrou Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 6527 perante o STF. Alegou em resumo que tal artigo usurpava a atribuição da União para legislar sobre Direito Processual. A referida ação ainda se encontra no STF aguardando julgamento.

É a pandemia sendo utilizada para retirada de direitos, promovida pelo próprio Judiciário. Como se a excepcionalidade por ela causada sugerisse de alguma forma o esvaziamento destes, atingindo de forma violenta os mais vulneráveis.

Observa-se, portanto, várias autoridades, representantes do Poder Executivo, Judiciário e Legislativo, que nos termos empregados pelo Juiz Sergio García Ramírez deveriam atuar como controladores da convencionalidade com a CADH e demais tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, atuando de forma contrária aos comandos normativos de direitos humanos.

No que se refere ao Legislativo e o controle de convencionalidade, Albanese (2012) chama a atenção para o papel que este deveria desempenhar. A autora entende que o controle deve ser exercido quando da elaboração ou modificação de leis de forma a evitar confrontos ou lesão de direitos humanos. Chama assim a atenção para o aprendizado que deve ter o legislador a respeito da matéria, a fim de evitar a sanção de leis inconventionais.

Segundo o IDDD (2019), grande parte dos atores sociais ainda enxergam as audiências de custódia como um "entrave, uma etapa descartável e operacionalmente enfadonha do processo".

4.4.2 A PRISÃO É A REGRA

4.4.2.1 *SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO - BREVES CONSIDERAÇÕES*

Segundo dados do Sistema do Departamento Penitenciário Nacional, DEPEN (2020), em dezembro/2019, o sistema penitenciário brasileiro registrava 755.274 pessoas encarceradas. Destas, 229.823 correspondem ao regime provisório. Portanto, 30,4% da população carcerária encontra-se sem julgamento definitivo.

A seguir, será efetuada uma comparação entre 2015 (ano em que foram implantadas as audiências de custódia em território nacional) e 2019 (última atualização do Sistema de Informações do Sistema Penitenciário Nacional, SISDEPEN) relativos a alguns dados do sistema prisional brasileiro.

A taxa de aprisionamento (número de pessoas presas por 100.000 habitantes) no ano de 2015 era de 341 e em 2019 elevou-se para 359,40⁶⁷. No ranking elaborado pelo Institute for Crime & Justice Policy Research, University of London (2020), a partir de sua base de dados intitulada 'World Prison Brief', o Brasil ocupa a 21ª posição em taxa de aprisionamento entre 223 países. Se considerarmos apenas os números brutos, o Brasil ocupa a terceira posição, ficando atrás dos EUA e da China, respectivamente primeira e segunda posições na lista.

⁶⁷Fonte: DEPEN. Sisdepen (2019)

Tabela 1 — Evolução da população prisional

ANO	POPULAÇÃO PRISIONAL	TAXA DE APRISIONAMENTO
2015	698.618	341
2016	722.120	350
2017	722.716	348,03
2018	744.216	356,95
2019	755.274	359,40

Fonte: Elaboração própria a partir de dados obtidos no DEPEN (2020)

Tabela 2 — Presos Provisórios

ANO	PRESOS PROVISÓRIOS	PERCENTUAL RELATIVO À POPULAÇÃO PRISIONAL	TAXA DE APRISIONAMENTO TEMPORÁRIO
2015	261.786	37,5	128
2016	252.256	34,93	122
2017	255.900	35,4	123
2018	261.017	35,07	125
2019	229.823	30,4	109

Fonte: Elaboração própria a partir de dados obtidos no DEPEN (2020)

Tabela 3 — Nível de ocupação do sistema prisional

ANO	POPULAÇÃO PRESA	NR. VAGAS	DÉFICIT DE VAGAS	NÍVEL DE OCUPAÇÃO (%)
2015	698.618	371.201	327.417	188,20
2016	722.120	446.874	275.246	161,59
2017	722.716	430.137	292.579	168
2018	744.216	454.833	289.383	163,62
2019	755.274	442.349	312.925	170,74

Fonte: Elaboração própria a partir de dados obtidos no DEPEN (2020)

Dos dados acima trazidos, observa-se que a taxa de aprisionamento temporário apresentou uma redução de 2015 até 2019, se comparada com a taxa de aprisionamento geral, que apresentou crescimento neste mesmo período. Não foram coletados elementos a partir dos quais se possa afirmar que essa redução foi causada pela implantação das audiências de custódia. Ademais, de acordo com o IDDD (2019), ainda há uma 'tímida contribuição das audiências de custódia para o desencarceramento e a efetividade da Justiça'.

Todavia, o nível de ocupação do sistema prisional é alarmante, pois apesar de ter apresentado uma queda de 2015 para 2016 (188,2% para 161,59%), voltou a crescer e, atualmente, se encontra em 170,74%. Isto significa haver um encarceramento em massa no país, desacompanhado de uma atuação do Estado que assegure um mínimo de qualidade de vida às pessoas encarceradas.

4.4.2.2 *O PERFIL DOS CUSTODIADOS*

De janeiro/2015 a 02/novembro/2020, segundo dados obtidos no sítio do Conselho Nacional de Justiça (2020), foram realizadas 730.791 audiências de custódia. Destas, 436.289 tiveram a prisão preventiva decretada, em 293.762 foram concedidas liberdade, 28.250 casos foram objeto de algum serviço social e em 817 casos foi concedida a prisão domiciliar. Houve, ainda, dentre estes casos, 41.552 relatos de tortura e maus-tratos. Estes dados demonstram que a prisão preventiva foi decretada, desde a implantação das audiências de custódia até a presente, em 59,7% dos casos. Tais números podem evidenciar que a restrição da liberdade, com o caráter excepcional previsto constitucionalmente, ainda sofre resistência no Judiciário.

Com o intuito de constatar qual a parcela da população está sendo presa em flagrante e como o Judiciário e outros atores do sistema criminal brasileiro tem atuado relativamente às audiências de custódia, a presente pesquisa utilizará os dados constantes do relatório publicado pelo IDDD, em 2019, denominado 'O fim da liberdade. A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia'. O citado relatório elaborou um estudo a partir de uma amostra de 2.774 casos, objeto de audiência de custódia, celebradas no ano de 2018, em 13 cidades de 9 estados brasileiros. Serão aqui resumidos, alguns dos resultados

apurados pelo citado Instituto, quanto ao racismo, cor, sexo, posição econômica, condição social, além de maus-tratos e tortura. Estes referem-se aos direitos que toda pessoa tem de não ser por eles discriminados ou submetidos. São direitos que compete ao Estado o dever de assegurar-lhes. É o que determina o art. 1º da CADH.

No que se refere ao perfil por sexo tem-se que 91% das pessoas custodiadas são homens.

Quanto ao perfil por raça e cor, 64,1% das pessoas que passaram pelas audiências de custódia eram negras e 35,7% brancas. Segundo o relatório, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 47,1% da população das cidades analisadas é composta por negros/as. Comparando os dados, o IDDD entendeu que "um racismo estrutural opera como um dos principais motores do sistema de Justiça criminal brasileiro, levando mais negros/as do que brancos/as para dentro do sistema".

A título de exemplo, reproduz-se a seguir, caso de racismo ocorrido durante a audiência de custódia.

Foram relatadas situações em que membros do Judiciário, bem como os servidores presentes, dão risada da aparência ou da forma de falar das pessoas custodiadas. Em um caso específico, um escrevente comentou, de maneira jocosa, que se o custodiado estivesse "com aquele cabelo" seria o caso de "preventiva na certa", fazendo o juiz gargalhar (IDDD, 2019, p.16)

Relativamente à escolaridade, 35% sequer tinham o ensino fundamental concluído e 25% tinham apenas o ensino fundamental, demonstrando que a maioria das pessoas presas em flagrante tem acesso precário à educação.

Quanto ao perfil por idade, 66% tinham menos de 29 anos de idade.

No que se refere ao perfil por renda, constatou-se que a maioria dos casos refere-se a pessoas de baixa renda, em que a maioria, 37,6% informou ter renda variável. E dentre os que declararam alguma renda, 24,8 declararam receber entre 1,1 e dois salários mínimos. Apenas

8,9% declararam receber valor superior a R\$ 1.908,01, ou seja dois salários mínimos. E, em 37% dos casos sequer foi mencionada a questão da renda em audiência.

De acordo com o IDDD (2019), dos 2.584 casos pesquisados, apenas 23, ou seja, 0,89% obtiveram concessão de liberdade irrestrita, sem imposição de medidas cautelares. O Instituto alerta para o fato de que, a despeito de entre estes 23 custodiados, 11 serem negros (57,9%) e 08 brancos (42,1%), na amostra os negros representam 64,1% contra 35,9% das pessoas brancas custodiadas.

Outro dado interessante trazido no relatório, diz respeito ao tipo de crime onde mais se observou a concessão de liberdade provisória. Foram os crimes relativos à violação às leis de trânsito, que proporcionalmente são os que apresentam um maior percentual de pessoas brancas nas audiências de custódia, 64,3% nos casos de crimes de trânsito sem concurso de crimes e 52,6% em todos os casos de crimes de trânsito, com e sem concurso de crimes.

Este número indica que a liberdade é a exceção e prisão é a regra, principalmente para a população negra, contrariando as normativas internacionais de direitos humanos.

Quanto à tipificação dos crimes, a grande maioria dos casos apreciados nas audiências de custódia são crimes não violentos, segundo os dados do IDDD (2019). Ocorre que a fundamentação da decretação da prisão preventiva baseia-se na violência gerada pelo suposto crime praticado. O relatório aponta para o fato de que em 68,6% das audiências, esta fundamentação não se aplicaria, pois referem-se à tráfico de drogas, crime sem vítimas e sem violência.

Em uma análise por cidade, observou-se que 57% das decisões consultadas resultaram em prisão preventiva. E dentre estas, em apenas 1% foi concedido o regime domiciliar. Constata-se também que a maioria das cidades adota preferencialmente a decretação de prisão preventiva.

Registrou-se, ainda, que no Rio Grande do Sul, é adotado um procedimento diverso do previsto na Resolução 213/2015 do CNJ. Neste estado é feito um exame prévio dos documentos referentes à prisão sem a presença da pessoa custodiada. A audiência de custódia

somente é realizada após esse reexame e para os casos onde a prisão preventiva foi decretada. E nestas audiências, 30% das preventivas anteriormente decretadas unicamente com base em documentos são revogadas. Pessoas que poderiam ser libertadas de imediato estão sendo prejudicadas por este sistema. E Porto Alegre foi a cidade onde verificou-se o maior índice de decretação de prisão preventiva, ou seja, 70%.

A violência estatal torna o flagrante ilegal, acarretando o relaxamento da prisão. Pessoas contrárias às audiências de custódia justificam seu posicionamento por entenderem que os presos se utilizam de tais relatos para obter a liberdade.

De acordo com o apurado pelo IDDD (2019), tal afirmativa não procede. Os relaxamentos de prisão representaram apenas 2,17% dos casos analisados (56 casos). Somente em cinco deles a decisão do juízo fundamentou-se na alegada violência praticada pelos policiais. Dentre esses cinco casos, em apenas dois a violência foi a única justificativa para o relaxamento.

O relatório destaca o problema decorrente da violência policial brasileira, uma das mais violentas do mundo. Apurou que, em determinadas localidades, a Polícia Militar é apontada como agressora em mais de 90% dos casos com episódio de violência: 92,3% em Feira de Santana e 91,8% em Belo Horizonte. Informou ainda que de acordo com pesquisa efetuada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em 34% das audiências de custódia realizadas entre setembro de 2016 e setembro de 2017 o/a custodiado/a relatou ter sofrido violência policial, sendo que, novamente, a Polícia Militar é apontada como principal agressora: 89,6% dos casos com relato de violência. E do universo pesquisado pelo IDDD, as pessoas que relataram ter sofrido algum tipo de agressão, indicaram a Polícia Militar como a responsável em 72,9% dos casos.

A fim de coibir tais atos, a audiência de custódia exerce papel primordial pois, ao permitir o contato quase que imediato com o juiz, facilita a apuração de eventuais maus tratos cometidos. A Resolução 213/15 do CNJ estabeleceu que

“a audiência de custódia deve ocorrer em condições adequadas que tornem possível o depoimento por parte da pessoa custodiada, livre de ameaças ou intimidações em

potencial que possam inibir o relato de práticas de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes a que tenha sido submetida”.

Por condições adequadas indicou a retirada das algemas do custodiado; a presença de advogado ou defensor público, com quem a pessoa possa conversar confidencialmente antes da audiência em espaço reservado; a ausência dos agentes de segurança que efetuaram o flagrante; e a não utilização de armamento letal pelos agentes responsáveis pela segurança das audiências de custódia.

E relativamente à atuação do juiz determinou que “na coleta do depoimento, o juiz deve considerar a situação particular de vulnerabilidade da pessoa submetida a práticas de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”, adotando uma postura respeitosa, clara e compreensiva diante do relato da pessoa custodiada.

Determina ainda que providências devem ser adotadas pelo juiz caso reste evidenciada a existência de indícios de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes,

O CNJ também determina que a autoridade judicial deve oferecer uma escuta cuidadosa e adotar uma postura respeitosa, clara e compreensiva diante de um relato de tortura, além de tomar as providências cabíveis para garantir a segurança da vítima. Isso é indispensável porque, além de se tratar de um crime praticado por agente público, a ocorrência de violência que caracterize tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes torna o flagrante ilegal, obrigando o/a juiz/a a decidir por seu relaxamento (IDDD, 2019, p. 26).

No entanto, uma série de problemas foram detectados nas audiências que interferem diretamente no objetivo destas de coibir abusos e violência policiais, denotando inobservância ao estipulado na Resolução 213/15 do CNJ .

O relatório indica que em 96,3% dos casos, a audiência foi acompanhada por agentes de segurança, e em algumas cidades, a presença chegou a quatro policiais na sala. O número de agentes e o porte explícito de armamentos objetivam a intimidação das vítimas.

Quanto à apuração dos relatos de violência, constatou-se o desinteresse dos 'atores do sistema de Justiça' em apurá-los. A pesquisa revelou que 63,3% das pessoas que foram perguntadas sobre violência policial disseram não a ter sofrido, mas 23,8% afirmaram que sim. O restante, 12,9%, não foi perguntado e também não se manifestaram sobre a questão.

De acordo com o IDDD (2019), dos casos em que houve resposta positiva para a ocorrência de maus-tratos, apenas 21,6% foram encaminhados pelo juízo ao Instituto Médico Legal e em 0,90% (6 casos) houve instauração de inquérito policial'.

A promotoria, por sua vez, se absteve de dar encaminhamento para os relatos ainda durante a audiência em 74,3% dos casos e a defensoria ou o advogado, em 72,4%.

De acordo com o relatório, o baixo número de relatos de agressão estaria relacionado às condições em que as audiências são realizadas, divergindo do estabelecido na Resolução do CNJ, e também pela forma pouco clara como os juízes questionam os detidos sobre a ocorrência de tortura ou maus tratos. Ex: “tem alguma reclamação a fazer?” ou “teve algum problema com a polícia?”. Afirma-se no relatório que essas podem ser causa de subnotificação dos casos de violência pela simples incompreensão a respeito da pergunta por parte da pessoa custodiada.

A Lei nr. 13.257 de 08 de março de 2016, chamada de Marco Legal de Atenção à Primeira Infância, alterou o artigo 318 do Código de Processo Penal e passou a permitir que toda mulher presa provisoriamente que seja gestante ou que tenha filhos de até 12 anos tenha o direito à prisão domiciliar. A regra também vale para homens que sejam “o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos”. Antes desta, a Lei nr. 12403/2011 já havia alterado o mesmo dispositivo legal do CPP para garantir o direito à prisão domiciliar quando forem imprescindíveis aos cuidados de menores de 6 anos ou com deficiência.

De acordo com o relatório do DEPEN (2020), vinculado ao Ministério da Justiça, o Brasil tem cerca de 36.929 mil mulheres no sistema penitenciário, sendo que 12.441, em torno de 33%, ainda não foram julgadas e estão presas provisoriamente. E 50,94% do total de mulheres presas, ou seja, 17.506, o tipo penal aplicado foi por envolvimento com o tráfico de drogas. De acordo com a Defensoria Pública do Ceará (2017), estas mulheres ocupam posições de menor relevância no tráfico de drogas, atuando, em sua maioria, no transporte e comércio de pequenas quantidades. Pelo fato de serem crimes cometidos sem violência ou ameaça física, isso justificaria a aplicação de medidas punitivas alternativas.

Importante ressaltar ser direito da criança ficar com sua mãe em casa, sobretudo quando ela não cometeu um ato grave que justifique o encarceramento, e, principalmente, quando ela ainda sequer foi julgada.

Segundo a Defensoria Pública do Ceará (2017), a dificuldade para obtenção de documentos probatórios que amparem o pedido de prisão domiciliar é um fator a dificultar a concessão da prisão domiciliar. De acordo com o levantamento elaborado pelo IDDD (2019) tal fato decorre da baixa credibilidade da palavra das mulheres perante os juízes. De acordo com tal estudo, de 5 em 10 dos casos nos quais houve aplicação da prisão domiciliar, o/a juiz/a condicionou a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar à apresentação de documentação que comprovasse a maternidade, em afronta à decisão do STF, que dispôs deva ser dada credibilidade à palavra da mãe.

Outro entrave mencionado pela Defensoria Pública do Ceará (2017), decorre da lentidão da justiça.

O segundo desafio é a demora na análise dos pedidos, notadamente no caso de mulheres grávidas, as quais muitas vezes dão à luz aos filhos sem que seus pedidos tenham sido analisados judicialmente. No entanto, o que mais me preocupa é o argumento em favor da segurança arguido para negar um direito tão claro na legislação e conclamado em tratados internacionais, nos quais o Brasil é signatário. A lógica da vigilância prevalece sobre a do cuidado (Defensoria Pública do Ceará, 2017).

Outro ponto a ser ressaltado são as condições em que vivem as mães presidiárias, muitas delas com seus bebês, conforme denuncia a defensora pública.

Os berços disponibilizados para as crianças não cabem nos quartos e as crianças acabam tendo que dividir as camas com as mães. Duas grávidas de 9 meses dormem em colchões no chão porque não há camas para todas, o mato no entorno da creche está alto e é comum a presença de mosquitos e animais peçonhentos. O Governo do Estado não fornece fraldas e nem pomadas de assaduras para os bebês, além de outros produtos de higiene fundamentais para a primeira infância. O material que existe lá é adquirido pela família ou oriundo de doações. É uma triste realidade, mas essas mulheres e os bebês vivem na invisibilidade (Defensoria Pública do Ceará, 2017).

O STF concedeu um *habeas corpus* coletivo em favor de todas as mulheres grávidas ou com filhos de até 12 anos presas provisoriamente por crimes não violentos, tendo como fundamento a Lei nº 13.257 de 08 de março de 2016. A decisão também abarcou mães de crianças com algum tipo de deficiência. O Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADHu) foi a entidade responsável por conseguir o *habeas corpus* em 2018. No pedido citou-se o caso de Adriana Ancelmo, ex-esposa do ex-governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, para fortalecer a demanda. Acusada de corrupção e lavagem de dinheiro na época, ela havia sido solta após a defesa argumentar que um de seus filhos tinha 11 anos de idade.

Acrescente-se, de forma a demonstrar o estado de coisas inconvenional⁶⁸, a atuação do próprio STF após a concessão do *habeas corpus* coletivo. A Corte passou a divergir de sua própria decisão. O CADHu, em 2020, ingressou com uma petição nos autos do HC 143.641, com a análise de 468 decisões monocráticas proferidas pelos ministros entre fevereiro de 2018 e agosto de 2019 em ações referentes a mulheres presas gestantes ou mães de crianças pequenas. Em apenas 73 decisões, ou seja, 15,5% dos casos, as mães foram liberadas para prisão domiciliar. Em outras 158 decisões foi negado seguimento às ações em decorrência de requisitos formais e, em 84 casos foi o *habeas corpus* indeferido. Dentre esses 84 casos, em apenas 12 foi indicado como motivação para a denegação a existência de crimes com violência ou grave ameaça. Em 17 decisões, aliás, a justificativa de "tráfico na residência" foi utilizado para a negativa, mesmo que isso não seja considerado um critério válido, de acordo com o próprio Supremo⁶⁹.

O mesmo comportamento observa-se no âmbito das audiências de custódia. O IDDD (2019) monitorou o que tinha acontecido meses após a concessão do *habeas corpus* coletivo acima referido e constatou que a maior parte dos juízes não estava respeitando o direito à prisão domiciliar de mães e gestantes. A maternidade não foi objeto de questionamento em

⁶⁸Para maiores detalhes sobre este conceito ver a dissertação de Araújo (2020, p. 126). Para se considerar o Estado de Coisas Inconvenional, é necessário que estejam presentes na jurisprudência da Corte IDH, com as devidas adaptações, os seus três elementos. Em outras palavras, é preciso que haja um reconhecimento pela jurisprudência interamericana de (i) uma violação massiva aos direitos tutelados na Convenção Americana de direitos Humanos; (ii) uma omissão persistente do Estado em cumprir as condenações, fazer cessar as violações aos direitos humanos e sanar as omissões com as obrigações com o sistema interamericano de proteção; e (iii) deve haver um certo desencontro não só entre os órgãos/poderes/instituições estatais entre si, mas também com os órgãos do sistema interamericano, especialmente com a Comissão Interamericana de direitos humanos e com a Corte IDH.

⁶⁹Dados obtidos em reportagem <https://noticias.uol.com.br/colunas/leonardo-sakamoto/2020/03/12/supremo-desempobre-sua-propria-decisao-e-afeta-presas-gravidas-e-maes.htm>

28,3% dos casos analisados. E dentre as que foram perguntadas, 19 afirmaram estar grávidas. Destas, 9, ou seja, 47,3%, tiveram a prisão preventiva decretada. De 185 mulheres que foram perguntadas sobre gravidez, ou falaram espontaneamente, 135, ou seja, 72% disseram ter filhos menores e/ou com alguma deficiência. Contudo, 33% destas, ou seja, 45 destas mães com filhos tiveram a prisão preventiva decretada.

Ainda de acordo com a pesquisa elaborada pelo IDDD (2019), dos nove casos de decretação da prisão preventiva, cinco foram por tráfico de drogas, um por tráfico e porte de armas, o que revela ser regra o encarceramento, independentemente da gravidade do ato cometido. Tais dados demonstram que o judiciário enxerga o crime de tráfico de drogas como sendo situação excepcional a impedir a aplicação do *habeas corpus* para fins de prisão domiciliar.

De acordo com Natalie Fragoso, advogada do CADHu, "Os juízes, que criaram o problema para começar, não têm se responsabilizado pela situação da violação de direitos"⁷⁰.

Portanto, verifica-se que o poder econômico influencia no cumprimento das normas, onde mulheres ricas acusadas de crimes dificilmente permanecem presas provisoriamente contrariamente às mães pobres que são encarceradas e seus filhos prejudicados pela ausência da mãe.

O relatório produzido pelo IDDD (2019) é bastante abrangente e alguns outros dados por ele pontuados são também relevantes:

.Inexistência de um equilíbrio entre defesa e acusação, pois em 85,5% das decisões há convergência com o pedido do Ministério Público e somente 6,96% convergem com o pedido da defesa. Isto denota uma desigualdade entre defesa e promotoria.

.Em 55,6% dos casos, a única palavra testemunhal foi dos policiais que efetuaram a detenção. E, em 90% dos casos de tráfico de drogas, o testemunho policial foi a única prova apresentada. O IDDD entende, em um contexto onde a abordagem policial é influenciada por

⁷⁰Informação obtida em reportagem <https://noticias.uol.com.br/colunas/leonardo-sakamoto/2020/03/12/supremo-descumpre-sua-propria-decisao-e-afeta-presas-gravidas-e-maes.htm>

discriminação racial, conforme visto acima, ser preocupante a falta de cuidado por parte dos atores do sistema de justiça, em analisar a legalidade e a veracidade das informações prestadas pela polícia.

. Foram detectados dezenove casos onde a audiência ocorreu sem a presença da pessoa presa.

. A Lei nº 12.403/2011 que introduziu novas medidas cautelares no CPP, objetivava um decréscimo relativamente ao número de pessoas presas provisoriamente. Contudo, a pesquisa revelou que apenas 40,4% dos casos que passaram pelas audiências de custódia resultaram em liberdade com imposição de alguma medida cautelar.

Após a análise dos dados aqui trazidos pode-se resumir que o perfil sócio econômico dos custodiados é formado por pessoas jovens, negras, pobres e sem educação formal, evidenciando a existência de um racismo estrutural na determinação da preventiva. É a criminalização da pobreza. A liberdade irrestrita não existe, e a regra é o encarceramento em massa, contudo seletivo. Há um desestímulo promovido pelo próprio sistema ao relato de tortura ou maus-tratos. E quando este se verifica, constatou-se negligência na apuração dos fatos. E, mulheres grávidas são mandadas para a prisão mesmo quando acusadas de crimes não violentos.

Este é o perfil geral das pessoas atendidas pelas audiências de custódia em todo o Brasil. Segundo o IDDD (2019) 'uma evidência indiscutível de que o sistema de Justiça tem alvo certo e que as políticas penais são formuladas e praticadas para criminalizar a pobreza e encarcerar a maioria negra das periferias'. Portanto, face todo o exposto, observa-se a inexistência de controle de convencionalidade e o descumprimento do disposto no art. 1º da CADH.

Relativamente aos procedimentos tendentes a inibir e desestimular relatos de tortura e, quando estes ocorrem, a ausência de medidas necessárias para sua investigação, entende-se por violados os art. 1º e 7.5 da CADH, o art. 9º PIDCP, e a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

4.5 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

4.5.1 O DIREITO DE SER LEVADO SEM DEMORA À PRESENÇA DE UM JUIZ. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH

Conforme mencionado anteriormente, antes mesmo de formalmente pronunciar-se a respeito do controle de convencionalidade, a Corte IDH já o exercia ao analisar os atos praticados nos Estados face à CADH. E no exercício do controle concentrado de convencionalidade, especialmente ao artigo 7 da CADH, posicionou-se a respeito da apresentação sem demora da pessoa detida à autoridade judicial em diversos julgados.

A primeira vez em que a Corte IDH se pronunciou acerca da questão foi no "Caso Velasques Rodrigues vs. Honduras", sentença de 29 de julho de 1988, que versava sobre a detenção arbitrária de Manfredo Velásquez. Assim fez constar nos parágrafos 155 e 186 da sentença, respectivamente.

O desaparecimento forçado de seres humanos constitui uma violação múltipla e continuada de numerosos direitos reconhecidos na Convenção e que os Estados Partes estão obrigados a respeitar e garantir. **O sequestro de uma pessoa é um caso de privação arbitrária de liberdade que viola, ademais, o direito do detido de ser levado sem demora ante um juiz e a interpor os recursos adequados para controlar a legalidade de seu arresto, que infringe o artigo 7 da Convenção que reconhece o direito à liberdade pessoal ...** (tradução nossa) (grifo nosso)

Por obra de um desaparecimento, Manfredo Velásquez foi vítima de uma detenção arbitrária, que o privou de sua liberdade física sem fundamento em causas legais e sem ser levado ante um juiz ou tribunal competente que conhecesse a sua detenção. **Tudo isto infringe diretamente o direito e a liberdade pessoal reconhecido no artigo 7 da Convenção (supra 155) e constitui uma violação, imputável à Honduras, dos deveres de respeitá-lo e garanti-lo, consagrado no artigo 1.1 da mesma Convenção.** (tradução nossa, grifo nosso).

A Corte IDH considerou provada a prática de desaparecimentos forçados, aí incluído o referente ao Sr Manfredo Velásquez, praticados ou tolerados pelo Estado hondurenho, e omissão do governo em garantir os direitos conseqüentemente afetados. Afirmou-se, portanto, que a detenção arbitrária da vítima afetou o seu direito de ser levada sem demora perante um

juiz. Por tal violação, a Corte IDH responsabilizou internacionalmente o Estado de Honduras pelo descumprimento ao artigo 7º da CADH.

Enfatizando a pronta e imediata intervenção judicial para fins de detecção de maus tratos violadores de garantias fundamentais, assim se pronunciou a Corte pronunciou no "Caso Niños de la Calle vs Guatemala"⁷¹. Ademais, afirmou que, o controle judicial imediato é um meio de controle idôneo a se evitar arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, seguindo posicionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos. Assim estabeleceu no parágrafo 135 da sentença:

A Corte Europeia de Direitos Humanos tem afirmado que a ênfase do pronto controle judicial das detenções assume particular importância para a prevenção de detenções arbitrárias. **A pronta intervenção judicial é a que permitiria detectar e prevenir ameaças contra a vida ou sérios maus tratos, que violam garantias fundamentais** também contidas na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e na Convenção Americana. Estão em jogo tanto a proteção da liberdade física dos indivíduos como a segurança pessoal, em um contexto em que a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra do direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal. Neste sentido a Corte Europeia destacou especialmente que a falta de conhecimento da detenção de um indivíduo é uma completa negação dessas garantias e uma mais grave violação do artigo em questão. (tradução nossa, grifo nosso).

O "Caso Tibi vs Equador", sentença de 07 de setembro de 2004⁷², revela que a Corte IDH se manifestou expressamente sobre a violação do art. 7.5 da CADH, inclusive chamando novamente a atenção para o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o pronto controle judicial das detenções a evitar arbitrariedades.

O artigo 7.5 da Convenção dispõe que a detenção de uma pessoa seja submetida sem demora à revisão judicial, como meio de controle idôneo para evitar detenções arbitrárias ou ilegais. O controle judicial imediato é uma medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, levando em conta que um Estado de direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção, quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o acusado de maneira condizente com a presunção de inocência.

Tanto a Corte Interamericana como a Corte Europeia de Direitos Humanos têm destacado a importância do pronto controle judicial das detenções. Quem é privado

⁷¹Corte IDH. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala. Sentença de Fundo de 19 de novembro 1999, par. 135.

⁷²Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentença de 07 de setembro de 2004. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Par. 114-115.

de liberdade sem controle judicial deve ser liberado ou posto imediatamente à disposição de um juiz.

E, relativamente ao artigo 7.5 da CADH, destaca-se o "Caso López Alvarez vs Honduras", sentença de 01 de fevereiro de 2006, onde a Corte IDH afirmou que o direito reconhecido neste dispositivo legal é essencial para garantir não somente o direito à liberdade pessoal, mas também outros como o direito à vida e à integridade pessoal.

Conforme o **artigo 7.5** da Convenção e de acordo com os princípios do controle judicial e imediatismo processual, **a pessoa detida ou retida deve ser levada, sem demora, ante um juiz ou autoridade judicial competente**. Isto é essencial para a proteção do direito a liberdade pessoal e de outros direitos, como a vida e a integridade pessoal. O simples conhecimento judicial de que uma pessoa está detida não satisfaz esta garantia, o detido deve comparecer pessoalmente e render declaração ante um juiz ou autoridade competente. (tradução nossa) (grifo nosso)

Portanto, ao considerar que a essência do artigo 7 da CADH é a proteção da liberdade contra a interferência do Estado, a jurisprudência da Corte IDH já vinha desde 1988 se manifestando sobre a ilegalidade da prisão de um indivíduo sem o devido controle judicial. Tal posicionamento se manteve durante as fases correspondentes à evolução do conceito de controle de convencionalidade, a que se refere o capítulo 3 desta pesquisa.

Na primeira fase, na qual se consolidou o dever de controle da convencionalidade de forma difusa pelos Estados signatários da CADH, no julgamento do "Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Equador"⁷³, sentença de 21 de novembro de 2007, a Corte IDH reafirmou a interpretação a ser dada ao artigo 7.5 da CADH, já manifestada no "Caso Tibi vs Equador".

A parte inicial do artigo 7.5 da Convenção dispõe que a detenção de uma pessoa deve ser submetida sem demora à revisão judicial. O controle judicial imediato é uma medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tomando em conta que um Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção, quando seja estritamente necessário e procurar, em geral, que se trate o acusado de maneira condizente com a presunção de inocência.

Na segunda fase da evolução do controle de convencionalidade, onde a Corte IDH estipulou que este controle deveria ser exercido de ofício pelo Estados, também não foi observada alteração relativamente aos seu posicionamento quanto à apresentação sem demora

⁷³Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador. Sentença de 21 de novembro de 2007. Exceções preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Par. 81

ante um juiz e a efetividade do controle judicial da detenção. É o que se observa na sentença de 30 de outubro de 2008, do "Caso Bayarri vs Argentina"⁷⁴.

A terceira fase caracterizou-se pela definição do conceito de bloco de convencionalidade a abranger não somente os tratados de direitos humanos, mas também as interpretações da Corte IDH nas sentenças e opiniões consultivas a partir da aplicação do princípio pro persona ou da norma mais favorável para o indivíduo. E foi no "Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México", o que melhor representa esta terceira fase, que a Corte manteve seu posicionamento a respeito das detenções. Por meio parágrafo 93 de sua sentença, restou confirmada a interpretação a ser dada ao artigo 7.5 da CADH, mantida sem alterações desde o caso Tibi vs Equador.

A quarta fase que se caracterizou pela expansão do rol de controladores a exercer de ofício o controle de convencionalidade. Porém nesta fase ela foi mais além na defesa dos direitos das pessoas detidas em flagrante. Foi no 'Caso J, vs Peru", sentença de 23 de novembro de 2013. A Corte IDH esclareceu que o direito de a pessoa detida ser levada sem demora à presença de um juiz deve ser realizada ainda que sob circunstâncias de suspensão de garantias.

A este respeito, este Tribunal recorda que a parte inicial do artigo 7.5 da Convenção dispõe que a detenção de uma pessoa deve ser submetida sem demora à revisão judicial. A Corte já indicou que o controle judicial imediato é uma medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções tendo em conta que um Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessário e procurar, em geral, que se trate o acusado de maneira condizente com a presunção de inocência. A imediata revisão judicial da detenção tem particular relevância quando se aplica às capturas realizadas sem ordem judicial. A despeito de que o dito direito esteja suspenso, esta suspensão não pode ser considerada como absoluta e para tanto a Corte deve analisar a proporcionalidade do sucedido ao presente caso.

A Corte ressalta que a suspensão de certos aspectos do direito à liberdade pessoal não pode significar que as ações estatais possam anular os controles jurisdicionais sobre a forma em que se levam a cabo as detenções.

⁷⁴Corte IDH. Caso Bayarri vs. Argentina. Sentença de 30 de outubro de 2008. Exceção, Fundo, Reparações e Custas. Par. 63.

O caso referia-se a suposto envolvimento da vítima em terrorismo. A Corte IDH entendeu que a falta da apresentação 'sem demora' da pessoa detida ante um juiz não se justificava ainda que em situação de suspensão de garantias, presente no caso. Consequentemente, decidiu pela arbitrariedade da prisão em flagrante e condenou o Estado por violação do artigo 7, incisos 1, 3 e 5 da CADH em relação ao artigo 1.1 da Convenção.

Como se observa a jurisdição da Corte IDH não é estática, pois utilizando-se do princípio pro persona como critério hermenêutico, privilegia o princípio da vida digna.

4.5.1.1 *INTERPRETAÇÃO DA EXPRESSÃO 'SEM DEMORA'*

O art. 7.5 da CADH disciplina que a pessoa detida deve ser apresentada 'sem demora' à autoridade judicial. No entanto, dúvidas surgem sobre o real significado do termo. Qual será o prazo entre o momento da detenção e o da audiência perante o Juízo, que possa ser considerado 'sem demora'?

A seguir seguem alguns dados obtidos em relatório da Corte IDH sobre a sua jurisprudência em matéria de integridade pessoal e privação de liberdade⁷⁵.

Relativamente ao Peru, o prazo de apresentação ao juiz variava de acordo com delito praticado. Cita-se como exemplo o "Caso Castillo Paez vs Peru"⁷⁶, onde a lei aplicável ao caso previa um prazo de apresentação de 24 hrs até 15 dias e como a vítima foi detida e ocultada pela polícia peruana, a Corte IDH entendeu ter havido violação ao art. 7º da CADH. No mesmo sentido decidiu a Corte IDH no "Caso Durand e Ugarte vs Peru"⁷⁷, onde as vítimas permaneceram detidas por mais de 15 dias, prazo estabelecido na Constituição daquele país. Em um terceiro caso "Castillo Petruzzi vs Peru"⁷⁸, a lei aplicável ao caso previa um prazo de 30 dias para a intervenção judicial, contudo, as vítimas permaneceram 36 dias detidas antes de serem levadas à presença de um juiz. A Corte IDH considerou violado o artigo 7.5 da CADH.

⁷⁵<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privacion-libertad.pdf>.

⁷⁶Corte IDH. Caso Castillo Páez Vs. Peru. Sentença de 3 de novembro de 1997 (Fundo)

⁷⁷Corte IDH. Caso Durand e Ugarte Vs. Peru. Sentença de 16 de agosto de 2000. Fundo.

⁷⁸Corte IDH. Caso de Castillo Petruzzi e outros vs Peru. Sentença de 30 de maio de 1999. Fundo, Reparação e Custas.

No “Caso Niños de la Calle vs Guatemala”⁷⁹, a Corte IDH considerou violação à CADH o fato das vítimas não terem sido apresentadas ao juiz competente dentro de seis horas, como comandava o artigo 6 da Constituição Política da Guatemala.

E no "Caso García Asto vs Peru"⁸⁰, a Corte IDH entendeu violado o artigo 7.5 pelo fato das vítimas terem permanecido entre 13 e 17 dias sem terem sido apresentadas a um juiz.

Já no "Caso Tibi vs Equador"⁸¹ a Corte IDH não aceitou o lapso temporal de 6 meses entre a detenção e a apresentação em Juízo. E também quanto ao Equador, no "Caso Acosta Calderón vs Equador"⁸², a vítima ficou dois anos sem que tenha prestado qualquer declaração a um juiz, o que foi considerado violação ao artigo 7.5 da CADH.

De acordo com Paiva (2018), a Corte IDH considera, caso haja, o prazo previsto em legislação interna do Estado conjugado com a sua razoabilidade ao art. 7.5 da CADH. Nas palavras do autor:

Disso chegamos à elementar conclusão de que o prazo fixado na legislação interna não encerra o juízo de avaliação sobre o cumprimento da garantia, e isso porque a expressão “sem demora” deve ser entendida como um conceito autônomo da CADH, cujo alcance não pode ficar limitado – apenas – à atividade legislativa interna (PAIVA, 2018).

Percebe-se, portanto, que os precedentes da Corte IDH, aqui trazidos, exemplificam que foi considerada violação à CADH a condução do preso à presença da autoridade judicial em lapsos temporais, após a prisão, que variaram entre 6 horas e dois anos. E que o significado da expressão 'sem demora' vai ser pela Corte IDH definido diante das circunstâncias específicas de cada caso concreto.

⁷⁹Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala. Sentença de Fundo de 19 de novembro 1999.

⁸⁰Corte IDH. Caso García Asto r Ramírez Rojas vs Peru. Sentença de 25 de novembro de 2005.

⁸¹Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentença de 07 de setembro de 2004. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas.

⁸²Corte IDH. Caso Acosta Calderón vs Equador. Sentença de 24 de junho de 2005. Fundo, Reparações e Custas.

4.5.1.2 O CASO LÓPEZ ÁLVAREZ E A PRISÃO EM FLAGRANTE

No "Caso López Álvarez vs Honduras"⁸³ a Corte IDH pronunciou-se quanto à relevância da garantia da pessoa detida ser apresentada, sem demora, diante de um juiz, especialmente em casos de prisão em flagrante. Outra peculiaridade deste caso é que a Corte IDH expressamente inocentou o Estado por suposta violação ao artigo 7.5 da CADH.

O caso versava sobre a responsabilidade internacional do Estado de Honduras pela detenção ilegal e arbitrária de Alfredo López Álvarez, as condições de sua detenção e a falta de um devido processo a apurar tais fatos.

Relativamente à prisão em flagrante, a Corte IDH afirmou que à prisão em flagrante legítima se segue o seu controle judicial imediato a fim de se evitar arbitrariedades ou ilegalidades. Assim dispôs no parágrafo 64 "Na detenção em flagrante legítima é preciso que exista um controle judicial imediato da dita detenção, como medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade da medida". E, no parágrafo 88 da sentença "A imediata revisão judicial da detenção tem particular relevância quando se aplica a capturas em flagrante e constitui um dever de Estado para garantir os direitos do detido".

E, quanto à violação do artigo 7.5 da CADH, foi alegado pela vítima e pela CIDH que o mesmo não teria sido apresentado diante do juiz competente após a sua prisão em flagrante. A detenção ocorreu em 27 de abril de 1997 e o Ministério Público o colocou à disposição do Julgado de Letras Seccional de Tela em 28 de abril de 1997, tendo o mesmo prestado declarações ante o Juízo em 29 de abril de 1997. A Corte decidiu, diante de provas documentais, que restou comprovado que o mesmo compareceu e prestou declarações diante de Juízo competente no dia seguinte a sua detenção, motivo pelo qual considerou não ter havido violação ao artigo 7.5 da CADH.

Todavia, neste quesito, o Estado de Honduras foi condenado por violação ao direito ao à liberdade pessoal consagrado nos artigos 1.1, 7.1, 7.2, 7.3, 7.4 e 7.6 da CADH.

⁸³Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentença de 1 de fevereiro de 2006. Fundo, Reparações e Custas. par. 64, 88

4.5.1.3 *A QUEM A PESSOA PRESA DEVE SER APRESENTADA*

A discussão acerca de a quem deverá ser a pessoa apresentada decorre do texto do art. 7.5 da CADH que disciplina que o ato poderá ser feito na presença de “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”, e o art. 9.3 do PIDCP na mesma linha dispõe que “outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais” (PIDCP, art. 9.3). Assim questiona-se qual seria a outra autoridade habilitada por lei a exercer a função de ouvir a pessoa detida.

Tais artigos devem ser interpretados conjuntamente com o art. 8.1 da mesma Convenção, que assegura o direito de toda pessoa de “ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial”.

De acordo com Paiva (2017) a autoridade a exercer tal função tem a finalidade de promover um controle judicial imediato da prisão de forma imparcial, independente e com autoridade para fazer cessar qualquer ilegalidade ou arbitrariedade cometida. Neste sentido, no Brasil a única autoridade com tais poderes seria o magistrado.

4.5.2 *CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL: UMA REALIDADE OU UMA UTOPIA?*

Ao final da pesquisa, tendo sido demonstrada a normativa internacional e nacional sobre a apresentação das pessoas presas em flagrante a um juiz, a interpretação que a Corte IDH faz destas normas, e como estas audiências tem sido realizadas no Brasil, chega-se ao momento de responder à pergunta: O controle de convencionalidade no âmbito das audiências de custódia decorrentes de prisão em flagrante é uma realidade ou é uma utopia? A resposta é que o controle de convencionalidade nos termos definidos pela Corte IDH ainda é uma utopia no sistema de justiça criminal brasileiro.

Ressalte-se que o termo utopia não é aqui empregado como algo irrealizável, mas de acordo com a definição apresentada pelo dicionário Michaelis (2020) "Qualquer descrição ou conceito imaginário de uma sociedade com um sistema social, político e econômico ideal,

com leis justas e dirigentes e políticos verdadeiramente empenhados no bem-estar de seus membros".

Utopia porque observou-se que o controle de convencionalidade ainda não é uma realidade no âmbito das audiências de custódia. Os atores do sistema de justiça criminal, como por exemplo os juízes, promotores, defensores, advogados, policiais, os parlamentares, os administradores do Executivo, que deveriam figurar como controladores da convencionalidade, estão muito distantes de atuarem neste sentido, revelando desconhecimento e até mesmo desprezo pelo bloco de direitos humanos e do acervo jurisprudencial da Corte IDH.

Utopia porque o fato de o Brasil figurar como o 3º país do mundo em população carcerária, 21º em taxa de aprisionamento, superando em 70,7% a capacidade de ocupação nas penitenciárias, resultado de um encarceramento em massa, parece não interferir na prática judicial onde a liberdade é a exceção e a prisão é a regra.

Utopia porque um dos propósitos das audiências de custódia delineado nas normativas internacionais é evitar prisões desnecessárias a agravar a superlotação e o caos no sistema prisional, e o mesmo está sendo desvirtuado.

Estas constatações revelam que o sistema de justiça criminal brasileiro ainda se encontra em um patamar bem distante do que dispõe o direito internacional sobre a liberdade pessoal.

Contudo, o fato de não se ter observado a forma idealizada pela Corte IDH do controle de convencionalidade, não implica a sua inviabilidade. O êxito do controle de convencionalidade depende do seu reconhecimento e prática eficaz pelas autoridades atuantes no sistema criminal brasileiro e também das demais esferas do poder. Medidas deverão ser tomadas no sentido de se criar uma cultura universal dos direitos humanos em âmbito interno. Uma cultura onde se reconheça a primazia de tais direitos. Uma cultura onde o controle de convencionalidade comece a ser efetivamente praticado e não seja apenas uma teoria. Sobre a distinção entre teoria e prática, Bobbio (2004):

Num discurso geral sobre os direitos do homem, deve-se ter a preocupação inicial de manter a distinção entre teoria e prática, ou melhor, deve-se ter em mente, antes de mais nada, que teoria e prática percorrem duas estradas diversas e a velocidades muito desiguais. Quero dizer que, nestes últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditas (Isto é, no sentido em que os juristas falam de “direito”).

Se o sistema de justiça criminal for repensado pela sociedade tendo como paradigma o princípio *pro persona*, onde haverá a primazia da norma mais favorável à pessoa, seja normativa do direito interno ou internacional, já seria um grande passo para uma conformação efetiva e estável do controle. Desta forma, os atores envolvidos na questão passariam a verificar não somente se uma norma é convencional, mas também se a jurisprudência internacional está sendo observada de forma a garantir os direitos de quem passa pelo sistema criminal.

Portanto, uma maior reflexão interna há de ser feita no sentido de reconhecer os atuais contextos de violência, racismo estrutural, discriminação por gênero, posição social, econômica e encarceramento em massa que envolvem o sistema penal. Necessária uma conscientização dos representantes do Judiciário, legislativo e Executivo, a respeito das obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro, principalmente as relacionadas aos direitos humanos. Obrigações estas que não podem ser relevadas ou relativizadas.

A respeito do engajamento político das instituições, em especial do Legislativo, sobre a legitimidade da luta pelos direitos humanos:

Evidentemente, a legislação e as instituições jurídicas, particularmente quando gozam de legitimidade política, têm um impacto significativo no comportamento de pessoas e governos. É por isso que o processo legislativo no campo dos direitos humanos internacionais é tão importante, e precisa ser incentivado. Ele confere legitimidade à luta pelos direitos humanos em muitas partes do mundo; serve, com mais frequência do que provavelmente sabemos, para restringir comportamentos governamentais repressivos e proporciona à comunidade internacional padrões mundialmente aceitos com base nos quais é possível julgar e condenar violações de direitos humanos. **No longo prazo, isso contribui para um clima global que é cada vez menos tolerante com governos que desrespeitam os direitos humanos,** o que, por sua vez, ajuda a reduzir tais violações (BUERGENTHAL, 1988, p.18) (tradução nossa) (grifo nosso).

Assim, defende-se que uma verdadeira democracia garante a observância dos direitos humanos em sua concepção mais abrangente, em especial o de liberdade. O controle de convencionalidade é o instrumento a ser aplicado para garantia desse direito. Se isto não se verifica, entende-se que a democracia será apenas aparente. Nos dizeres de Paiva (2018).

É hora de admitirmos que a nossa pirâmide normativa não mais se esgota na Constituição Federal, que a centralidade dos direitos humanos internacionalizou a jurisdição, obrigando a que todos os juízes façam não somente o controle de constitucionalidade das normas, mas também o controle de convencionalidade.

5 CONCLUSÃO

Face ao exposto, ao longo dos capítulos, foram analisados os seguintes pontos.

No Capítulo 1 demonstrou-se o funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, iniciando-se pelo seu surgimento, evolução histórica e composição atual por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tratou-se também da Convenção Americana de Direitos Humanos, um dos principais tratados de direitos humanos no âmbito da América Latina a servir como paradigma do controle de convencionalidade a ser exercido tanto internacionalmente pela Corte quanto internamente pelos Estados partes.

No Capítulo 2 foi tratado o surgimento da doutrina do controle de convencionalidade, sua evolução conceitual e aplicabilidade no âmbito interno dos Estados parte. Demonstrou-se que o controle de convencionalidade é uma doutrina que não possui um conceito estático pois a partir de Casos julgados pela Corte IDH esta vai alterando a sua conformação, explicitando a sua interpretação, de forma a promover a garantia dos direitos humanos. Investigou-se também como nos termos da Corte este controle seria exercido de forma concentrada e difusa.

No Capítulo 3, sob um olhar do controle de convencionalidade, analisou-se a ausência de positivação do instituto da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro. E, a partir da sua regulamentação, qual foi o seu impacto relativamente aos direitos consagrados na CADH, a saber, o direito à liberdade e a não discriminação quanto à cor, raça, sexo e posição econômica. Demonstrou-se também a jurisprudência da Corte IDH sobre o tema.

Concluiu-se que o Brasil, independentemente de positivação das audiências de custódia, poderia ter efetuado a apresentação das pessoas presas em flagrante em conformidade com a normativa internacional. Contudo, assim não procedeu. Neste sentido, o Estado brasileiro descumpriu a CADH e o PIDCP. E, a despeito da Resolução CNJ 213/2015 e da promulgação da Lei nº 13964/19, o controle de convencionalidade ainda não é exercido pelas autoridades brasileiras que deveriam atuar como controladores da convencionalidade. Desta forma, o controle seria uma utopia, apenas uma teoria. Isto denota que o Brasil ainda

está longe de atingir um patamar ideal de nacionalização do direito internacional à liberdade pessoal.

No entanto, este estado de coisas inconvencional, caracterizado por uma recorrente violação de direitos humanos e pela omissão Estado brasileiro em cumprir o que determina a CADH e o PIDCP, pode ser revertido. Um maior engajamento e vontade política de todos os atores do sistema de justiça criminal na proteção dos direitos fundamentais dos presos contribuirá para que a liberdade pessoal seja um direito a ser garantido, em cumprimento aos mandamentos previstos nos tratados internacionais. Uma atuação cabal e congruente com o princípio *pro persona*.

REFERÊNCIAS

ALBANESE, Susana. **Derechos Humanos - Reflexiones desde el Sur**. 2012.

ANÁLISIS de la Jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Integridad Personal y Privación de Libertad. **CORTEIDH**. 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/privacion-libertad.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

ARAÚJO, David Araújo. **O bloco de constitucionalidade no novo constitucionalismo sul-americano: uma chave para entrar na sala de máquinas?**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2020.

BADARÓ, Gustavo. **Parecer - Prisão em flagrante delito e direito à audiência de custódia**. **Academia.edu**. 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/9457415/Parecer_Prisão_em_flagrante_delito_e_direito_à_audiência_de_custódia. Acesso em: 7 out. 2020.

BALLESTEROS, Paula. **Implementação das Audiências de Custódia no Brasil: Análise de experiências e recomendações de aprimoramento**. **Ministério da Justiça - Departamento Penitenciário Nacional**. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/40483221/IMPLEMENTAÇÃO_DAS_AUDIÊNCIAS_DE_CUSTÓDIA_NO_BRASIL_ANÁLISE_DE_EXPERIÊNCIAS_E_RECOMENDAÇÕES_DE_APRIMORAMENTO. Acesso em: 7 out. 2020.

BARLETTA, Junya. **Núcleo Interamericano de Direitos Humanos**. 2018. Disponível em: <https://nidh.com.br/caso-suarez-rosero-vs-equador-1997-da-corte-idh/>. Acesso em: 29 out. 2020.

BAZÁN, Víctor. **Control de convencionalidad, apertura dialógica e influencias jurisdiccionales reciprocas**. Espanha: Fundación Profesor Manuel Broseta, 2011. Disponível em: http://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Ponencia_V%C3%ADctor_Baz%C3%A1n.pdf. Acesso em: 30 ago. 2020.

BAZÁN, Victor. **Justicia Constitucional Y Derechos Fundamentales**. Colombia: Fundación Konrad Adenauer, 2012. Disponível em: <http://libgen.rs/book/index.php?md5=524E30CCEF7E70B1B83D047239AA70E0#>. Acesso em: 13 set. 2020.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7a. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUERGENTHAL, Thomas International Human Rights Law and Institutions: Accomplishments and Prospects. **digitalcommons**. Washington, 1988. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol63/iss1/2>. Acesso em: 2 nov. 2020.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos direitos humanos**. Procuradoria Geral Estado SP. 1996. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acesso em: 3 nov. 2020.

CARBONELL, Miguel. **Introduccion General al Control de Convencionalidad**. México: UNAM, 2013. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/11.pdf>. Acesso em: 26 out. 2020.

CASSEL, Douglass. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Detención Preventiva. **Revista IIDH**, São José, 1995. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06846-3.pdf>. Acesso em: 5 out. 2020.

CEJA. Manual de Servicios de Antelación al Juicio. Mecanismos para racionalizar el uso de las medidas cautelares en materia penal. **CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMERICAS**, Santiago, Chile, dez 2011. Disponível em: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2793/MANUALSAJ-Versionfinal2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 7 out. 2020.

CEJA. Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. **CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMERICAS**, v. 2, 2016. Disponível em: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3134/prisionpreventiva_volumen2.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 6 out. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/>. Acesso em: 8 set. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatísticas sobre Audiências de Custódia Nacional**. CNJ. Brasília, 2020. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=cursel>. Acesso em: 3 nov. 2020.

CONVERSANDO com Sergio García Ramírez. **Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM**, México, 30 out 2011. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/justicia-electoral/article/view/12173/10978>. Acesso em: 20 set. 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA DO CEARÁ. **Após um ano do Marco Legal da Primeira Infância presas provisórias ainda lutam pelo direito de estar com os filhos na domiciliar. Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará.** Ceará, 2017. Disponível em: <http://www.defensoria.ce.def.br/noticia/apos-um-ano-do-marco-legal-da-primeira-infancia-presas-provisorias-ainda-lutam-pelo-direito-de-estar-com-os-filhos-na-domiciliar/>. Acesso em: 13 out. 2020.

DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Departamento Penitenciário Nacional.** Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 13 out. 2020.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, 2010/2011.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad.: A la luz del caso Cabrera Garcia y Montiel Flores vs. México. **Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM**, México, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n131/v44n131a20.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

GALINDO, George. O §3o do art. 5o da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 6, 2005. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28552.pdf>. Acesso em: 3 out. 2020.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Sobre el control de convencionalidad. **Pensamiento Constitucional**, Peru, 15 junho 2016. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/18704/18945>. Acesso em: 13 set. 2020.

GARGARELLA, Roberto. Tribunales Internacionales y Democracia: enfoques deferentes o de interferência. **Revista Latinoamericana de Derecho Internacional**, Argentina, 2016.

IDDD, INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. O fim da liberdade: A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia. **Relatório Nacional**, São Paulo, 2019. Disponível em: https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/SumExecutivo_web_simples.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

INSTITUTE FOR CRIME & JUSTICE POLICY RESEARCH, UNIVERSITY OF LONDON. **World Prison Brief. Prison Studies.** Londres, 2020. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/country/brazil>. Acesso em: 13 out. 2020.

JURISPRUDÊNCIA sobre Audiência de Custódia. **INFORMATIVO REDE JUSTIÇA CRIMINAL**, 2014. Boletim nr.07 1ª edição, ano 04.

LEGALE, Siddharta. **Curso de Derecho Internacional: La Constitución Interamericana: Los 50 Años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. OEA, 2020. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/publicaciones_digital_XLVi_curso_derecho_internacional_2019.asp. Acesso em: 2 nov. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. Imediata apresentação do preso em flagrante ao juiz: Uma necessidade imposta pela evolução civilizatória do Processo Penal. **Informativo Rede Justiça Criminal**, 2013. Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>. Acesso em: 6 out. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 4a. ed. Saraiva, 2015.

MAZZUOLLI, Valério. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2015. 407 p.

Michaelis. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Melhoramentos, 2020. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/utopia/>. Acesso em: 15 out. 2020.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. **Boletim Mexicano de Derecho Comparado**, México, abr 2012.

OGLOBO. Rio de Janeiro, 23 abr. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/brasil-mais-quatro-paises-pedem-mais-autonomia-comissao-de-direitos-humanos-da-oea-23617611>. Acesso em: 7 set. 2020.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. CEI. Edição do Kindle, 2018.

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

PIOVESAN, Flavia. Força Integradora do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Minas Gerais, 2013. Disponível em: <https://direito.fasa.edu.br/k/bej/11196587.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.

PIOVESAN, Flávia. A judicialização do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Impacto, Desafios e Perspectivas. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, jul/set 2002. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-4-2013-julho-setembro-de-2002/a-justicializacao-do-sistema-interamericano-de-protecao-dos-direitos-humanos-impacto-desafios-e-perspectivas>. Acesso em: 8 set. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, Santa Maria, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.5902/2316305416282>. Acesso em: 8 set. 2020.

SAGÜÉS, Néstor. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, 18 abr 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392014000200023&lang=en#fn7. Acesso em: 23 set. 2020.

SAGÜÉS, Néstor. El "control de convencionalid" como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano. **Biblioteca Jurídicas de la UNAM**, México, 2010. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2895/15.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

SAGÜÉS, Néstor. **Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. Corte IDH**. Guatemala, 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28053-11.pdf>. Acesso em: 4 out. 2020.

SARLET, Ingo. **Curso de Direito Constitucional**. 4a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SISTEMA DE INFORMAÇÕES DO DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **DEPEN**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 11 out. 2020.

TORELLY, Marcelo. Controle de Convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos? **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000100321&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 24 set. 2020.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A evolução do sistema interamericano de direitos humanos: avaliação crítica. **Revista de Informação Legislativa**, jan. 1982. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181368>. Acesso em: 2 set. 2020.

VAL, Eduardo Manuel. Corte Interamericana de Derechos Humanos e os Tribunais Brasileiros no Controle Difuso de Convencionalidade: O reconhecimento e cumprimento das decisões internacionais no Brasil. In: SEMINÁRIO INTERDISCIPLINAR EM SOCIOLOGIA E

DIREITO, 5º. 2015, Niterói, 2015. Disponível em: http://southsouthscience.org/blog/wp-content/uploads/2017/02/14_ROSANA_LAURA_RAMIRES_EVANDRO_PEREIRA_GOMES_EDUARDO_MANUEL_VAL.pdf. Acesso em: 25 out. 2020.