

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A EFETIVIDADE DAS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS POSITIVAS NA LEGISLAÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA

THE 1988 CONSTITUTION AND THE EFFECTIVENESS OF POSITIVE CRIMINAL PROCEDURAL OBLIGATIONS IN BRAZILIAN CRIMINAL LEGISLATION

Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro

Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo. Pró-Reitor e Professor do Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE).

RESUMO

Este artigo analisa a conformidade da legislação processual penal brasileira com as obrigações processuais penais positivas estabelecidas pela Constituição de 1988. A Constituição impõe ao Estado não só o dever de tipificar e sancionar condutas que violam direitos fundamentais, mas também de implementar mecanismos eficazes para a investigação, processamento e punição desses delitos. Utilizando o método dedutivo e pesquisa bibliográfica, este estudo parte de princípios gerais constitucionais e internacionais de direitos humanos para examinar normas específicas do ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo principal é avaliar a adequação da legislação processual penal, identificando lacunas e inconsistências que possam comprometer a efetividade dessas obrigações e propondo recomendações para o aperfeiçoamento do sistema. A problemática central é verificar se a legislação processual penal brasileira está em conformidade com as exigências constitucionais, considerando a eficiência na investigação e processamento de delitos, a garantia dos direitos fundamentais dos acusados e das vítimas, e a adequação dos mecanismos de punição. A relevância deste estudo reside na necessidade de assegurar a efetividade dos direitos humanos no processo penal, contribuindo para identificar pontos de aprimoramento e fortalecer a justiça penal no país.

Palavras-chave: direitos humanos, obrigações processuais penais positivas; Constituição da República; justiça criminal; legislação processual penal.

ABSTRACT

This chapter analyzes the compliance of Brazilian criminal procedural legislation with the positive criminal procedural obligations established by the 1988 Constitution. The Constitution imposes on the State not only the duty to classify and sanction conduct that violates fundamental rights, but also to implement effective mechanisms to the investigation, prosecution and punishment of these crimes. Using the deductive method

and bibliographical research, this study starts from general constitutional and international principles of human rights to examine specific norms of the Brazilian legal system. The main objective is to evaluate the adequacy of criminal procedural legislation, identifying gaps and inconsistencies that may compromise the effectiveness of these obligations and proposing recommendations for improving the system. The central problem is to verify whether Brazilian criminal procedural legislation is in compliance with constitutional requirements, considering efficiency in the investigation and processing of crimes, guaranteeing the fundamental rights of accused and victims, and the adequacy of punishment mechanisms. The relevance of this study lies in the need to ensure the effectiveness of human rights in the criminal process, helping to identify points for improvement and strengthening criminal justice in the country.

Keywords: human rights, positive criminal procedural obligations; Constitution of the Republic; criminal justice; criminal procedural legislation.

1.INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, consolidou um vasto arcabouço de direitos e garantias fundamentais, tanto de natureza material quanto processual. Entre esses direitos, destacam-se as obrigações processuais penais positivas, que impõem ao Estado não apenas o dever de tipificar e sancionar condutas que atentem contra direitos fundamentais, mas também a obrigação de implementar mecanismos procedimentais eficazes para a investigação, processamento e punição desses delitos. Tais obrigações são essenciais para garantir a efetividade dos direitos humanos e a realização da justiça penal. Este trabalho examina a adequação da legislação processual penal brasileira no cumprimento das obrigações processuais penais positivas estipuladas pela Constituição de 1988. A investigação tem como foco a análise de dispositivos normativos e sua aplicabilidade prática, com o intuito de verificar se o ordenamento jurídico brasileiro atende às exigências constitucionais e internacionais relativas à proteção dos direitos humanos por meio de procedimentos penais eficazes.

O objetivo principal deste estudo é avaliar a conformidade da legislação processual penal brasileira com as obrigações processuais penais positivas estabelecidas pela Constituição de 1988. Busca-se identificar possíveis lacunas e inconsistências normativas que possam comprometer a efetividade dessas obrigações. Ademais, pretende-se propor recomendações para o aperfeiçoamento do sistema processual penal brasileiro, de modo a assegurar o cumprimento integral dos mandamentos constitucionais. A problemática central deste estudo reside na seguinte questão: a legislação processual

penal brasileira está em conformidade com as obrigações processuais penais positivas determinadas pela Constituição de 1988? Essa indagação envolve a análise de diversos aspectos do sistema processual penal, incluindo a eficiência na investigação e processamento de delitos, a garantia de direitos fundamentais dos acusados e das vítimas, e a adequação dos mecanismos de punição.

A relevância deste estudo se justifica pela necessidade de assegurar a efetividade dos direitos humanos no âmbito do processo penal. As obrigações processuais penais positivas representam um compromisso estatal com a proteção integral dos direitos fundamentais, exigindo não apenas a tipificação de condutas ilícitas, mas também a implementação de um sistema processual capaz de responder eficientemente às violações desses direitos. A análise crítica da legislação processual penal brasileira, sob a ótica dessas obrigações, contribui para identificar pontos de aprimoramento e fortalecer a justiça penal no país.

O presente estudo utiliza o método dedutivo, partindo de princípios gerais estabelecidos na Constituição e em tratados internacionais de direitos humanos, para a análise de normas específicas do ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa é de natureza bibliográfica, baseada em doutrinas jurídicas, legislação pertinente e jurisprudência nacional e internacional. A abordagem visa proporcionar uma compreensão abrangente e crítica sobre a implementação das obrigações processuais penais positivas no Brasil.

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE AS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS POSITIVAS

A criminalização de condutas reprováveis e violadoras de direitos fundamentais e humanos é uma temática central no âmbito jurídico contemporâneo, destacando-se pela existência de ordens legais, também conhecidos como mandados de criminalização, emitidos pela Constituição ou por tratados internacionais de direitos humanos, que exigem do legislador ordinário a tipificação desses comportamentos como crimes, acompanhada da cominação de penas mais severas. Entretanto, de nada adiantaria que as Constituições e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos estabelecessem a necessidade de tipificação penal, em abstrato, de delitos que violassem gravemente direitos fundamentais e humanos, sem que determinassem, por outro lado, a

implementação de garantias instrumentais e procedimentais de que tais crimes seriam devidamente investigados, adequadamente processados e, em caso de confirmação de sua existência e da autoria, observados, intransigentemente, os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, que tais delitos sejam satisfatoriamente punidos, afinal, “o direito penal não encontra atuação sem o processo” (Montagna, 2016, p. 316).

Ao esquadriharem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington, Estados Unidos, e pela Corte Europeia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo, na França, identificam Douglas Fischer e Frederico Valdez Pereira a existência de um instituto denominado obrigações processuais penais positivas, que poderiam ser conceituadas como

[...] um dever imposto aos Estados Partes de conduzir procedimento investigativo eficiente e processo penal apto a assegurar o acerto dos fatos ilícitos e a punição dos eventuais autores, sob pena de violação concreta dos dispositivos das convenções regionais de direitos humanos. (Fischer; Pereira, 2019, p. 108).

Cuida-se, a propósito, de “[...] nítida vertente processual da obrigação penal de proteção dos direitos humanos garantidos pela Convenção” (Fischer; Pereira, 2019, p. 108), que determina aos Estados membros que conduzam procedimentos, de investigação e de instrução processual, que permitam, concretamente, o esclarecimento da existência e da autoria de fatos violadores aos direitos humanos tutelados em âmbito supranacional, assim como, caso reconhecida a responsabilidade dos agentes implicados, a imposição de uma sanção penal em seus detrimentos.

Validamente, Douglas Fischer e Frederico Pereira esclarecem (2019, p. 97) que as obrigações processuais positivas possuem uma dupla projeção, porque estabelecem a necessidade da conjugação de esforços das autoridades investigativas e jurisdicionais, primeiramente, para esclarecimento de crimes e, depois, para o cumprimento diligente dos atos procedimentais que compõem aquela persecução penal.

De antemão, é necessário obtemperar que as obrigações processuais penais positivas em nada se confundem com eventual pretensão de condenação a qualquer custo ou de desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa investigada ou acusada da prática de uma infração penal: na verdade, o instituto à baila prega o intransigente respeito ao devido processo legal e às garantias individuais da pessoa inculpada, os quais devem ser assegurados sem o prejuízo da igualmente necessária dedicação das autoridades do sistema de justiça na investigação do fato, no acerto judicial e na punição dos culpados, em uma perspectiva integral de justiça criminal.

Percebe-se, pois, que a mera tipificação, como delitos, de comportamentos humanos que afrontem direitos humanos, determinada pelos mandados de criminalização, estejam em normas constitucionais domésticas ou em convenções internacionais, exige, ao seu lado, um correspondente procedimental que assegure que tais condutas perniciosas sejam profundamente investigadas, com o real propósito de que sua autoria seja esclarecida, e devidamente instruída em juízo, com a consequente imposição de penas, caso a culpa do increpado seja reconhecida, o que se nomenclaturou por obrigações processuais penais positivas. Nessa perspectiva,

[...] são reconhecidas obrigações estatais de penalizar condutas lesivas aos direitos humanos, tanto para prevenir a sua ocorrência, mediante tipos penais adequados que permitam dissuadir a prática de crimes, que são as chamadas obrigações substanciais, com projeção primordial para o plano legislativo”, assim como para “uma vez constatados [tais crimes], investigar e punir os atos ilícitos de modo efetivo, que se constituem nas chamadas obrigações processuais positivas. (Fischer; Pereira, 2019, p. 96-97).

Assim, *mandados de criminalização e obrigações processuais penais positivas* são institutos indissociáveis e complementares entre si, que impõem aos Estados partes, respectivamente, obrigações de natureza *penal e processual penal* na tutela dos direitos humanos, conforme explicitam Douglas Fischer e Frederico Pereira (2019, p. 118),

[...] as obrigações indicadas anteriormente [mandados de criminalização], de natureza substancial, não esgotam a tutela penal dos direitos e interesses previstos convencionalmente”, tratando-se, por sua vez, as *obrigações processuais penais positivas* de exigências que “complementam as imposições penais de tipo primário, consistentes na necessidade de os países estipularem dispositivos penais adaptados à salvaguarda dos direitos fundamentais e à dissuasão dos interesses lesivos.

A primeira vez em que o cerne da ideia de obrigações processuais penais positivas foi inserto em uma sentença de uma Corte Internacional, foi no Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras¹, julgado em 1.988, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, oportunidade em que se decidiu que os Estados partes têm obrigações *positivas*, vale dizer, *prestacionais*, na tarefa de proteção dos direitos humanos, o que abrange as tarefas de prevenir, investigar e sancionar, eficazmente, as violações dos direitos humanos consagrados na Declaração Americana de Direitos Humanos.

Semelhantemente, a Corte Europeia de Direitos Humanos também tem reconhecido a existência de obrigações processuais penais positivas, se deu no Caso

¹ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso González et al. “Campo Algodonero” v. México, 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf. Acesso em: 14 nov. 2023.

Cestaro Vs Itália (TEDH, 2015a, n/p), quando reconheceu o dever imposto ao Estado italiano de investigar, com efetividade e por intermédio de órgão oficial, uma notícia de tortura, que teria ocorrido por agentes policiais, assim como identificar seus autores e os punir.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos, a existência de obrigações processuais penais positivas tem sido extraída dos artigos 2º, 8º e 25, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Organização dos Estados Americanos, 1969), enquanto no âmbito do Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, invoca-se, como fundamento de legitimação do instituto, os artigos 1º, 2º e 3º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos (União Europeia, 1950).

Saliente-se que, a rigor, as Cortes Internacionais de Direitos Humanos, a exemplo do Tribunal Europeu e da Corte Interamericana, não têm como objeto avaliar responsabilidades penais dos indivíduos, como, ilustrativamente, possui o Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma. Ao contrário, o propósito de tais órgãos supranacionais é avaliar a responsabilidade internacional dos Estados parte na proteção dos direitos humanos de seus nacionais, especialmente se os mecanismos domésticos de tutela estão adequadamente estruturados e têm dedicado verdadeiro empenho na implementação de tais direitos em favor de seu povo.

O acatamento do instituto das obrigações processuais penais positivas, a propósito, tem lançado luzes para o *protagonismo* dos direitos das vítimas de delitos, antes, meras coadjuvantes na persecução penal, para assegurar que tenham efetiva participação na persecução penal referentes aos atos atentatórios aos seus direitos humanos e fundamentais, com o reconhecimento de que também são titulares de tais direitos.

Digna de nota a observação de Montagna (2016, p. 316) no sentido de que, tanto no Tribunal de Estrasburgo, quanto na Corte de São José, “a tutela da vítima é tema recorrente e digno de máxima atenção”, ou seja, ambos os órgãos supranacionais reconhecem não apenas a existência de direitos humanos por parte do sujeito *ativo* do delito atentatório aos direitos humanos, mas, também, acata a ideia de que, pela prática de uma infração penal, os sujeitos *passivos* do crime, assim como seus familiares, também têm seus direitos humanos afrontados, o que exige semelhante esforço de cada país em bem tutelar também os seus interesses.

Nesse particular, as obrigações processuais penais positivas exaltam a importância do *efeito dissuasório* do sistema penal, na exata medida em que o

esclarecimento de delitos e a punição de seus agentes executores satisfaz o legítimo interesse da sociedade no restabelecimento da harmonia social na comunidade em que o crime foi praticado, ao passo em que o não solucionamento de crimes tende a aumentar os riscos de reiteração criminosa, de sorte que a organização adequada dos órgãos policiais e judiciários impede uma sistemática fomentadora de *impunidade* (Fischer; Pereira, 2019, p. 111-112).

Douglas Fischer e Frederico Pereira elucidam que o problema da impunidade em atos que atentam contra os direitos humanos não se deve à ausência ou inadequação de mecanismos internos, mas sim à falta de diligência e empenho dos órgãos públicos na condução desses processos. De acordo com eles, a impropriedade na resposta penal, em casos concretos, resulta da negligência dos envolvidos, da incapacidade dos órgãos de persecução ou da interpretação excessivamente permissiva das normas (Fischer; Pereira, 2019, p. 19).

Fischer e Pereira enfatizam que a solução para violações graves dos direitos humanos não se resume à imposição de penas severas, mas sim à necessidade de empenho e dedicação na persecução penal por parte das autoridades nacionais. Eles afirmam que o fator dissuasório não é a severidade da pena, mas a certeza de que o delito será prontamente investigado e eficientemente punido pelo sistema judiciário (Fischer; Pereira, 2019, p. 112).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Velasquez Rodriguez Vs Honduras*, reforça esse entendimento ao afirmar que, se o Estado atua de maneira que a violação permaneça impune e os direitos da vítima não sejam plenamente restabelecidos, ele não cumpre seu dever de garantir o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Essa obrigação também se aplica quando o Estado permite que particulares ou grupos ajam livremente em prejuízo dos direitos humanos reconhecidos na Convenção.

O reconhecimento das obrigações processuais penais positivas exige um esforço sério das autoridades estatais para esclarecer os ilícitos e punir os responsáveis. Contudo, a determinação de que cada país se empenhe verdadeiramente nos atos investigatórios, instrutórios e sancionatórios relacionados a delitos que violam os direitos humanos não deve ser vista como uma construção teórica punitivista, mas sim como uma abordagem que também respeita e protege os direitos humanos do acusado (Fischer; Pereira, 2019, p. 108).

Muito pelo contrário, o propósito do reconhecimento do instituto em questão é buscar o “equilíbrio entre os valores da operabilidade do sistema e de salvaguarda das

liberdades individuais”, conferindo “efetividade aos instrumentos necessários à afirmação das normas substanciais, mantendo hígidos e plenamente eficazes os direitos dos imputados (Fischer; Pereira, 2019, p. 123).

De fato, a compreensão *integral* dos direitos humanos deve dedicar empenho internacional não apenas na afirmação e na defesa dos direitos da pessoa investigada ou acusada criminalmente, mas, também, para a salvaguarda dos direitos das vítimas e de seus familiares, em uma harmônica conjugação de esforços para que *todos* os direitos humanos sejam, igual e intransigentemente tutelados. Vale dizer, deve-se reconhecer, na seara criminal, a existência de direitos humanos *negativos*, cuja natureza é de vedar a hipertrofia punitiva estatal sobre a liberdade individual do cidadão, quanto direitos humanos *positivos*, que impõem aos Estados deveres de *ação* em relação aos delitos praticados que afrontem, com severidade, a dignidade humana, notadamente quanto à investigação criminal, à instrução processual e à punição de seus agentes, por afronta aos direitos fundamentais e humanos. Em outras palavras, “[...] a justiça criminal é *escudo e espada* dos direitos fundamentais” (Fischer; Pereira, 2019, p. 18).

As obrigações processuais penais positivas, a propósito, jamais podem se confundir com o dever inafastável de *condenar* tais acusados, supostamente estabelecido às justiças criminais domésticas, o que, seguramente, violaria o direito à presunção de inocência, reconhecido tanto na Convenção Americana de Direitos Humanos, quanto na Convenção Europeia de Direitos Humanos. Vale dizer,

[...] o que se projeta como imposição das obrigações processuais não é uma garantia de obtenção de decisão justa, e muito menos condenatória, uma vez que nenhum procedimento assegura ou certifica justiça do resultado alcançado”, ao revés, “as autoridades devem cumprir todas as passagens necessárias para assegurar a obtenção das provas atinentes ao delito em questão, mas o êxito de esclarecimento dos fatos ou punição dos responsáveis não pode ser garantido. (Montagna, 2016, p. 349).

As obrigações processuais penais positivas, portanto, longe de se tratarem de obrigações de *resultado*, que exigem das justiças criminais domésticas a invariável imposição de condenações criminais em casos que envolvem violação a direitos humanos, à toda evidência, revelam-se como obrigações de *meio*², que determinam às autoridades policiais e judiciárias de cada Estado o compromisso de *dedicação* e de *empenho* na

² No mesmo sentido, já se manifestou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos: “A investigação também deve ser eficaz no sentido de que seja capaz de determinar se a força usada foi ou não justificada nas circunstâncias (...) e de identificar e – se for o caso – punir os responsáveis (...). Esta não é uma obrigação de resultado, mas de meio”. TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos: Caso Giuliani e Gaggio v. Itália, 2011a. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104098>. Acesso em: 14 nov. 2023.

atividade de investigação, de instrução criminal e, caso se reconheça a responsabilidade criminal do agente, observados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, de imposição de sanções penais razoáveis àqueles casos, como fruto do justo processo penal convencional.

Delineados os contornos fundamentais sobre as denominadas obrigações processuais penais positivas, convém, doravante, identificar e aferir se tais disposições constitucionais foram efetivamente implementadas pelo legislador ordinário no arcabouço normativo processual penal brasileiro.

3. O (DES)CUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA QUANTO ÀS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS POSITIVAS ESTIPULADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Embora o conceito de *obrigações processuais penais positivas* como tese científica seja relativamente recente, em nada influenciando os debates no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte, é bem verdade que, percorrendo por todo o texto constitucional, em que pese a indiscutível proeminência de direitos fundamentais de natureza individual que têm como destinatários os investigados e acusados de infração penal, percebe-se, igualmente, a existência de garantias instrumentais e procedimentais visando à adequada investigação, ao devido processamento e, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, à suficiente punição dos réus reconhecidamente culpados.

Identificadas as obrigações processuais penais positivas no corpo do texto constitucional, agora, impende aferir se a legislação criminal brasileira logrou atender às disposições constitucionais sobre investigação, accertamento e punição mencionadas acima.

Por uma questão metodológica, pretende-se dividir as obrigações processuais penais positivas previstas no corpo constitucional entre *investigatórias*, *processuais* e *punitivas*, o que facilitará a compreensão de cada dispositivo, conforme sua incidência em cada uma das etapas da persecução criminal.

a) *Prisão cautelar*

A prisão cautelar do investigado ou do acusado, durante a fase de investigação e de processamento, é devidamente autorizada pelo artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, segundo o qual “[...] ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”.

Fato é que, uma vez praticada a infração penal, surge a obrigação processual penal positiva de que os órgãos de investigação empenhem os seus melhores esforços para apurar a materialidade e a autoria delitivas, assim como, havendo justa causa para a ação penal, surge o dever de os órgãos do sistema de justiça, notadamente o Ministério Público, dedicarem-se efetivamente à produção da prova, sob o crivo do contraditório, e, caso confirmada a responsabilidade penal do acusado, em sentença penal condenatória irrecorrível, com o conseqüente afastamento da presunção relativa de sua inocência, após o devido processo legal, deve-se impor a sanção penal proporcional à censurabilidade de seu comportamento criminoso.

Ocorre que, muitas vezes, a atividade de investigação e de acerto penal pode ser turbada pela ação do investigado ou de terceiros que, visando a assegurar sua impunidade, podem ameaçar vítimas ou testemunhas, desfigurar evidências do crime ou, até mesmo, fugir para se afastar da responsabilização criminal que possa ser futuramente reconhecida, o que, evidentemente, caracterizaria uma afronta ao dever estatal de investigar, processar e punir o agente criminoso, sempre que comprovada a sua responsabilidade penal.

Assim, trata-se a prisão cautelar de *obrigação processual penal positiva* que visa a evitar que o investigado ou o acusado *turbe* a atividade de investigação ou de acerto penal, exemplificativamente, coagindo testemunhas ou desvirtuando evidências que constituam o corpo de delito, ou para assegurar a *aplicação da pena* porventura imposta, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O instituto em questão foi disciplinado pelos artigos 311 a 316, do Código de Processo Penal, revelando-se necessário, a partir de agora, aferir se a legislação processual pátria logrou alcançar a sua adequada regulamentação.

Inicialmente, de se assinalar que “[...] a prisão preventiva pode ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, até mesmo após a sentença condenatória recorrível.” (Lopes Junior, 2022a, p. 196), conforme estabelece o artigo 311, do Código de Processo Penal, de sorte que, a partir da Lei 13.964/19, a legislação passou a vedar a

sua imposição *de ofício* pelo juiz, senão sempre estabelecida mediante provocação da autoridade policial, do Ministério Público, do querelante ou do assistente de acusação.

Fundamentalmente, à luz do artigo 312, “caput”, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva requer dois pressupostos: o *fumus comissi delicti* (existência do crime e indício suficiente de autoria) e o *periculum libertatis* (perigo gerado pelo estado de liberdade), que pode ser demonstrada por intermédio de um de quatro motivos ensejadores: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Ao que se percebe, longe de ser uma providência a ser tomada indiscriminadamente, a prisão preventiva, por respeito ao princípio da presunção de inocência, é medida excepcional e tão somente pode ser levada efeito mediante a concomitância de hipóteses bastante restritas, sempre para assegurar o resultado útil do processo principal, mercê de sua *cautelaridade*, e jamais com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência automática de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

Nesse diapasão, ensina Marcos Alexandre Coelho Zilli (2015, n/p)

[...] a cautelaridade é, portanto, requisito que deve cercar toda e qualquer prisão anterior à condenação transitada em julgado, sob pena de inadmissível equiparação à prisão-pena (...), concluindo que “a prisão processual, portanto, constitui um regime de exceção de modo que ninguém deve ser a ela submetido caso o ordenamento preveja outras formas menos severas e, ao mesmo tempo, eficazes de controle do bom andamento da marcha processual e de preservação das finalidades do processo.

Deixando de lado a questão da garantia da ordem pública e econômica, que não necessariamente se coadunam com a ideia de obrigação processual penal positiva, até pela discutível característica da cautelaridade, a ênfase dessa análise será circunscrita às outras duas hipóteses de aplicação da prisão cautelar: a conveniência da *instrução criminal* e a garantia da *aplicação da lei penal*.

Nesse sentido,

[...] há consenso de que a conveniência da instrução e o resguardo de futura aplicação da lei penal são os requisitos que melhor compõem a natureza cautelar que deve permear toda e qualquer prisão processual. O grande ponto de tensão, contudo, fica por conta da garantia da ordem pública. (Zilli, 2015, n/p).

A prisão preventiva para a *conveniência da instrução criminal* se dá sempre que

[...] o estado de liberdade do imputado coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque ele está destruindo documentos ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando,

constrangendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos. (Lopes Junior, 2022c, p. 215).

Uma única ressalva há de ser feita: a expressão “conveniência” parece não ter sido bem empregada, de sorte que a sua decretação tão somente pode ser determinada quando houver verdadeira *imprescindibilidade* para a instrução criminal, vale dizer,

[...] ‘conveniência’ é um termo aberto e relacionado com ampla discricionariedade, incompatível com o instituto da prisão preventiva, pautada pela excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, sendo, portanto, um último instrumento a ser utilizado. (Lopes Junior, 2022c, p. 215).

Por outro lado, a prisão preventiva para assegurar a *aplicação da lei penal* “[...] é a prisão para evitar que o imputado fuja, tornando inócua a sentença penal por impossibilidade de aplicação da pena cominada.” Aliás, o risco de fuga, que não pode ser presumido, mas tem de estar fundado em circunstâncias concretas, “[...] representa uma tutela tipicamente cautelar, pois busca resguardar a eficácia da sentença (e, portanto, do próprio processo).” (Lopes Junior, 2022c, p. 215).

De fato, avaliando a regulamentação da prisão cautelar, pelo Código de Processo Penal, essas duas hipóteses de decretação se revestem do caráter de obrigação processual penal positiva, servindo como instrumento de salvaguarda da tutela da prova, no caso da *imprescindibilidade* para a *instrução criminal*, assim como de instrumento de evitar a impunidade do agente criminoso, quando houver risco de fuga, na garantia da *aplicação da lei penal*, seja na fase de investigação, seja na fase processual.

b) *Ação penal privada subsidiária da pública*

A segunda obrigação processual penal positiva cuja regulamentação legal se pretende aferir é a ação penal privada subsidiária da pública, ordenada no artigo 5º, inciso LIX, da Constituição de 1.988, cuja redação é: “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal” (Brasil, 1988, n/p).

De fato, embora seja claramente salutar atribuir a um órgão imparcial a incumbência privativa da *acusação criminal*, agindo com um *filtro* prévio que tem por propósito impedir a propositura de ações penais temerárias, há de se reconhecer que nenhuma instituição é imune às falhas, de modo que é plenamente possível que, em um determinado caso concreto, concluída a investigação criminal, com prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, o Ministério Público permaneça inerte por

tempo juridicamente relevante, o que impedirá a obrigação processual penal positiva de promover o *processamento criminal* em juízo.

Sob esse espírito, nasceu a ação penal privada subsidiária da pública, determinada constitucionalmente, mas disciplinada pelo artigo 29, do Código de Processo Penal, o qual reza que:

Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

"Assim, se recebido o inquérito policial ou peças de informação suficientes para oferecer a denúncia ou pedir o arquivamento (ou, ainda, postular diligências), o Ministério Público ficar inerte", ensina Aury Lopes Junior (2022a, p. 575):

[...] poderá o ofendido, superado o prazo concedido para o MP denunciar (5 dias se o imputado estiver preso ou 15 dias se estiver solto), oferecer uma queixa subsidiária, dando início ao processo e assumindo o polo ativo (como acusador).

Todavia, deixa claro que

[...] por inércia do MP compreende-se o fato de ele não acusar, nem pedir diligências e tampouco ordenar o arquivamento. Caso tenha pedido diligências ou ordenado o arquivamento, mesmo que a vítima não concorde, não há que se falar em inércia e, portanto, inviável a ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública. (Lopes Junior, 2022a, p. 576).

Importante ressaltar que, na ação penal privada subsidiária da pública, a rigor, cuida-se de ação penal pública, na *essência*, mas *acidentalmente* privada, mercê de uma peculiar inércia ministerial, de sorte que o Ministério Público prosseguirá a participar do caso, como fiscal da ordem jurídica, podendo aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova e interpor recurso, sem prejuízo de retomar a titularidade da ação penal, em caso de negligência do querelante.

Trata-se, pois, de relevante instrumento processual que outorga à vítima de infração penal uma legitimidade extraordinária para perseguir a pena, por intermédio da propositura de uma ação penal, empoderando-a, assim, sempre que houver inércia do órgão ministerial incumbido de acusação criminal.

Pode-se afirmar, também aqui, que a obrigação processual penal positiva da ação penal privada subsidiária da pública foi bem acatada pela legislação criminal, não restando dúvidas de que o artigo 29, do Código de Processo Penal, foi materialmente *recepicionado* pela atual ordem jurídico-constitucional, satisfazendo a vontade do poder constituinte originário.

c) *Razoável duração do processo*

A obrigação processual penal positiva da razoável duração do processo, introjetada como direito fundamental à ordem jurídico-constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/2004, por intermédio do acréscimo do inciso LXXVIII ao artigo 5º, da Carta da República, o qual estabelece que “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (Brasil, 1988, n/p).

Já se disse alhures que os princípios da razoável duração do processo e da celeridade em nada se confundem com o suposto dever de as partes e do juiz praticarem atos processuais com aodamento, como se o processo penal fosse mero rito de passagem rumo à punição, mas, sim, exigem que a legislação criminal discipline procedimentos que, ao mesmo tempo, permitam uma solução célere à atividade jurisdicional, mas, também, assegurem às partes o pleno exercício de suas faculdades processuais, sempre prestigiando o devido processo legal.

A esse respeito, a lição de Aury Lopes Junior (2007, n/p) é de que

[...] quando a duração de um processo supera o limite da duração razoável, novamente o Estado se apossa ilegalmente do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível. E esse apossamento ilegal ocorre ainda que não exista uma prisão cautelar, pois o processo em si mesmo é uma pena.

Conclui, assim, que

[...] interessa-nos o difícil equilíbrio entre os dois extremos: de um lado o processo demasiadamente expedito, em que se atropelam os direitos e garantias fundamentais, e, de outro, aquele que se arrasta, equiparando-se à negação da (tutela da) justiça e agravando todo o conjunto de penas processuais ínsitas ao processo penal. (Lopes Junior, 2007, n/p).

A rigor, o que deve ser razoável é a duração da *persecução penal*, abrangendo cada uma de suas três fases: a investigação, o processamento e a execução da penal. De

fato, antes mesmo da deflagração da ação penal, a problemática da razoável duração já é identificada nas investigações preliminares, conforme apregoa Roberto da Silva Oliveira (2015, n/p):

Na investigação criminal, apesar do art. 10 do CPP ter previsto o prazo de conclusão do inquérito, em dez dias no caso de indiciado preso, e de trinta dias no caso de indiciado solto, o fato é que, na prática, por várias circunstâncias, dentre elas a falta de condições materiais da polícia judiciária, estes prazos não são observados, portanto, em verdade, no Brasil, não existe obstáculo temporal para a investigação criminal, que pode durar meses ou anos a fio, sem perder de vista a possibilidade de prescrição. (...). Uma possibilidade é a fixação de prazo máximo para a conclusão da investigação, com a impossibilidade de utilização de provas colhidas após tal prazo, como faz o art. 407.3 do Codex de Processo Penal italiano.

Avançando sobre a razoável duração da fase *processual* da persecução penal, convém assinalar que a legislação criminal brasileira não estabeleceu, em regra, prazos peremptórios para a conclusão do procedimento, o que, segundo Aury Lopes Junior (2007, n/p), significa a adoção da doutrina do *não-prazo*, sugerindo que a quantificação do prazo razoável deverá levar em conta quatro elementos fundamentais: a complexidade do caso, a atividade processual do interessado (imputado), que obviamente não poderá se beneficiar de sua própria demora, a conduta das autoridades judiciárias como um todo (polícia, Ministério Público, juízes, servidores etc.) e o princípio da proporcionalidade.

Impõe-se, agora, avaliar se a legislação processual penal brasileira logrou estabelecer ritos procedimentais que atendam a essa obrigação processual penal positiva.

Inicialmente, digno de nota que, “[...] no processo penal, em regra, os prazos são peremptórios e contínuos, a teor do art. 798 do respectivo Código, o que vai ao encontro das aspirações por um processo célere.” (Oliveira, 2015, n/p).

Com efeito, a Lei 11.719/2008 trouxe profundas alterações em relação ao rito comum ordinário e sumário, transformando o vetusto e burocrático rito estabelecido pela redação original do Código de Processo Penal, de 1.941, em um procedimento muito mais célere, em atenção ao princípio da concentração dos atos processuais, da celeridade e da razoável duração do processo.

Basicamente, antes, o procedimento comum ordinário, após o oferecimento da denúncia ou queixa, o seu recebimento e a citação do acusado, era designada uma audiência de interrogatório, depois do qual havia uma defesa prévia, em três dias, em que eventuais testemunhas poderiam ser arroladas e, logo após, o juiz designava uma

audiência em continuação, para ouvir ofendido e testemunhas, finda a qual as partes apresentariam alegações finais escritas, sucessivamente, com a final prolação de sentença.

Caminhou bem o legislador ordinário ao abreviar o procedimento comum ordinário e sumário, por intermédio da Lei 11.719/2008, ao estabelecer, entre os artigos 395 e 404, do Código de Processo Penal, que, após o oferecimento da denúncia ou queixa, o seu recebimento e a citação do acusado, passou a existir a resposta escrita à acusação, no prazo de 10 dias, depois do qual o juiz poderá decidir se absolve sumariamente o acusado. Em caso negativo, designará o juiz a audiência una de instrução debates e julgamento, em 60 dias, no caso do rito ordinário, e em 30 dias, em sede de procedimento sumário, no bojo da qual serão ouvidos, grosso modo, ofendido e testemunhas e, depois, interrogado o acusado, com uma salutar inovação: as alegações finais passaram a ser orais e a sentença, em regra, prolatada em audiência.

Obviamente, a complexidade do caso, a pluralidade de acusados ou outras peculiaridades, a exemplo de um assoberbamento de trabalho em uma unidade judiciária específica, poderão procrastinar a duração do procedimento, de modo que se revela recomendável essa opção do legislador de não estabelecer um prazo peremptório para a conclusão da instrução probatória.

Em todo caso, nada obstante a razoabilidade dos prazos processuais estabelecidos no Código de Processo Penal e nas legislações extravagantes, o jurisdicionado não está imune de procrastinações indevidas, notadamente quando houver

[...] conduta do juiz que por dolo ou fraude, gerando uma indevida dilação procrastinatória, num processo com cabais provas que convenciam da autoria e materialidade de um delito, dá causa à ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição, por exemplo. (Oliveira, 2015, n/p).

Nesse caso, esclarece Roberto da Silva Oliveira (2015, n/p), haverá “[...] responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais pode ocorrer em virtude de erro judiciário, denegação de justiça, demora na prestação jurisdicional e também nos casos de dolo e culpa do juiz.”, sem prejuízo da ação regressiva contra o magistrado que deu causa à ilegalidade em questão, mercê de sua responsabilidade civil.

Percebe-se, assim, que, no plano legislativo, a legislação processual penal brasileira logrou acatar o direito fundamental à razoável duração do processo, ao menos, em tese, ao prescrever prazos razoáveis para a prática dos atos processuais, sem excessivas burocracias que poderiam procrastinar a regular tramitação do processo.

Todavia, a crítica que se revela pertinente, aqui, diz respeito à necessidade de maior estrutura às unidades judiciárias, no que concerne à maior disponibilização de servidores e magistrados, assim como de autoridades e agentes policiais, na fase de investigação, a fim de que exista um maior alicerce estrutural que permita que os prazos estabelecidos em lei sejam fidedignamente cumpridos, com a operacionalização concreta da obrigação processual penal positiva da razoável duração do processo.

d) *Publicidade*

A obrigação processual penal positiva concernente à publicidade dos atos processuais, determinada constitucionalmente pelos artigos 5º, inciso LX, e, 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal, foi timidamente disciplinada pelo artigo 792, do Código de Processo Penal, em cuja cabeça se lê que as audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados, ao passo em que, em seu parágrafo primeiro, reza que se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

Mesmo nos não raros casos em que se receie que a presença do acusado em audiência influencie vítimas ou testemunhas a faltarem com a verdade, por pavor ou constrangimento, assegura-se ao réu que participe do ato por videoconferência e, apenas na absoluta impossibilidade, seja o imputado retirado da sala de audiências, embora sempre assegurada a presença de seu defensor, assegurando a publicidade interna dos atos processuais³.

Nada obstante, a Lei nº 11.690/2008, outorgou à vítima a importante obrigação processual penal positiva de ter ciência dos principais eventos processuais, conforme se extrai da redação do artigo 201, §2º, do Código de Processo Penal: “[...] o ofendido será

³ Art. 217, CPP: “Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor” (Brasil, 1941, n/p).

comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.” (Brasil, 1941, n/p).

Deveras, a ordem jurídica brasileira assegura uma publicidade *plena* em relação aos atos processuais em relação às partes e aos seus procuradores, de modo que o sigilo que pode ser imposto pelo magistrado será oponível tão somente em face do público em geral, vale dizer, “a publicidade que pode ser restringida é aquela imposta a terceiros (Rahal, 2004, n/p)”.

Flávia Rahal (2004, n/p), por sua vez, faz um interessante contraponto à garantia da publicidade:

Exatamente porque o segredo é tão fortemente vinculado a injustiças que se construiu em torno da publicidade uma aura de beatitude, a partir de uma visão parcial que só permitia enxergar os aspectos positivos e externar-lhe simpatia: o segredo é o mal que oprime e faz sombra à Justiça e, em especial, ao processo penal. Em oposição a ele, a publicidade só pode gerar bons resultados: para o acusado, protegido em suas garantias; para a administração da Justiça, que deve ser uma obra de luz; para o magistrado, resguardado de insinuações maldosas; para a imprensa, protegendo-lhe a liberdade de expressão; e para o público, no exercício de seu direito sagrado à informação. (...) É indiscutível que quando um inquérito policial, uma ação penal ganha as páginas dos jornais há um prejulgamento detestável, uma antecipação do julgamento pela Imprensa, uma violação inconcebível da regra constitucional da presunção de inocência. Reputações são destruídas. Famílias atacadas. Carreiras paralisadas. Em casos que passam a ser publicados, notórios como a Escola Base e o Bar Bodega, e não tão notórios assim, como tantos que se veiculam em programas vespertinos de televisão, é absolutamente evidente que a exposição na mídia se contrapõe à realização da justiça.

Evidentemente, nesse espírito, se, por um lado, a publicidade dos atos judiciais, inerente ao Estado Democrático de Direito, é uma “garantia de segundo grau”, isto é, a “garantia das garantias” (Ferrajoli, 2014, n/p), em contraposição aos procedimentos secretos característicos das autocracias, por outro, não é menos verídico que há situações em que o bem jurídico em jogo na persecução penal exige que a tramitação tenha publicidade circunscrita às partes do processo e seus procuradores, impedindo, assim, a exploração inadvertida por pessoas físicas ou veículos de comunicação.

Com invejável poder de síntese, aduz Aury Lopes Junior (2022b, p. 88), a respeito da dicotomia entre publicidade e sigilo dos atos processuais: “[...] a transparência do processo, mas sem cair no bizarro espetáculo televisivo. Esse é um ponto de difícil equilíbrio.”.

No entanto, embora pouco exista a se falar sobre a regulamentação da publicidade pelo legislador ordinário em relação aos atos judiciais, o que, felizmente, nas atuais circunstâncias, vem sendo respeitado pelo Poder Judiciário brasileiro, é importante, lado outro, tecer algumas considerações a respeito do sigilo das diligências realizadas na fase de investigação criminal.

Validamente, a respeito do sigilo no inquérito policial, prescreve o artigo 20, do Código de Processo Penal, que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

Nesse sentido,

[...] o sigilo do inquérito policial ou das investigações preliminares deve servir para garantir a seriedade do que se apura e, mais ainda, como proteção da intimidade das pessoas nele envolvidas. Dessa forma, pode ele ser imposto não para impedir o livre exercício da imprensa ou o trabalho dos jornalistas, mas para assegurar o bom andamento das investigações. (Rahal, 2004, n/p).

Ao interpretar o dispositivo em questão, ensina Aury Lopes Junior (2022a, p. 395) que “[...] o inquérito é secreto no plano externo e assim dispõe o art. 20 do CPP, devendo a polícia judiciária assegurar o sigilo necessário para esclarecer o fato.”. Lado outro,

[...] no plano interno, pode ser determinado o segredo interno parcial, impedindo que o sujeito passivo presencie determinados atos”, obtemperando, contudo, que “o segredo interno não alcança o defensor, isto é, o segredo interno pode ser parcial, mas não total. (Lopes Junior, 2022a, p. 395).

Com a pretensão de esclarecer os limites do sigilo das diligências durante a investigação criminal, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 14, com a seguinte redação: é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa, viabilizando, em caso de descumprimento, a propositura de *reclamação constitucional*.

Nessa perspectiva, a Suprema Corte deixou claro que as diligências já *concluídas* e juntadas ao procedimento investigatório, como, por exemplo, o depoimento de uma testemunha inquirida pela autoridade policial, não de ser apresentadas ao defensor, a ele não se lhe opondo o sigilo, enquanto as diligências ainda *em andamento*, a exemplo de

interceptações telefônicas ou telemáticas, seriam mantidas em absoluto sigilo, ao menos, até o seu definitivo encartamento aos autos, quando de sua conclusão.

Conclui-se, assim, que a obrigações processual penal positiva concernente à publicidade dos atos da persecução penal, envolvendo atos investigatórios e processuais, foi satisfatoriamente acatada pela legislação processual penal brasileira, revestindo-se de consonância com o Estado Democrático de Direito adotado pela República Federativa do Brasil.

e) Incidente de deslocamento de competência nos crimes de graves violações de direitos humanos

A derradeira obrigação processual penal positiva diz respeito ao denominado incidente de deslocamento de competência, inserido ao texto constitucional por ocasião da Emenda Constitucional nº 45/04, que introduziu o §5º ao artigo 109, da Carta da República, ao estabelecer que nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

A respeito do instituto,

O IDC, torna-se, assim, um importante instrumento jurídico e político para garantir a efetividade dos direitos humanos, na medida em que destaca o interesse da União com seu poderio econômico e estrutural, quando atrai o julgamento para a Justiça Federal, em tese melhor aparelhada e mais distante de influências regionais em comparação à Justiça Estadual” (Morelato; Vincenzi, 2017, n/p).

No entanto, em que pesem as quase duas décadas de incorporação do instituto ao texto constitucional, até o presente momento, a legislação ordinária não logrou regulamentar a sua operacionalização, o que exigiu do Superior Tribunal de Justiça, mercê da autoaplicabilidade da norma constitucional pendente de disciplina legal, o estabelecimento dos parâmetros para sua aplicação.

Ensina, a propósito, Odon (2021, n/p), que

[...] o primeiro caso de IDC levado ao STJ foi o do assassinato de Dorothy Stang, suscitado pelo então Procurador Geral da República Cláudio Fonteles. O objeto do IDC era o deslocamento da investigação, do processamento e do julgamento dos mandantes, intermediários e executores do homicídio para

justiça federal”, no Incidente de Deslocamento de Competência nº 1/PA, o qual foi rejeitado, por ter a Corte Superior entendido que havia empenho das autoridades paraenses na apuração dos fatos, decisão que se revelou acertada, tanto que o mandante da morte da religiosa norte-americana, que realizava trabalhos em favor da reforma agrária e dos povos da Amazônia, foi condenado à pena de 30 anos de reclusão.

Avançando nessa linha do tempo, segundo Flávia Piovesan (2022, p. 708), foi somente

[...] em 27 de outubro de 2010, [que,] em decisão inédita, o Superior Tribunal de Justiça acolheu o IDC n. 2, determinando o imediato deslocamento das investigações e do processamento da ação penal do caso Manoel Mattos ao âmbito federal, por considerar atendidos os pressupostos do art. 109, § 5º, da Constituição Federal.

Ingressando na questão dos requisitos para a imposição do deslocamento de competência, no caso de graves violações aos direitos humanos, o Superior Tribunal de Justiça, no Incidente de Deslocamento de Competência nº 21/RJ, decorrente das incursões policiais na favela Nova Brasília/RJ, em 1994 e 1995, que resultaram, cada uma, na morte de 13 pessoas e, a primeira delas, também em abusos sexuais cometidos contra três mulheres, duas das quais eram menores de 18 anos à época dos fatos, destacou que a jurisprudência daquela Corte consagrou três pressupostos principais que devem ser atendidos simultaneamente para o acolhimento do incidente de deslocamento de competência: (i) a constatação de *grave violação* efetiva e real de *direitos humanos*; (ii) a possibilidade de *responsabilização internacional*, decorrente do descumprimento de obrigações assumidas em tratados internacionais; e (iii) a evidência de que os *órgãos do sistema estadual não mostram condições de seguir no desempenho da função de apuração, processamento e julgamento* do caso com a devida isenção (Superior Tribunal de Justiça, 2021).

Por sua vez, ao julgar o Incidente de Deslocamento de Competência nº 5/PE, relativo ao homicídio do Promotor de Justiça estadual Thiago Faria Soares, ocorrido em contexto de grupos de extermínio que atuam no interior do Estado de Pernambuco, bem como de conflito institucional entre os órgãos envolvidos com a investigação e a persecução penal dos ainda não identificados autores do crime, a Terceira Seção desta Corte ressaltou que o deslocamento de competência efetuado no incidente constitucional, por se tratar de exceção à regra geral da competência absoluta, somente deve ser efetuado em situações excepcionalíssimas, mediante a demonstração de sua necessidade e imprescindibilidade

[...] ante provas que revelem descaso, desinteresse, ausência de vontade política, falta de condições pessoais e/ou materiais das instituições - ou de uma ou outra delas - responsáveis por investigar, processar e punir os responsáveis pela grave violação a direito humano, em levar a cabo a responsabilização dos envolvidos na conduta criminoso, até para não se esvaziar a competência da Justiça Estadual e inviabilizar o funcionamento da Justiça Federal. (Superior Tribunal de Justiça, 2014, n/p).

Na oportunidade, o Tribunal da Cidadania reconheceu que a medida era necessária para salvaguardar a obrigação processual penal positiva de investigar e punir as violações de direitos humanos:

[...] a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem, reiteradamente, asseverado que a obrigação estatal de investigar e punir as violações de direitos humanos deve ser empreendida pelos Estados de maneira séria e efetiva, dentro de um prazo razoável. (Piovesan, 2022, p. 714).

Em síntese, segundo Piovesan (2022, p. 714):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consagrou três pressupostos para o deferimento de IDC: a) existência de grave violação a direitos humanos; 2) o risco de responsabilização internacional decorrente do descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais; e 3) a incapacidade das instâncias e autoridades locais de oferecer respostas efetivas. Ademais, para o Superior Tribunal de Justiça devem restar caracterizadas a excepcionalidade, a necessidade, a imprescindibilidade, a razoabilidade e a proporcionalidade da medida.

Outro caso bastante conhecido, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, no Incidente de Deslocamento de Competência nº 24/RJ, disse respeito ao assassinato da vereadora carioca Marielle Francisco da Silva, oportunidade em que a Corte rejeitou o requerimento de deslocamento da competência à justiça federal, por demonstração de empenho das autoridades estaduais na apuração dos fatos.

Todavia, ao denunciarem a subutilização do incidente de deslocamento de competência, Morelato e Vincenzi (2017, n/p) identificam que

[...] o pouco envolvimento federal nas causas de grandes violações aos direitos humanos, seja como assistente, pelo inciso I, ou pelo IDC, inciso V-A, demonstra o segundo grande motivo pelo qual reputamos o IDC como um instituto subutilizado: nem sempre há interesse político na intervenção e deslocamento.

A respeito do momento em que o deslocamento da competência poderá ser realizado, segundo Vitor Faria Morelato e Brunela Vieira de Vincenzi (2017, n/p), “[...]”

o incidente pode ser suscitado em qualquer fase do inquérito ou processo judicial que se pretende deslocar, o qual não ficará suspenso durante a tramitação do IDC.”. Ademais, “com o julgamento procedente do incidente, o processo já ajuizado é remetido à Justiça Federal, e, nas causas criminais ainda em fase de inquérito, o caso é remetido da Polícia Civil Estadual para a Polícia Federal”, o que qualifica o instituto como obrigação processual penal positiva de natureza *investigatória* e, também, *processual*.

“De todo modo”, aponta Piovesan (2022, p. 716), “[...] acredita-se na federalização como efetivo instrumento para o combate à impunidade e para a garantia de justiça nas graves violações de direitos humanos.”.

Portanto, ao que se infere, a obrigação processual penal positiva do incidente de deslocamento de competência nos crimes de graves violações de direitos humanos não foi adequadamente regulamentada por lei ordinária, incidindo a República Federativa do Brasil em omissão inconstitucional, a ensejar a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, por omissão, perante a Suprema Corte brasileira, com o propósito de constituir em mora o Poder Legislativo na aprovação da legislação regulamentadora à baila.

CONCLUSÃO

A análise empreendida ao longo deste estudo revela que a legislação processual penal brasileira, ainda que construída sob a égide da Constituição de 1988 e influenciada por tratados internacionais de direitos humanos, enfrenta desafios significativos na implementação das obrigações processuais penais positivas. Estes desafios, evidenciados na aplicação prática das normas, revelam tanto avanços quanto lacunas que necessitam de atenção contínua para garantir a proteção efetiva dos direitos fundamentais.

Constituição de 1988 consagra um robusto conjunto de direitos e garantias fundamentais, que inclui as obrigações processuais penais positivas. Essas obrigações impõem ao Estado a responsabilidade de não apenas tipificar e sancionar condutas criminosas, mas também de assegurar que os mecanismos de investigação, processamento e punição sejam eficientes e respeitem os direitos dos envolvidos. A análise metodológica e bibliográfica conduzida permitiu identificar os principais pontos de conformidade e de desconformidade da legislação processual penal brasileira com esses imperativos constitucionais.

Inicialmente, observa-se que a legislação brasileira possui dispositivos que, em tese, atendem aos requisitos das obrigações processuais penais positivas. O Código de Processo Penal, por exemplo, estabelece prazos para a conclusão de inquéritos e processos, mecanismos de proteção às vítimas e testemunhas, e instrumentos para assegurar a celeridade e eficiência processual. Contudo, a aplicação prática dessas normas nem sempre reflete o espírito constitucional, revelando-se frequentes casos de morosidade processual, deficiências na investigação criminal e insuficiente proteção aos direitos das vítimas e dos acusados.

A problemática da morosidade processual é uma das mais críticas. A Constituição de 1988, por meio do princípio da razoável duração do processo, exige que os procedimentos penais sejam conduzidos de forma célere e eficiente, evitando-se a dilação indevida que compromete a efetividade da justiça penal. No entanto, a realidade demonstra que a sobrecarga do sistema judiciário, a escassez de recursos e a burocracia excessiva são fatores que frequentemente resultam em atrasos significativos, prejudicando tanto a apuração dos fatos quanto a aplicação das sanções penais.

Outro aspecto relevante é a eficácia das investigações criminais. As obrigações processuais penais positivas exigem que o Estado conduza investigações diligentes e imparciais, capazes de elucidar os fatos e identificar os responsáveis. A legislação brasileira, embora estabeleça normas para a condução de inquéritos policiais, enfrenta desafios na prática, como a falta de recursos humanos e materiais adequados, que muitas vezes comprometem a qualidade e a eficácia das investigações. A insuficiência de treinamento e de qualificação dos agentes investigativos também contribui para a ineficiência na elucidação de crimes, especialmente aqueles de maior complexidade.

A proteção dos direitos das vítimas é igualmente crucial. A Constituição e os tratados internacionais impõem ao Estado a obrigação de garantir que as vítimas de crimes tenham acesso à justiça, sejam tratadas com dignidade e respeito, e tenham seus direitos resguardados ao longo de todo o processo penal. A legislação brasileira contempla dispositivos para a proteção das vítimas, incluindo o direito à informação, à participação no processo e à proteção contra intimidações e represálias. No entanto, a implementação dessas medidas ainda é insuficiente, sendo necessário um esforço contínuo para assegurar que as vítimas recebam a devida atenção e suporte do sistema de justiça penal.

Além disso, a garantia dos direitos dos acusados é um pilar fundamental das obrigações processuais penais positivas. O princípio do devido processo legal, a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório são garantias constitucionais que

devem ser observadas rigorosamente. A legislação processual penal brasileira prevê mecanismos para assegurar esses direitos, como a assistência jurídica gratuita, o direito ao silêncio, e a vedação de provas ilícitas. Todavia, desafios persistem na prática, especialmente em relação ao acesso à justiça por parte de acusados de baixa renda, à qualidade da defesa pública e à equidade na aplicação das normas processuais.

A execução das penas, por sua vez, é outro ponto de destaque. As obrigações processuais penais positivas impõem que, uma vez proferida a sentença condenatória, o Estado deve assegurar a sua execução de maneira eficaz, respeitando os direitos dos condenados e promovendo a ressocialização. A legislação brasileira, em consonância com os princípios constitucionais, prevê um sistema de execução penal orientado pela dignidade da pessoa humana e pela finalidade ressocializadora da pena. Entretanto, a superlotação carcerária, as condições desumanas de muitos estabelecimentos prisionais e a falta de programas efetivos de ressocialização são questões que comprometem a eficácia da execução penal e a observância das obrigações processuais penais positivas.

Em síntese, a conformidade da legislação processual penal brasileira com as obrigações processuais penais positivas estabelecidas pela Constituição de 1988 é um processo contínuo e desafiador. Embora existam avanços normativos significativos, a prática revela a necessidade de aprimoramento constante. A efetividade das obrigações processuais penais positivas depende não apenas de normas bem elaboradas, mas também de uma estrutura institucional adequada, de recursos suficientes e de um comprometimento efetivo das autoridades públicas com a proteção dos direitos fundamentais.

A pesquisa conduzida neste estudo aponta para a necessidade de reformas legislativas e administrativas que visem fortalecer a capacidade do sistema de justiça penal em cumprir suas obrigações processuais positivas. Recomendam-se, entre outras medidas, a ampliação dos recursos destinados ao sistema de justiça, a melhoria da infraestrutura e da formação dos agentes de segurança pública, a implementação de programas eficazes de proteção às vítimas e a garantia de acesso equitativo à justiça para todos os cidadãos.

Assim, conclui-se que o desafio de alinhar a legislação processual penal brasileira às obrigações processuais penais positivas estabelecidas pela Constituição de 1988 requer um esforço contínuo e coordenado de todos os atores do sistema de justiça. Apenas com um compromisso firme com os princípios constitucionais e uma atuação diligente será possível assegurar uma justiça penal efetiva, equânime e respeitosa dos

direitos humanos, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e democrática.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Baldeón García v. Peru**, 2006. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69630>. Acesso em: 7 jul 2024.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala**, 2000. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf. Acesso em: 7 jul 2024.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta v. Perú**, 2022. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/barrioscantuta_02.pdf. Acesso em: 7 jul 2024.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Carpio Nicolle y otros v. Guatemala**, 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_117_esp.pdf. Acesso em: 7 jul 2024.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Garibaldi v. Brasil**, 2009. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72549>. Acesso em: 7 jul 2024.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso González et al. “Campo Algodonero” v. México**, 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf. Acesso em: 7 jul 2024.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Las Palmeras v Colombia**, 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_90_esp.pdf. Acesso em: 7 jul 2024.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala**, 2003. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69630>. Acesso em: 7 jul 2024.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Nadege Dorzema e outros v. República Dominicana**, 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_por.pdf. Acesso em: 7 jul 2024.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos**, 2009. Disponível em:

<https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/5.pdf>. Acesso em: 7 jul 2024.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Velasquez Rodriguez v. Honduras**, 1988. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf. Acesso em: 7 jul 2024.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER, Douglas. PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2019.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JARDIM, Afrânio Silva. **Reflexão teórica sobre o processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 123 – 158. (Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal, v. 7).

JARDIM, Afrânio Silva. **Visão sistemática da prisão provisória no Código de Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 975 – 997. (Doutrinas Essenciais Processo Penal, v. 2).

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Princípios institucionais do Ministério Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal, v. 6).

MONTAGNA, Mariangela. **I diritti minimi della vittima**. In: GAITO, Alfredo. I principi europei del processo penale. Napoli: Dike, 2016.

MORELATO, Vitor Faria; VINCENZI, Brunela Vieira de. A potencial subutilização do incidente de deslocamento de competência à justiça federal e as implicações na efetivação de direitos humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 102, p. 269 – 284, jul./ago. 2017.

NEME, Eliana Franco; MOREIRA, José Cláudio Domingues. O acesso à justiça como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais possibilidades do sistema interamericano de proteção dos direitos do homem. **Revista Argumenta**, Jacarezinho,

n. 14, p. 13-33, 2011. Disponível em:
<https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/588>. Acesso em: 22 set. 2023.

ODON, Daniel Ivo. Aspectos práticos do incidente de deslocamento de competência para satisfação de recomendações internacionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 125, p. 237 – 257, maio/jun. 2021.

OLIVEIRA, Roberto da Silva. O direito fundamental à razoável duração do processo penal. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015. p. 261 – 304. (Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, v. 9).

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana de Direitos Humanos**, 1969. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 7 jul 2024.

PIOVESAN, Flávia. A constituição de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011a. p. 211 – 226. (Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, v. 6).

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011b. p. 1223 – 1246. (Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, v. 1).

PIOVESAN, Flávia. Federalização dos crimes contra os direitos humanos. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011c. p. 785 – 798. (Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, v. 5).

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional –RBDC**, São Paulo, n. 19, p. 67 – 93, jan./jun. 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Combate ao Racismo**. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

RAHAL, Flávia. Publicidade no processo penal: a mídia e o processo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 47, p. 270 – 283, mar./abr. 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Incidente de Deslocamento de Competência nº 5/PE**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Julgamento em 13 de agosto de 2014. Brasília, DF. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=37906164&num_registro=201401014017&data=20140901&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 14 nov. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Incidente de Deslocamento de Competência nº 21/RJ**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em 25 de agosto de 2021. Brasília, DF. Disponível em:
<https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2587411/INCIDENTE+DE+DESLOCAMENTO+DE+COMPETENCIA+N%C2%BA+21.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Incidente de Deslocamento de Competência nº 24/DF**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em 25 de agosto de 2021. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Voto%20Min.%20Reynaldo%20Fonseca%20IDC%2024.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2023.

TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos: **Caso Bati v. Turquia**, 2004. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61805>. Acesso em: 7 jul 2024.

TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos: **Caso Cestaro. Vs. Itália**, 2015a. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153901>. Acesso em: 7 jul 2024.

TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos: **Caso Coeme v. Bélgica**, 2000b. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5919480>. Acesso em: 7 jul 2024.

TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos: **Caso Giuliani e Gaggio v. Itália**, 2011a. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104098>. Acesso em: 7 jul 2024.

TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos: **Caso Labita v. Itália**, 2015b. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58559>. Acesso em: 7 jul 2024.

TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos: **Caso McDonnell v United Kingdom**, 2014. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148669>. Acesso em: 7 jul 2024.

TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos: **Caso Nachova v. Bulgária**, 2011b. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69630>. Acesso em: 7 jul 2024.

TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos: **Caso Nasr e Ghali v. Itália**, 2016. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162280>. Acesso em: 7 jul 2024.

TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos: **Caso Ognyanova e Choban v. Bulgária**, 2006. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72549>". Acesso em: 7 jul 2024.

TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos: **Caso Ramsahai v. Países Baixos**, 2007. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69630>. Acesso em: 7 jul 2024.

TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos: **Caso Saba v. Itália**, 2000b. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-5919480>. Acesso em: 7 jul 2024.

TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos: **Caso Selmouni v. França**, 1999. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-58287%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-58287%22]}). Acesso em: 7 jul 2024.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Ainda que tardia, que venha a liberdade:** breve panorama sobre a prisão cautelar no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal | vol. 7/2015 | Dez / 2015.