

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

GIULIANO SORGE DE PAULA SILVA

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Mestrado em Direito

São Paulo

2024

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

GIULIANO SORGE DE PAULA SILVA

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Prof. Dr. Wagner Balera.

São Paulo

2024

Silva, Giuliano Sorge de Paula
O controle de convencionalidade pelo delegado de polícia. /
Giuliano Sorge de Paula Silva. -- São Paulo: [s.n.], 2024.
181p. ; 21,5 x 30 cm.

Orientador: Wagner Balera.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. Controle de convencionalidade. 2. direitos humanos. 3.
delegado de polícia. 4. inquérito policial. I. Balera,
Wagner. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

GIULIANO SORGE DE PAULA SILVA

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO DELEGADO DE POLÍCIA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Prof. Dr. Wagner Balera.

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Wagner Balera (Orientador).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

*Dedico esta dissertação à minha mãe
Maria Laura de Paula (in memoriam).*

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelas concessões na vida.

Em especial, ao professor doutor Wagner Balera, por ter acreditado no projeto desde o início e pelos ensinamentos durante a orientação.

Aos professores Cláudio José Langroiva Pereira, Carolina Alves de Souza Lima, Eduardo Dias de Souza Ferreira, Cláudio De Cicco, Álvaro Gonzaga, Eveline Denardi e Marcelo Carita Correra, pelos conhecimentos transmitidos.

Ao professor Miguel Horvath Júnior, pelas enriquecedoras observações.

À minha esposa Vanessa e familiares, pelo apoio e incentivo durante a caminhada.

Aos queridos e estudiosos amigos Giuliano Rossi de Migueli e Priscilla Milena Simonato de Migueli, pela estima a mim deferida.

Aos colegas delegados de polícia Francisco Sannini Neto, Rafael Francisco Marcondes de Moraes e Rodolfo Luiz Decarli, pelas discussões que muito contribuíram para a pesquisa.

RESUMO

A dissertação pretende demonstrar como o delegado de polícia, durante a etapa que lhe é destinada na persecução penal, se converteu de agente de repressão do Estado em autoridade policial legítima para a proteção de direitos e garantias na investigação criminal. O marco sinalizador dessa transformação é a Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988, que restabeleceu o Estado Democrático de Direito no Brasil e, com isso, fixou direitos e garantias que devem ser observados pelos órgãos e poderes públicos durante os atos de polícia judiciária. Essa missão ocorre através da compatibilização dos instrumentos legais internos com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor perante o ordenamento jurídico brasileiro. Através do controle de convencionalidade no desempenho de suas funções – essencialmente no curso do inquérito policial –, na autuação e prisão em flagrante, e no indiciamento do investigado, o delegado de polícia procede à preliminar adequação da norma doméstica aos preceitos consagrados pelo direito internacional, viabilizando que essa importante fase da sistemática processual penal pátria se coadune aos princípios universalmente reconhecidos, sob a regência da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, o delegado de polícia representa as ações do Estado na busca pela efetividade dos direitos humanos.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade; direitos humanos; delegado de polícia; inquérito policial; persecução penal.

ABSTRACT

This dissertation aims to demonstrate how the police chief, during the stage assigned to him in criminal prosecution, became an agent of State repression into a legitimate police authority for the protection of rights and guarantees in criminal investigation. The milestone of this transformation is the Federal Constitution promulgated on October 5, 1988, that re-established the democratic rule of law in Brazil and, with that, established rights and guarantees that must be mandatorily observed by public bodies and powers during judicial police acts. This mission occurs through the compatibility of domestic legal instruments with the international human rights treaties and conventions in force before our legal system. Through the control of conventionality in the performance of his duties – essentially in the course of the police investigation –, in the indictment and arrest in flagrante delicto, as well as in the indictment of the investigated, the police chief proceeds to the preliminary adaptation of the domestic norm to the precepts enshrined in international law, making it possible for this important phase of the criminal procedural system of the homeland to be in line with the universally recognized principles, under the rule of the dignity of the human person. In this context, the police chief represents the actions of the State in the search for the effectiveness of human rights.

Keywords: Conventionality control; human rights; police chief; police investigation; criminal prosecution.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANPD	Autoridade Nacional de Proteção de Dados
art.	artigo
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CF/1988	Constituição Federal de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CP/1940	Código Penal de 1940
CPM	Código Penal Militar
CPP/1941	Código de Processo Penal de 1941
Des.	Desembargador/Desembargadora
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ed.	edição
GLO	Garantia da Lei e da Ordem
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LGBTQIA+	lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, queer, intersexuais, assexuais e demais orientações sexuais e identidades de gênero
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais
Min.	Ministro/Ministra
n.	número
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho

OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	página
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
RDD	Regime Disciplinar Diferenciado
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator/Relatora
SINARM	Sistema Nacional de Armas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
t.	tomo
TJ-SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
v.	volume
VPI	Verificação de Procedência das Informações

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	OS DIREITOS HUMANOS E O ESTADO	16
2.1	O Estado de Direito	16
2.2	Os direitos humanos	23
2.2.1	Esboço histórico	26
2.2.2	Conceito	29
2.2.3	Princípios relacionados e natureza jurídica	30
2.3	A Constituição Federal de 1988 à luz dos direitos humanos	36
2.4	Documentos internacionais de proteção dos direitos humanos	38
2.4.1	O direito internacional e sua relação com o direito interno	40
2.4.2	Incorporação e <i>status</i> dos tratados internacionais de direitos humanos	44
2.4.3	Soberania estatal em face dos direitos humanos	48
2.5	Intérpretes das normas de direitos humanos	51
3	A POLÍCIA JUDICIÁRIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	54
3.1	Distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária	54
3.2	A polícia judiciária e sua função constitucional no modelo pátrio	56
3.3	Instrumentos legais investigatórios da polícia judiciária	58
3.4	A aplicação dos direitos humanos e fundamentais no inquérito policial	62
3.5	Poder-dever decisório do delegado de polícia	69
3.5.1	O indiciamento e sua face garantista	72
3.5.2	A prisão em flagrante como mecanismo de proteção dos direitos humanos	77
4	O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE ESTATAL COMO MECANISMO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS	82
4.1	Conceito, origem, natureza e finalidade	82
4.2	Formas e espécies de controle	92
4.2.1	Aferição e controle de convencionalidade	94
4.2.2	Controle internacional, interno e o duplo controle	96

4.2.3	Controle de supralegalidade	99
4.2.4	Devido processo convencional	100
4.3	Parâmetros referenciais: A Corte Interamericana de Direitos Humanos	101
4.4	Órgãos responsáveis e efeitos	108
5	O DELEGADO DE POLÍCIA COMO EFETIVADOR DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	113
5.1	Controle administrativo de convencionalidade	113
5.2	Atividade da autoridade pública e as relações internacionais do Estado	116
5.3	Tratados internacionais para o controle de convencionalidade	117
5.4	Fundamentos normativos e doutrinários	118
5.5	Poder-dever da autoridade pública em avaliar a convencionalidade	125
5.6	O controle de convencionalidade em grau de cognição sumaríssima	128
5.6.1	Modo de exercício na atividade de polícia judiciária	131
5.6.2	O exame na subsunção típica e nas providências de polícia judiciária	133
5.6.3	Limites e efeitos do controle pelo delegado de polícia	136
5.6.4	A proteção dos direitos humanos no controle pelo delegado de polícia	137
5.7	Hipóteses passíveis de controle de convencionalidade no âmbito da polícia judiciária	138
6	CONCLUSÕES	163
	REFERÊNCIAS	167
	ANEXO – MODELO DE AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE	182

1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos significam o conjunto mínimo de direitos, essenciais e indispensáveis ao indivíduo, configuradores da materialização da dignidade humana – valor que antecede ao próprio ordenamento jurídico e que deve ser assegurado em sua plenitude, vinculando a todos: organismos estatais, organizações privadas e particulares de um modo geral.

Esses direitos passaram a ganhar maior notoriedade após a Segunda Guerra Mundial, momento em que foram vividas atrocidades e barbaridades imensuráveis, ensejando a criação de organismos que, juntamente com a participação de Estados, pudessem permitir o reconhecimento de direitos essenciais à pessoa humana e evitar que os abusos e os absurdos cometidos se repetissem.

As ondas evolutivas pelas quais passou o Estado de Direito até os dias atuais – em que se vive um ambiente democrático predominante, inclusive no tocante aos modelos de Estado, seja liberal, social ou neoliberal – forneceram contribuições indispensáveis à observância e à prevalência dos direitos humanos perante a ordem jurídica instituída por cada país.

Nesse cenário globalizado, organizações e Estados começaram a se preocupar com a questão em seus mais variados desdobramentos, providenciando a elaboração de tratados e de convenções internacionais que dispusessem tanto da tutela geral desses direitos, como específica dos grupos populacionais vulneráveis, e minorias que mereceriam atenção especial por meio de normas e de políticas públicas – notadamente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros instrumentos de combate às discriminações. Esses documentos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, apresentam premissas nesse sentido.

A partir disso, houve uma evolução para se criar um sistema global de proteção dos direitos humanos no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU) e, posteriormente, a criação de sistemas regionais de proteção em âmbitos continentais – interamericano, europeu e africano.

Os estudos sobre o tema ganharam adesão e caminharam para a celebração de tratados internacionais com o escopo de consagrarem o reconhecimento de direitos, levando os Estados Membros a se comprometerem com o respeito e o combate às suas violações.

Esses documentos também estabeleceram mecanismos de controle vinculados aos respectivos sistemas, podendo sujeitar os Estados signatários dos tratados e convenções a sanções perante as comissões, os comitês e as cortes internacionais em casos de desrespeito.

Com isso, notou-se a reverência às normas de direito internacional, na medida em que Estados soberanos passaram a celebrar tratados e convenções que reconheceriam os direitos humanos e buscariam meios para implementá-los, o que lhes permitiria o alcance almejado.

No ordenamento jurídico brasileiro, observou-se a preocupação com a incorporação das normas internacionais – sobretudo as que versam sobre o tema em tela, às quais foi atribuído minimamente o caráter de normas materialmente constitucionais.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 (CF/1988) trouxe explicitamente em seu texto um rol de direitos fundamentais que correspondem, em grande parte, aos direitos humanos reconhecidos internacionalmente, prevendo, inclusive, a possibilidade de incorporação ao ordenamento pátrio de outros decorrentes de tratados e convenções internacionais dos quais o Estado Brasileiro seja signatário.

Assim, as normas internacionais incorporadas aos ordenamentos, observadas as disciplinas constitucionais de cada Estado, impuseram o seu cumprimento com o condão de produzir efeitos concretos na vida e na realidade jurídica daqueles que decidiram conferir-lhes caráter cogente aos seus órgãos e agentes, além de obrigar também o particular ao seu respeito.

Dessa forma, faz-se necessário adequar a legislação interna às normas internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro e guardar conexão aos preceitos consagrados pela matéria, vedando o retrocesso, sob o risco de se tornarem inócuos os esforços de proteção convencionados.

Consoante esse quadro, o Estado passou a ser o responsável direto pela aplicação e pela garantia de respeito aos direitos humanos, compelido não só a adequar sua legislação doméstica aos direitos assegurados nas normas internacionais, mas também a vincular todos os seus Poderes constituídos, órgãos e agentes ao acatamento das disposições pertinentes à matéria.

No sentido de garantir a sujeição do Estado aos preceitos internacionais relacionados ao tema, os sistemas de proteção instituídos pelas organizações responsáveis, por meio de suas comissões e cortes de justiça, funcionam como intérpretes das normas internacionais quando instados a tal providência, visando sinalizar a direção adequada a ser seguida em determinada questão para o alcance da efetividade.

Com isso, todos os órgãos estatais, de todos os poderes, sejam eles legislativos, jurisdicionais, por meio de seus juízes e tribunais, ou administrativos, pelas Polícias Judiciárias

civis e federal, além de outros que exerçam poder de polícia, assumem a importante tarefa de verificar os dispositivos de sua legislação que não estejam em conformidade com as normas internacionais a que se comprometeram dar cumprimento ou, ainda, com a interpretação emanada pelos mecanismos de controle dos sistemas de proteção internacional.

Como instrumento de verificação dessa compatibilidade vertical da legislação interna com as normas internacionais de proteção dos direitos humanos, o controle de convencionalidade das leis pelo Poder Judiciário ou, em casos específicos, pelos demais órgãos do Estado pode conferir maior proteção ao bem jurídico.

A importância desse controle se dá essencialmente durante a persecução penal, em que a ação estatal recai tanto sobre o indivíduo investigado ou acusado de uma infração penal – visando sua responsabilização –, como também na proteção do direito das vítimas, que suportaram uma lesão decorrente da prática de uma infração penal.

Observa-se que, o delegado de polícia, na apuração de infrações penais e proteção dos direitos humanos, aplica o ordenamento jurídico com providências que produzem reflexo em bens jurídicos fundamentais. Nesse ambiente de cognição sumaríssimo, o delegado analisa a tipicidade e a ilicitude do fato a ele submetido, delibera sobre a liberdade individual por meio da ordem de prisão em flagrante, concede liberdade provisória mediante fiança, representa por medidas cautelares diversas da prisão e requisita dados e informações.

Em matéria de direitos humanos, a grande celeuma que hoje envolve o tema supera o seu reconhecimento pelos Estados e pela sociedade em geral, e incide no que diz respeito ao quanto de efetividade é conferida a esses direitos e o quanto estes são exercidos em plenitude por seus titulares.

Nesse contexto, adquire destaque a possibilidade de exercício desse mecanismo por parte da autoridade policial em sede administrativa como canal para o alcance da viabilidade dessas almejadas características. Assim, a essa autoridade pública, operador do direito e cumpridor das obrigações estatais internacionalmente assumidas, diante do caso concreto, caberia dar atenção às violações dos direitos humanos, cumprindo papel fundamental no encaminhamento de suas decisões imediatamente ao crivo do Poder Judiciário, em consonância com os ideais de um estágio democrático da persecução penal e condizente com as normas internacionais de proteção dos direitos humanos.

2 OS DIREITOS HUMANOS E O ESTADO

A vida do ser humano em sociedade exige sua sujeição às regras estabelecidas para o bem comum, no sentido de estabilidade e equilíbrio das relações sociais entre os indivíduos a fim de que possam conviver em paz, com respeito ao outro e aos bens que lhes são afetos – sejam estes decorrentes da própria natureza humana ou conquistados no decorrer de sua existência.

2.1 O Estado de Direito

Essas regras de condutas são impostas por um organismo criado sob a égide de poderes a ele conferidos em nome da própria coletividade, na medida em que cada indivíduo cede parcela de sua autonomia para se tornar possível a convivência com os demais em um dado território, submetendo-se a uma disciplina que obriga a todos o seu respeito.

Esse organismo é o Estado, como sociedade política e juridicamente organizada à luz de uma lei fundamental que estabelece as diretrizes essenciais a serem seguidas por todos e por ele mesmo, fixada em um território e sujeita a uma autoridade soberana, na tarefa de assegurar a manutenção do corpo social dentro daquilo que se estabelece como tal.

A abordagem contextualizada envolve o debate sobre a concepção de Estado, o que deixa de lado o momento e as formas de seu surgimento – se no século XVI ou XVII, ou ainda, se a sociedade sempre existiu com o Estado, se chegou a existir sem ele por um determinado período ou se o Estado somente é admitido se for integrado por uma sociedade política com características bem definidas¹.

Dallari conceitua o Estado da seguinte forma: “[...] parece-nos que se poderá conceituar Estado como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”².

Ainda, De Cicco e Álvaro Gonzaga fornecem um conceito interessante a respeito do que compreendem como Estado:

[...] uma instituição organizada política, social e juridicamente, que ocupa um território definido e, na maioria das vezes, sua lei maior é uma Constituição escrita. É dirigido por um governo soberano reconhecido interna e

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59-60.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 122.

externamente, sendo responsável pela organização e pelo controle social, pois detém o monopólio legítimo do uso da força e da coerção³.

Bolzan, por sua vez, assim o define: “O Estado consiste na pessoa jurídica territorial soberana, constituída pelos elementos povo, território e governo soberano”⁴.

Assim, o Estado, no cumprimento de seu papel, criou normas para regular as mais variadas relações jurídicas decorrentes do convívio social, tendo por premissa sua lei maior que estabelece a própria estrutura estatal, Poderes, instituições, seus órgãos e funcionamento, além de disciplinar, pela lei, a vida civil, atividades comerciais e definir condutas consideradas ilícitas aos seus membros com suas correspondentes punições.

Interagindo com a ordem internacional, o Estado aderiu a organizações internacionais de caráter universal ou regional, possuidoras de finalidades gerais ou específicas – ONU⁵, OEA⁶, OMS⁷, OIT⁸ e outras –, celebrando tratados e convenções que acabaram influenciando suas decisões internas para o estabelecimento de normas sobre direitos humanos e compromissando seus signatários à observância e ao respeito de seus conteúdos, sob pena de sanções por órgãos de controle sistêmico.

A proteção, além de um caráter geral que compreende o ser humano enquanto indivíduo, também se direcionou para suas especificidades, contemplando certos grupos que ostentavam determinadas condições merecedoras de atenção especial – o que, por sua vez, ensejou a edição de normas internacionais destinadas a essas parcelas da população, seguindo ao encontro do reconhecimento dos direitos humanos.

³ DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria geral do Estado e ciência política**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022, p. 57.

⁴ ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 117.

⁵ O Brasil é um membro fundador da Organização das Nações Unidas – ratificação da Carta da ONU se deu em 21 de setembro de 1945; ato internalizado pelo Decreto n. 19.841/1945. O país, desde 1955, profere o discurso de abertura do Debate Geral da Assembleia Geral das Nações Unidas.

⁶ Carta da Organização dos Estados Americanos adotada em Bogotá, por ocasião da IX Conferência Internacional Americana, em 30 de abril de 1948. Foi assinada pelo Brasil em 30 de abril de 1948 e ratificada em 13 de março de 1950. Depois, reformada pelo Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos, “Protocolo de Buenos Aires”, assinado em 27 de fevereiro de 1967, na 3ª Conferência Interamericana Extraordinária pelo Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos, “Protocolo de Cartagena das Índias”, assinado em 5 de dezembro de 1985, no Décimo Quarto período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral, pelo Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos, “Protocolo de Washington”, assinado em 14 de dezembro de 1992, no Décimo Sexto período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral, e pelo Protocolo de Reforma da Carta da Organização dos Estados Americanos, “Protocolo de Manágua”, assinado em 10 de junho de 1993, no Décimo Nono Período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral.

⁷ Criada em 1948 como agência no âmbito da ONU. O Brasil a integra desde a sua formação, que fora internalizada pelo Decreto n. 26.042 de 17 de dezembro de 1948.

⁸ O Brasil, como um de seus fundadores, integra a OMS desde a sua criação como parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial, assinado em Paris (França), em 28 de junho de 1919.

Esses preceitos criaram obrigações e deveres gerais para a existência do equilíbrio social, vinculando Poderes do Estado nas relações com os particulares e estes também nas searas sociais entre si, de maneira a se compreender que os direitos humanos valem e devem ser aplicados a todos.

No entanto, o Estado é composto em sua estrutura por órgãos e agentes, pessoas físicas que, na tarefa de manter o controle, a paz social e a execução das políticas públicas destinadas ao interesse da coletividade, podem cometer excessos, causando a ruptura dos limites impostos à ação estatal e violando direitos humanos fundamentais do indivíduo, emergindo daí a dificuldade em aplicar, respeitar e proteger esses direitos.

O Estado, de um modo geral, passou por avanços e por evoluções desde o seu surgimento – o período do Absolutismo –, até os modelos atuais, momento em que, felizmente, imperam em maioria os exemplos democráticos com a participação popular assegurada através de Poderes, instituições e instrumentos previstos nos ordenamentos jurídicos.

Essas fases por meio das quais o Estado evoluiu foram chamadas de “ondas” por Gomes e Vigo, que as classificaram numérica e progressivamente para demonstrar o surgimento do Estado de Direito e os desdobramentos alcançados. Nesse contexto, o Absolutismo foi denominado “onda zero”⁹.

Essa evolução na configuração conduziu o Estado de um modelo caracterizado pela predominância da força, do arbítrio e da vontade do soberano – no qual não havia espaço para a independência dos poderes estatais, tampouco a existência da legalidade que impossibilitava a submissão ao direito –, para um patamar no qual se passou a reconhecer direitos, essencialmente na esfera internacional.

Gomes e Vigo ressaltam que, no modelo de Estado absolutista típico do século XVII, cabia ao rei elaborar as leis para o cumprimento dos súditos, uma vez que ele exercia o poder em nome de Deus – ou seja, sem limites – e era por isso comparável a um ser divino¹⁰.

Rossi revela como se deu a sequência para um modelo de Estado com maior reconhecimento de direitos ao indivíduo: “É nesse cenário de luta do homem pela limitação ao poder absoluto que surge a ideia de constitucionalismo, objetivando o fortalecimento dos direitos, a separação dos poderes e o princípio do governo limitado”¹¹.

⁹ GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. **Do Estado de Direito constitucional e transnacional: riscos e precauções** (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça). São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 11.

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. **Do Estado de Direito constitucional e transnacional: riscos e precauções** (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça). São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 13.

¹¹ ROSSI, Lícínia. **Manual de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 51.

No caminho contra esse Absolutismo, movimentos como o Renascimento e o Iluminismo, durante o século XVIII, inspiraram o aparecimento do Estado de Direito legal ou legalista, visando que o poder se submetesse às regras estabelecidas pelo direito e que os direitos individuais fossem assegurados e não cerceados pelo Estado.

Nesse sentido, Gomes e Vigo fazem referência à primeira onda evolutiva a atingir o Estado:

Contra esses tirânicos modelos de Estado nasceu (no século XIX) o Estado de Direito legal ou legalista (que constitui a primeira onda evolutiva do Estado, do Direito e da Justiça). Durou cerca de cento e cinquenta anos (na Europa continental) e passou por várias mutações (Estado liberal de Direito, Estado social de Direito e Estado democrático de Direito)¹².

Foi dado espaço, assim, ao Estado de Direito em seu formato liberal, caracterizado essencialmente pela separação dos poderes e pela consagração da legalidade e da igualdade.

Di Pietro destaca, inclusive, o momento coincidente com o surgimento do direito administrativo e do direito constitucional:

Mas a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de **Estado de Direito**, estruturado sobre o **princípio da legalidade** (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o **princípio da separação de poderes**, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado (grifo do autor)¹³.

A Revolução Americana (1776), seguida pela Revolução Francesa (1789), deu realce ao movimento liberal, marcado pelo grau reduzido de intervenção estatal na vida privada e na economia, característica principal deste formato.

O liberalismo, caracterizado pela limitação da intervenção estatal na vida privada e pelo interesse na potencialização dos lucros, elevou o indivíduo a titular de direitos civis e políticos, assegurando a igualdade de todos perante a lei; no entanto, pela ausência de controle do Estado, revelou-se apenas formal – de fachada, aparente – para a instauração deste formato estatal. Nesse contexto, a prevalência da burguesia sobre o proletariado, compelido a se sujeitar ao

¹² GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. **Do Estado de Direito constitucional e transnacional**: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça). São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 11.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 2.

sistema de empregos capitalistas, não conseguiu garantir a liberdade de fato às massas, o que provocou a crise do Estado liberal e o surgimento das classes.

Adverte-se que o Estado de Direito funcionou como alicerce aos direitos do homem, tornando os cidadãos livres, mas requer o cuidado para se observar que o modelo concebido não fosse uma versão apenas formal, ou seja, deformado ou reduzido em seus elementos essenciais. Mesmo assim, revelou-se, em verdade, meramente um Estado legal a serviço do autoritarismo¹⁴.

Assim, com o aparecimento do Estado social, intervencionista e prestador – com o escopo de possibilitar o desenvolvimento e o bem-estar social no oferecimento de serviços públicos como saúde, educação, previdência e outros direitos sociais, além de regulação na área econômica e cultural –, inaugura-se a segunda geração de direitos fundamentais, cuja base é a busca pela igualdade material para se reduzir as desigualdades¹⁵.

Entretanto, José Afonso da Silva critica a expressão “Estado Social de Direito”, conforme se vê abaixo:

Talvez, para caracterizar um Estado não socialista preocupado, no entanto, com a realização dos direitos fundamentais de caráter social, fosse melhor manter a expressão Estado de Direito, que já tem uma conotação democratizante, mas, para retirar dele o sentimento liberal burguês individualista, qualificar a palavra Direito com o social, com o que se definiria uma concepção jurídica mais progressista e aberta, e então, em lugar de Estado Social de Direito, diríamos *Estado de Direito Social*¹⁶.

O Estado de Direito, pelas características mencionadas, impôs a legalidade operando em duas vertentes: para a administração estatal, a submissão à lei – na medida em que só lhe seria permitido agir quando a lei expressamente o autorizasse, robustecendo a essência de limitação do poder –; e, para o particular, a limitação a fazer apenas o que a lei não proibisse.

O Estado de Direito, ainda, adquiriu um aspecto complementar ao seu *status*, na medida em que a roupagem democrática lhe foi atribuída, tendo robustecida sua concepção, na soma das liberdades conquistadas pelo modelo liberal com a busca pelos ideais de justiça social¹⁷.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 115-116.

¹⁵ ROSSI, Licínia. **Manual de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 56.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 118-119.

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. **Do Estado de Direito constitucional e transnacional: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça)**. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 20.

Gomes e Vigo advertem que este desejado modelo de Estado Democrático de Direito não chegou a ser alcançado, pois a pretensão de efetivação material da justiça social com a preservação dos direitos individuais, na conciliação de liberdade, igualdade, democracia e socialismo não se concretizou, produzindo uma crise de legalidade que deu ensejo à segunda onda evolutiva e ao Estado de Direito Constitucional¹⁸.

Seguiu-se, então, para o Estado de Direito Constitucional, que buscava superar o panorama anterior, destacando o respeito e a atenção merecida aos direitos fundamentais, aos princípios que passaram a ostentar valor normativo, como a superação do primado da lei pela supremacia, e a força normativa da Constituição perante o ordenamento jurídico.

Observa-se, assim, que o Estado, ao atingir o modelo legal, parte de um constitucionalismo clássico, passa pelo moderno, e alcança o contemporâneo, este caracterizado pela ultrapassagem da aplicação vertical dos direitos fundamentais nas relações entre Estado e particulares, até chegar ao plano horizontal nas relações diretas dos particulares entre si.

Essa fase revela a Constituição como cerne de todo o ordenamento – uma vez que se torna um dos vetores interpretativos –, além de ser marcada pela terceira geração de direitos fundamentais no reconhecimento dos direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos e outros que possuem caráter universal.

Prosseguindo à complementação pelas relações internacionais e à proteção dos direitos humanos pelo direito internacional através da incorporação de tratados internacionais ao ordenamento interno, observa-se que o modelo estatal visa garantir a primazia da pessoa humana e a solução para eventuais conflitos normativos sobre essas questões.

Ainda neste ambiente externo, ressalta-se a atenção dos Estados aos mecanismos de controle e monitoramento existentes, formados por comitês e comissões vinculados às organizações em nível global ou regional. Isso porque, ao se tornarem partes em um tratado ou convenção, devem observar as recomendações resultantes das análises de relatórios, sob pena de aplicação de sanções em casos de violações dos direitos humanos.

O Estado de Direito começa então a contemplar, em sua essência: a proteção dos direitos humanos como eixo fundamental, a pluralidade das fontes normativas – posituação legal, constitucional e internacional dos direitos e garantias fundamentais –, exigência de compatibilização das leis à Constituição e ao direito internacional dos direitos humanos, democracia material representada pela vontade da maioria e pela observância ao devido

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. **Do Estado de Direito constitucional e transnacional**: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça). São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 20-21.

processo legislativo – acrescida do exame de compatibilidade da legislação interna com a ordem constitucional e internacional dos direitos humanos –, a atenção aos critérios de vigência e validade das leis, além do reposicionamento do devido processo legal à luz das premissas mencionadas¹⁹.

Perante este cenário, com a incorporação de normas internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro, o papel e a função do delegado de polícia na atividade de polícia judiciária ganham relevo, na medida em que como operador do direito, está vinculado como agente do Estado ao cumprimento dessas normas para efetivar os contornos democráticos na sua seara de atuação, atribuindo assim, a nova característica garantista ao cargo.

Gomes e Vigo²⁰ argumentam que, no final do século XX e início do XXI, influenciada pelo episódio da decretação de prisão ao general chileno Augusto Pinochet e da presença da ordem internacional no Estado, ganha força a concepção de uma justiça universal que conduz ao Estado de Direito global e de justiça criminal. O primeiro passo se deu com a criação do Tribunal Penal Internacional²¹, órgão competente para julgar indivíduos em razão da prática de crimes contra a humanidade que não tenham sido punidos pela omissão da justiça estatal interna.

Essa resposta ocorre em face da globalização, com o progresso tecnológico da era digital, ocorrências de epidemias, catástrofes naturais e questões ambientais, guerras, terrorismo, criminalidade organizada transnacional, além de outros problemas de natureza global que afetam a humanidade e que começaram a demandar a busca por soluções de caráter universal, o que trilha ao encontro dos ideais de proteção aos direitos humanos.

Eis, para Gomes e Vigo, a relevância do Tribunal Penal Internacional diante do cenário atual dos Estados:

No modelo de Estado de Direito global pode-se prognosticar que a importância do TPI será cada vez maior. É imprescindível a instituição de uma justiça penal internacional para julgar (no futuro) não somente criminosos genocidas ou ditadores (que são muito ainda hoje, principalmente na América Latina, Ásia, África), senão, sobretudo, outros crimes que provocam consequências danosas para muitos países em razão de sua

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. **Do Estado de Direito constitucional e transnacional: riscos e precauções** (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça). São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 48-49.

²⁰ GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. **Do Estado de Direito constitucional e transnacional: riscos e precauções** (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça). São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 145.

²¹ Com sede em Haia, nos Países Baixos, é instituição independente vinculado às Nações Unidas, competente para julgar pessoas acusadas de crimes graves contra os direitos humanos. Foi instituído em 17 de julho de 1998 em conferência realizada em Roma. Iniciou suas atividades em 2002, quando o seu estatuto (Estatuto de Roma) entrou em vigor com a 60ª adesão. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int>. Acesso em: 14 mar. 2024.

transnacionalidade, como por exemplo, algumas modalidades de crime organizado (tráfico de seres humanos, de órgãos humanos, de animais, de armas etc.), o crime informático e o ecológico²².

Nesse contexto, a competência jurisdicional do tribunal se dá de forma complementar e subsidiária por força da inércia das autoridades internas competentes pela apuração e pelo julgamento do caso. Isso permite que o Estado entregue seu cidadão nacional para ser processado e responsabilizado criminalmente pelas infrações cometidas, se condenado.

2.2 Os direitos humanos

Os direitos humanos compõem o conjunto mínimo de direitos essenciais ao ser humano, protegidos em âmbito internacional por normas decorrentes de tratados e convenções celebradas pelos Estados, com o escopo de assegurar a observância de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais do indivíduo em face da ação estatal e de particulares.

Esta categoria de direitos adquiriu muita importância ao longo dos tempos, de modo a dar consistência à proteção conferida pelo próprio Estado ao ser humano no ambiente interno – geralmente através de sua ordem constitucional –, com a previsão de direitos fundamentais, exigindo-se que fossem contemplados formalmente por instrumentos jurídico-normativos em uma esfera de proteção mais ampla, a compreender um alcance global ou regional.

Trata-se de direitos essenciais à condição humana, previstos explicita ou implicitamente nas normas constitucionais ou internacionais, que possuem fundamento formal, quando inseridos no rol de direitos apresentados nestes instrumentos jurídicos, ou material, quando, ainda que não expressos, são direitos humanos indispensáveis à promoção da dignidade humana, sujeitos ao estabelecimento de limites, preferências e prevalências quando do conflito com outros direitos em casos específicos²³. Consubstanciam-se em dimensões de direitos construídas ao longo dos tempos, não se substituem umas às outras, mas se complementam com o objetivo de assegurar cada vez mais direitos à pessoa humana. Isso porque, à medida que a sociedade evoluiu, passou a exigir que o âmbito de proteção jurídica acompanhasse sua trajetória.

²² GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. **Do Estado de Direito constitucional e transnacional**: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça). São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 150.

²³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 4.

Dimensões de direitos significam, aqui, a ideia de constante surgimento de novos direitos, complementares uns aos outros, inexauríveis, inesgotáveis e construídos ao longo dos tempos, correspondentes às necessidades sociais do momento ao invés de gerações de direitos por aparente violação à indivisibilidade, sugerindo a concepção de fragmentariedade, de substituição de uma geração por outra, sem contemplar a unidade e o caráter integral dos direitos humanos²⁴.

As dimensões dos direitos humanos representam etapas percorridas no reconhecimento progressivo pela humanidade. Na primeira, os direitos civis e políticos marcam as liberdades típicas de um modelo liberal de Estado, não intervencionista; na segunda, os direitos sociais, econômicos e culturais, simbolizados pelo predomínio da igualdade, relacionam-se a um novo papel prestacional do Estado; a terceira apresenta direitos de solidariedade, atrelados à concepção de direitos difusos e metaindividuais. Fala-se, ainda, em uma quarta dimensão, simbolizada pelo direito à democracia, e a quinta dimensão, com o direito à paz²⁵.

Os direitos humanos são marcados por características que os tornam essenciais – universalidade, indivisibilidade, complementaridade, imprescritibilidade, inalienabilidade e indisponibilidade. Nesse passo, são universais, porque visam proteger a pessoa, independentemente de qualquer outra condição ou *status*; indivisíveis, ao não permitirem que se assegure apenas parte deles e não a integralidade deles – pois são merecedores da mesma proteção jurídica, se complementam uns aos outros, agregam-se mutuamente; são também imprescritíveis e não se extinguem pelo decurso do tempo ou pelo não uso pelos seus titulares; são, ainda, insuscetíveis de serem alienados ou objeto de disposição pelos seus legítimos detentores.

Em relação à indisponibilidade dos direitos humanos, relembra-se o caso emblemático de arremesso de anões ocorrido na França, em que uma boate promovia a seus clientes, como forma de entretenimento, uma competição na qual se sagrava vencedor aquele que conseguisse arremessar o empregado (pessoa com nanismo) à maior distância em direção a uma tela de colchões²⁶.

²⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 33-35.

²⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 31-33.

²⁶ A prática foi considerada atentatória aos direitos humanos e proibida pela Prefeitura da cidade de Morsang-Sur-Orge. No entanto, um dos anões envolvidos (Manuel Wackenheim) se insurgiu contra a decisão, alegando, entre outros argumentos, que utilizava equipamentos de proteção e que ficaria desempregado. O caso foi submetido ao Conselho de Estado Francês que, ao analisá-lo, decidiu por manter a decisão de proibição imposta pela Prefeitura, vedando a prática por considerá-la violadora da dignidade humana. O titular, segundo o entendimento do Conselho, não poderia dispor deste Direito, devendo o Estado coibir a prática. A questão foi levada ao conhecimento do Comitê de direitos humanos da ONU, que entendeu correta a proibição imposta pela Justiça. GUITTON, Guilherme. Arremesso de anões e a dignidade da pessoa humana. **JusBrasil**. Disponível em:

Dessa forma, os direitos humanos aplicam-se a todos, ou seja, todas as pessoas, sem exceção, são detentoras de direitos. Como ilustração, a pessoa presa, por exemplo, é titular dos mesmos direitos que os demais cidadãos na plenitude de seu direito de ir e vir; é detentora, inclusive, do direito de liberdade – o que lhe está vedado, durante sua segregação, é o exercício deste direito.

A CF/1988, ao longo de seu texto, ora emprega a expressão “direitos humanos” (art. 4º, II, da CF/1988), ora faz referência a “direitos e garantias fundamentais” (art. 5º, § 1º, da CF/1988). O texto normativo não pode conter palavras inúteis, e, por isso, depreende-se tratar de direitos humanos como direitos previstos internacionalmente por meio de tratados e, de direitos fundamentais, como aqueles previstos pela ordem jurídica interna.

Diante disso, necessário traçar a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, pois o primeiro antecede ao próprio ordenamento jurídico – são direitos universais na medida em que buscam proteger a pessoa e sua dignidade humana independentemente de sua nacionalidade, condição ou jurisdição territorial à qual esteja submetida –, ao passo que o segundo compreende um rol exemplificativo de direitos inerentes também à dignidade humana, todavia, são reconhecidos no plano formal pelo direito interno.

Essa distinção é feita de forma clara por Mazzuoli:

Na linguagem comum, porém, emprega-se frequentemente a expressão “direitos humanos” para referir-se também à proteção que a ordem jurídica *interna* (especialmente a Constituição) atribui àqueles que se sujeitam à jurisdição de um determinado Estado. Em termos técnicos, contudo, tal referência não é correta, devendo empregar-se a expressão “direitos humanos” apenas quando se está diante da proteção de índole *internacional* a tais direitos²⁷.

Assim, grande parcela dos direitos fundamentais da pessoa humana previstos pelo ordenamento interno corresponde ao que o direito internacional classifica como “direitos humanos” positivados por normas internacionais.

Sobre a distinção técnica entre direitos fundamentais e direitos humanos, Migueli analisa:

Os direitos fundamentais são, portanto, todos os direitos que se relacionam com a dignidade da pessoa humana e encontram-se insculpidos internamente dentro das Constituições das ordens jurídicas diversas. Já os direitos humanos também são os direitos que se relacionam com a dignidade da pessoa humana, porém, encontram-se consagrados em instrumentos jurídicos internacionais,

<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/arremesso-de-anoes-e-a-dignidade-da-pessoa-humana/1633603531>. Acesso em: 25 set. 2023.

²⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 23.

atingindo diversas ordens jurídicas que se relacionam por meio do direito internacional²⁸.

Nesse sentido, os direitos humanos possuem maior amplitude e incidência, pois são direcionados e protegem todos os seres humanos sem qualquer distinção ou restrição pelo interesse do Estado, ao passo que nem todos os direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico, a exemplo do voto para os conscritos ou estrangeiros²⁹, podem ser exercitados por qualquer pessoa.

2.2.1 Escorço histórico

Relevante demonstrar o significado histórico de documentos que contribuíram para o reconhecimento internacional e interno dos direitos humanos. Nesse contexto, é preciso enxergar a existência de demandas da antiguidade que, até hoje, não foram implementadas de forma plena – pois direitos à vida, liberdade, autonomia, dignidade humana, saúde e meio ambiente permanecem alvos de violações.

Não se pode deixar de mencionar passagens marcantes de alguns documentos, como a *Magna Charta Libertatum* (1215), que estabelecia a limitação do poder arbitrário do Estado, mas se restringia à relação entre a nobreza e o rei, sem contemplar os vassalos. A Declaração dos Direitos do Homem (1789), ainda, apresentava interpretação à época literal no sentido de excluir as mulheres. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), por sua vez, simboliza o nascimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos – porém, naquele período, ainda existiam colônias nas quais o cidadão era juridicamente inferior àquele que vivia nas metrópoles.

Segundo Comparato, é no período axial que o homem começa a ser visto como titular de liberdade e razão, e em sua igualdade essencial, apesar de diferenças de sexo, raça, religião ou costumes. A partir disso, surgem fundamentos para se compreender a pessoa humana e a existência de direitos universais³⁰:

No embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade. Não, porém, a liberdade geral em benefício de todos, sem distinções de condição social, o que só viria a ser declarado ao final do século XVIII, mas sim liberdades específicas, em favor, principalmente, dos

²⁸ MIGUELI, Priscilla Milena Simonato de. **Proteção previdenciária do filho socioafetivo na pensão por morte**. Indaiatuba, SP: Foco, 2023, p. 2.

²⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 28.

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23-24.

estamentos superiores da sociedade – o clero e a nobreza –, com algumas concessões em benefício do “Terceiro Estado”, o povo³¹.

A concepção evolutiva da pessoa humana passaria, ainda, pelas seguintes fases: medieval, com a compreensão do homem como substância racional; kantiana, na qual o homem seria dotado de dignidade e, sem preço, concebido como um fim em si mesmo; fase valorativa, dos direitos humanos como superiores hierarquicamente perante a sociedade; e existencialista, no sentido de que o homem, por sua constante evolução, é infinito, dando azo à ideia de historicidade dos direitos humanos. Nesse panorama de evolução, visando situar o progresso, mencionam-se os principais e marcantes documentos históricos a ele pertinentes.

A concepção dos direitos humanos remonta aos primórdios do Código de Hamurabi e à Lei das Doze Tábuas, com a previsão do direito à vida, à liberdade e à supremacia legal em face dos governantes, além de serem marcos escritos reconhecedores destes direitos.

Porém, os antecedentes históricos documentais sobre os direitos humanos alçam a Magna Carta (1215) ao patamar de divisor de águas em matéria de liberdades, instrumento surgido como limitador do poder do rei, o qual passava a se submeter às leis que editava, estabelecendo direitos aos estamentos da nobreza e do clero insuscetíveis de ingerências por parte do monarca³².

Ainda, a *Petition of Right* de 1628 garantia ao cidadão a liberdade ao proibir a prisão ou detenção ilegais, sobretudo em razão do inadimplemento de impostos³³.

Outros precedentes históricos contribuíram para formar os direitos humanos, como o *Habeas Corpus Act* (1679), a *Bill of Rights* (1689), o *Act of Settlement* (1701), a Declaração de Direitos da Virgínia (1776), a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (julho de 1776) e a Constituição Americana (1787), com as suas dez primeiras emendas (1791).

Mas foi com a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), pela Assembleia Nacional Francesa, que houve a consagração normativa dos direitos humanos fundamentais³⁴. Além disso, as Constituições francesas (1791 e 1793) também tiveram significativa importância na consagração dos direitos de igualdade, liberdade, propriedade, presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa e proporcionalidade.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 58.

³² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 91-92.

³³ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais** – teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: Doutrina e jurisprudência. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 7.

³⁴ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais** – teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: Doutrina e jurisprudência. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 8.

Moraes³⁵ observa que o Constitucionalismo do século XIX auxiliou na efetivação de direitos humanos fundamentais ao citar alguns textos constitucionais – como a Constituição portuguesa (1822), a Constituição belga (1831) e a Declaração de Direitos da Constituição francesa (1848) –, os quais ampliaram direitos consolidados a partir do século XX.

A Constituição mexicana (1917) e a Constituição alemã de Weimar (1919) consubstanciam-se em textos históricos na consagração de direitos humanos e fundamentais, sobretudo no campo social. A primeira assegurou direitos trabalhistas, e a segunda reconheceu, de maneira inédita entre os textos constitucionais, a educação como direito fundamental.

Seguindo no caminho para a formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, três passos são iniciais, com o Direito Humanitário, a Criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Liga das Nações (1919), a qual daria lugar à Organização das Nações Unidas (ONU) após a Segunda Guerra Mundial.

Com a realização da Conferência de São Francisco e a criação da ONU (em atividade desde 24 de outubro de 1945), assim como a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (adotada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas), houve o marco mais significativo da formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tornando o tema definitivo na agenda internacional e objeto de regulamentação pelo direito internacional.

Posteriormente, com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos em 1966 na cidade de Nova Iorque, formou-se o que se passou a chamar de Carta Internacional dos Direitos Humanos, pois representava os documentos de maior relevância sobre o tema em âmbito global.

Outros documentos internacionais sobre direitos humanos foram celebrados, essencialmente em relação a assuntos setoriais e específicos. Foram criados os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos – europeus, interamericano e africano –, dando ensejo a tratados importantes e à criação de órgãos e mecanismos de monitoramento e de controle.

No sistema interamericano, destaca-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) – a versar essencialmente sobre direitos civis e políticos –, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, cidade na qual foi adotada e proclamada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), e a seu protocolo adicional de San Salvador (17

³⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais** – teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: Doutrina e jurisprudência. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 10-11.

de outubro de 1988), sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Em âmbito regional interamericano, outros tratados foram celebrados para a proteção de direitos humanos, envolvendo temas setoriais ou específicos a determinado público ou comunidade.

2.2.2 Conceito

Ao estudar a matéria, facilmente é possível se deparar com expressões diferentes utilizadas quando da abordagem dos direitos humanos. Superada a expressão “direitos fundamentais”, resta suscitar o sentido do termo “direitos do homem”, caracterizado por direitos não positivados no ordenamento jurídico, nacional ou internacional³⁶. “Liberdades públicas” também é uma expressão comum – possui a concepção de que seriam direitos da pessoa perante o Estado, ou seja, limitações às ações do poder público, no sentido de observar direitos individuais.

Sobre os termos empregados, Guerra observa:

Levando em consideração os aspectos relativos ao tempo e ao espaço é que se costuma adotar as expressões “direitos humanos” para estudo consagrado no plano internacional ou universal e “direitos fundamentais” no plano interno ou estatal. De toda sorte, os direitos da pessoa humana (consagrados no plano internacional e interno) têm por escopo resguardar a dignidade e condições de vida minimamente adequadas ao indivíduo, bem como proibir excessos que porventura sejam cometidos por parte do Estado ou de particulares³⁷.

O vetor essencial e de maior relevância no assunto está relacionado aos direitos da pessoa humana, conforme conceituam Piovesan e Cruz:

Os direitos humanos são um conjunto de direitos que protege a possibilidade de toda pessoa viver com dignidade. A proteção da dignidade humana, elemento central do conceito de direitos humanos, visa garantir que todos os indivíduos tenham uma vida livre de arbitrariedades e violência, com condições para se desenvolver de modo pleno e participar da vida política, social e cultural de sua comunidade³⁸.

Da obra de Ramos extrai-se o conceito por ele atribuído aos direitos humanos:

Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e

³⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 26.

³⁷ GUERRA, Sidney. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 11.

³⁸ PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. **Curso de direitos humanos: Sistema Interamericano**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 3.

dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna³⁹.

Nesse sentido, os direitos humanos correspondem ao conjunto de direitos básicos e essenciais que materializam a dignidade humana e são indispensáveis à sua concretização⁴⁰. Assim, são direitos que funcionam como base para o ordenamento jurídico, fio condutor para a elaboração das normas e aplicação destas pelo Poder Judiciário e pelo Executivo, como, também, aos particulares nas relações privadas entre si. Em suma, são direitos cujas bases devem alicerçar os demais ramos, produzindo reflexos de obrigatoria observância e cumprimento por todos.

2.2.3 Princípios relacionados e natureza jurídica

Os princípios inerentes aos direitos humanos representam os alicerces nos quais estes se estruturam, como informam a positivação destes direitos nos instrumentos internacionais elaborados pelos sistemas global e regionais de proteção. São espécies do gênero normas-fundamentais que, dotadas de abstração, orientam o ordenamento jurídico, sua interpretação e aplicação no caso concreto – conforme se observa na obra de Balera: “o termo norma será utilizado em sentido lato para definir o gênero do qual são consideradas espécies os valores, os princípios e as regras”⁴¹.

Segundo Balera, princípios são normas que possuem a função ordenadora do sistema, e delas derivam todas as demais categorias normativas e seus desdobramentos – as relações jurídicas⁴². O autor afirma que os princípios estabelecem a ligação entre os valores e as regras⁴³.

Já Alexy destaca acerca do sistema:

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas⁴⁴.

³⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 3.

⁴⁰ BARRETTO, Rafael. **Direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 25.

⁴¹ BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 102.

⁴² BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 103.

⁴³ BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 104.

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87.

Nesse sentido, os valores funcionam como limites, balizas ao legislador na produção de normas jurídicas internas do Estado, na medida em que este núcleo intangível do Poder Legislativo, na tarefa de criar direitos e obrigações, não pode produzir conteúdo discriminatório, que viole valores relativos ao Estado de Direito, à dignidade ou ao mínimo essencial assegurado para a existência humana.

Dentre os princípios, menciona-se a máxima efetividade dos direitos humanos, ligada à ideia de aplicação da norma mais favorável sob a perspectiva da proteção da pessoa humana – ou seja, aquela que, independentemente de sua fonte, internacional ou interna e, em eventual cotejo com outra, protege de forma mais eficiente.

A máxima efetividade dos direitos humanos consiste em se obter, da interpretação da norma, o melhor proveito possível para o seu titular e, por consequência, o menor prejuízo ao direito com ela em colisão, vinculando todos os poderes públicos e o setor privado na aplicação integral direta e imediata aos casos concretos⁴⁵.

Como desdobramento da máxima efetividade, menciona-se o princípio *pro persona*, que implica a primazia da norma mais protetiva. Significa dizer que, na atividade interpretativa, deve ser dada preferência à norma jurídica interna ou internacional mais benéfica à pessoa humana, assegurando-lhe melhor proteção jurídica⁴⁶, ao encontro da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da CF/1988).

Fachin, Cambi e Porto, em referência a Wheatley, prosseguem:

O princípio *pro persona* procura delinear uma ampla perspectiva de proteção para as vítimas ou potenciais vítimas de violações de direitos humanos. Tal princípio se justifica em razão da necessidade de tutela dos direitos básicos dos seres humanos, para que tanto as normas internas quanto os tratados internacionais sejam interpretados de modo a conferir efeitos concretos e atuais para as pessoas titulares de direitos humanos⁴⁷.

Outro princípio atrelado aos direitos humanos é a vedação ao retrocesso – chamada também “proibição da evolução reacionária” ou “entrincheiramento”⁴⁸ –, na medida em que conquistas jurídico-normativas decorrentes da evolução social e do direito não podem ser anuladas por alterações legislativas que desconsiderem o avanço na proteção dos direitos

⁴⁵ FACHIN, Melina Girardi; CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. **Constituição e direitos humanos**. São Paulo: Almedina, 2002, p. 160-161.

⁴⁶ FACHIN, Melina Girardi; CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. **Constituição e direitos humanos**. São Paulo: Almedina, 2002, p. 161-162.

⁴⁷ FACHIN, Melina Girardi; CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. **Constituição e direitos humanos**. São Paulo: Almedina, 2002, p. 163.

⁴⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 79.

humanos. Contudo, Canotilho, ao explicar sua incidência em relação aos direitos sociais, ressalva:

O rígido princípio da não reversibilidade ou, em formulação marcadamente ideológica, o princípio da proibição da evolução reacionária pressupunha um progresso, uma direção e uma meta emancipatória e unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizamos noutros trabalhos. A dramática aceitação de menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário para todos, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social⁴⁹.

Extrai-se da proibição ao retrocesso que um direito humano incorporado ao patrimônio jurídico dos indivíduos não pode ser suprimido de forma arbitrária ou absoluta, pois a concretização de direitos essenciais se integra a cada um, sob pena de se aniquilar a dignidade então tutelada⁵⁰. Nesta senda, é a vedação ao retrocesso que impede que direitos conquistados institucionalmente sejam suprimidos, ao mesmo passo que viabiliza a interpretação no sentido de que determinados institutos jurídicos sejam considerados garantias materiais sedimentadas.

Ramos⁵¹, ao citar Sarlet, explica que o princípio da vedação ao retrocesso encontra fundamento constitucional baseado nos preceitos de Estado Democrático de Direito, dignidade da pessoa humana, aplicabilidade imediata das normas de direitos humanos, proteção da confiança e segurança jurídica consubstanciada pela proibição à violação do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e da cláusula pétrea prevista pelo art. 60, § 4º, da CF/1988. Esclarece, ainda, que é uma proibição de efeitos retrocessivos e abrange todos os direitos humanos, não apenas os direitos sociais. Sarlet, ao mencionar Pedra, defende que a admissão da aplicação do princípio da vedação ao retrocesso a todos os direitos fundamentais se justifica pela compatibilidade e pela complementaridade existente entre os direitos sociais e os demais direitos fundamentais⁵².

Além de assumir a posição de direito fundamental da pessoa humana, a concepção de segurança jurídica se constitui em princípio fundante da ordem jurídica interna e internacional, consoante os vários instrumentos internacionais existentes⁵³. Nesse plano, a vedação ao

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 111.

⁵⁰ DEL PRETI, Bruno; LÉPORE, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 48.

⁵¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 79.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 460.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 443.

retrocesso decorre do conceito de progressividade, constante tanto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵⁴, como no Protocolo de San Salvador⁵⁵.

Princípio não menos importante é o da abertura dos direitos humanos, pois estão sempre em construção e são inexauríveis, ao permitirem a incorporação de outros direitos, seja no aspecto internacional, com novos tratados, seja nacional, com a inclusão de novos direitos fundamentais no texto constitucional⁵⁶.

Observa-se ainda, ao lado dos princípios, valores reconhecidos pelo Estado e pelo ordenamento jurídico como condutores de um Estado Democrático de Direito, os quais, no contexto brasileiro, conforme o preâmbulo constitucional, precedem à ordem jurídica instituída para estabelecer os rumos norteadores da nação de modo a atender os anseios da sociedade em determinado momento histórico.

Para Reale, a relação entre valor e norma é fundamental:

A norma jurídica, assim como todos os modelos jurídicos, não pode ser interpretada com abstração dos fatos e valores que condicionaram o seu advento, nem dos fatos e valores supervenientes, assim como da totalidade do ordenamento em que ela se insere, o que torna superados os esquemas lógicos tradicionais de compreensão do direito (*elasticidade normativa e semântica jurídica*)⁵⁷.

Dessa maneira, destacam-se princípios e valores de direitos humanos que orientam para uma interpretação conforme, capazes de causar reflexos em vários segmentos do ordenamento jurídico, sobretudo na área penal, na qual bens jurídicos fundamentais ao ser humano são tutelados pelo direito.

As palavras de Bobbio sobre os valores auxiliam a compreensão:

Há três modos de fundar os valores: deduzi-los de um dado objetivamente constante, como, por exemplo, a natureza humana; considerá-las como verdades evidentes em si mesmas; e, finalmente, a descoberta de que, num

⁵⁴ Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. “Art. 2º. 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, **progressivamente**, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas” (grifo nosso).

⁵⁵ Protocolo de San Salvador. “Art.1º. Obrigação de adotar medidas. Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos se comprometem a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, **progressivamente** e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo” (grifo nosso).

⁵⁶ DEL PRETI, Bruno; LÉPORE, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 47.

⁵⁷ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 62.

dado período histórico, eles são geralmente aceitos (precisamente a prova do consenso)⁵⁸.

Nesta senda, evidencia-se a dignidade humana como exemplo de valor que, ao longo do tempo, comportou dois sentidos. A dignidade da espécie humana como atributo relativo ao ser humano em relação aos demais que compõem o universo e a dignidade da pessoa humana que, pelo simples fato de pertencer ao gênero humano, já é titular desta qualidade⁵⁹.

A dignidade da pessoa humana, dada a sua envergadura jurídica, está prevista em vários instrumentos que compõem o conjunto normativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos – consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dos Pactos Internacionais (1966), na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, sobretudo, da CF/1988, que a elevou como fundamento da República Federativa do Brasil⁶⁰.

Isso demonstra que a dignidade da pessoa humana possui funções indispensáveis para o direito, essencialmente para os direitos humanos, pois exerce papel fundamental como valor ao atuar enquanto vetor axiológico na interpretação das normas. Contribui, ainda, para evitar eventual arbítrio do operador do direito – ou seja, como critério de ponderação de bens jurídicos em aparente conflito –, na medida em que dar-se-á o predomínio ao bem que se situar o mais próximo desse valor, em detrimento do outro mais distante.

Em sua vertente negativa, a dignidade da pessoa humana é um filtro pelo qual devem passar todos os atos estatais, sejam eles legislativos, executivos ou judiciários, obrigando igualmente aos particulares nos negócios jurídicos em geral. Isso significa que um ato público ou privado que contrarie este valor não poderá subsistir e produzir os efeitos desejados.

A dignidade da pessoa humana também deve funcionar como fonte para novos direitos, vinculando o legislador em sua produção e suprimindo a ausência de previsão na legislação – como se deu no caso do reconhecimento de direitos às relações homoafetivas, inclusive na tutela penal dessas pessoas⁶¹.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 26.

⁵⁹ DEL PRETI, Bruno; LÉPORE, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 36.

⁶⁰ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – [...] II – [...] III – a dignidade da pessoa humana”;

⁶¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE n. 477554 Ag. R/MG, Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma, j. 16-08-2011, Public. 26-08-2011; BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC n. 154.248/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 28-10-2021, Public. 23-02-2022; BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MI n. 4.733 ED/DF, Rel. Min. Edson Fachin, pleno, j. 22-08-2023, Public 11-09-2023.

Essa tendência posiciona a dignidade da pessoa humana no centro do ordenamento jurídico pátrio, ou seja, como parâmetro referencial às ações do Estado e da sociedade, visando alcançar padrões minimamente desejáveis de igualdade, solidariedade e justiça social.

Por sua vez, as regras representam determinações, estabelecem autorizações ou vedações para certas condutas, na medida em que exprimem a vontade geral formalizada por seus representantes eleitos ou através dos Poderes constituídos. Balera, citando Canotilho, as conceitua da seguinte forma: “As regras, por seu turno, comandam comportamentos humanos. Estão dirigidas de modo imperativo a alguém. Impõem, proíbem ou permitem determinada conduta. São concretizações do querer do direito”⁶².

Em apertada síntese, no tocante à natureza dos direitos humanos, algumas correntes procuram afirmar suas ideias, cada uma com seus argumentos, no sentido de sustentar a sua consistência em relação à existência desses direitos.

A corrente jusnaturalista defende a existência de um direito preexistente ao direito elaborado pelo homem, ligado à dimensão cosmológica, divina ou até decorrente da razão humana. A corrente que se apoia no positivismo jurídico, por sua vez, argumenta que os direitos humanos pressupõem a existência de normas postas no ordenamento jurídico. Para eles, o aspecto formal é o que serve de fundamento para afirmar a existência de direitos⁶³.

Para os negacionistas como Bobbio⁶⁴, o cerne do debate consiste no aspecto político, pois afirmam que o desafio atual não é fundamentar os direitos humanos, mas protegê-los – seja pela vagueza da expressão, pela conformação variável conforme as épocas ou, ainda, por não serem uma categoria heterogênea. Nesse passo, sua contribuição é demonstrar a necessidade de políticas de implementação dos direitos humanos.

Ademais, a teoria da dignidade da pessoa humana para explicar a existência dos direitos humanos consiste na consciência da comunidade de que a dignidade da condição humana exige respeito a determinados bens ou valores em quaisquer circunstâncias⁶⁵.

⁶² BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 103.

⁶³ DEL PRETI, Bruno; LÉPORE, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 110-111.

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 2. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 26.

⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 72-73.

2.3 A Constituição Federal de 1988 à luz dos direitos humanos

O texto da CF/1988 trouxe uma preocupação bastante significativa com a cidadania, assegurando um mínimo irredutível de direitos e garantias fundamentais, no sentido de que nem mesmo o poder constituinte derivado é capaz de abolir através de emendas à Constituição⁶⁶, do qual o indivíduo não pode ser privado ou dele dispor, seja em razão da ação do Estado ou de particulares.

A essência da ideia do constituinte se alinha ao respeito dos direitos humanos afiançado pelo direito internacional através de normas instituídas no sentido de ampliar o grau de proteção da pessoa humana. Isso é percebido ao longo do texto por alguns dispositivos que, explicitamente, trouxeram o ideal de respeito e defesa dos direitos humanos, a começar por arrolar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988) como um dos fundamentos da República. Nesse sentido, prosseguiu o constituinte ao fixar como um dos objetivos fundamentais o combate ao preconceito e às discriminações (art. 3º, IV, da CF/1988) além de listar a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da CF/1988) como um dos princípios regentes das relações internacionais, tal qual a submissão ao tribunal penal internacional e os demais direitos e garantias previstos no art. 5º da CF/1988.

Aliás, a prevalência dos direitos humanos na regência das relações internacionais envolvendo o Brasil, em eventual conflito entre o direito internacional e o interno, pode funcionar como fator referencial para solucionar a controvérsia e definir a norma mais protetora à pessoa humana sob esta perspectiva.

No intuito de expandir essa malha protetora, a CF/1988 proporcionou juridicamente o ingresso de normas internacionais de direitos humanos que viessem robustecer os direitos e garantias fundamentais nela assegurados. É o dispositivo assim redigido: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º, da CF/1988).

Dessa forma, em especial em seu art. 5º, o texto trouxe estampado um catálogo aberto de direitos e garantias fundamentais, permitindo que outros sejam a eles acrescidos por força do regime, dos princípios adotados, ou decorrentes de tratados e convenções internacionais das quais o Brasil venha a fazer parte, afastando qualquer visão reducionista de que direitos

⁶⁶ BRASIL. Constituição Federal (1988). “Art. 60, § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais”.

fundamentais são apenas aqueles positivados na CF/1988. A este fenômeno é atribuída a denominação de abertura material do catálogo⁶⁷.

Diante disso, percebe-se que a CF/1988 se preocupou consideravelmente com o tema direitos humanos, pois, além de estabelecer um extenso rol de direitos e de garantias fundamentais, previu a possibilidade de incorporação de outros direitos com a mesma importância e envergadura. O expansionismo em matéria de direitos humanos se deu no plano internacional, com a edição de tratados internacionais ou com o avanço dos meios protetivos, ao passo que, em âmbito nacional, ocorreu por meio da inserção de novos direitos fundamentais ao ordenamento brasileiro⁶⁸.

Não se pode olvidar que, no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ficou reforçado este espírito do constituinte: “o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos” (art. 7º do ADCT).

O texto constitucional emprega a palavra “parte” quando se refere ao Brasil na questão de tratados internacionais e, com isso, denota o sentido de compromisso assumido internacionalmente perante outros Estados e Organizações. Essa etapa, conforme prevê o art. 2º, § 1º, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), se aperfeiçoa com o ato de ratificação de um tratado, pelo qual o consentimento do Estado é tido definitivo sob a perspectiva obrigacional em respeitá-lo e cumpri-lo em seu território. É, ainda, necessário à sua vigência internacional, o depósito do instrumento de ratificação perante o organismo internacional responsável ou Estado que tenha assumido a condição de depositário⁶⁹.

Ademais, o art. 109, § 5º, da CF/1988, visando assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pelo Brasil nos tratados internacionais de direitos humanos, prevê a possibilidade, perante o Superior Tribunal de Justiça, de instauração de incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, em qualquer fase do inquérito ou processo, mediante provocação pelo Procurador Geral da República nas causas relativas a graves violações de direitos humanos.

Percebe-se, dessa forma, ao longo do texto constitucional, a atenção dispensada à proteção dos direitos humanos.

⁶⁷ GUERRA, Sidney. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 282.

⁶⁸ DEL PRETI, Bruno; LÉPORE, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 156.

⁶⁹ DEL PRETI, Bruno; LÉPORE, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 161.

2.4 Documentos internacionais de proteção dos direitos humanos

A proteção dos direitos humanos, seja em contexto global ou regional, formalizada por meio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, consubstancia-se em instrumentos normativos celebrados pelos Estados e pelas Organizações internacionais – por exemplo, ONU, OIT e OEA.

Os primeiros passos para o Direito Internacional dos Direitos Humanos foram dados com o Direito Internacional Humanitário, através das convenções de Genebra⁷⁰, das conferências de paz de Haia⁷¹, da criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e 1919, e da Liga das Nações, instituída em 1919 pelo Tratado de Versalhes, ao fim da Primeira Guerra Mundial.

Nesse passo, a CF/1988, quando em algumas passagens faz referência a esses instrumentos, ora utiliza expressões como “tratado”, “convenção”, “acordo” ou “ato internacional”; todavia, o sentido extraído do pensamento constituinte é o genérico de tratado, do qual são espécies os demais termos mencionados.

Em relação aos tratados internacionais que declaram direitos humanos, há instrumentos vinculados a aspectos gerais de proteção, na tutela normativa de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, dos quais são exemplos os dois pactos de 1966 – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e Pacto Internacional sobre Direitos

⁷⁰ Convenção I de Genebra para melhorar a situação dos feridos e doentes das Forças Armadas em campanha (1864); Convenção II de Genebra para melhorar a situação dos feridos, doentes e náufragos das Forças Armadas no mar (1906); Convenção III de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra (1929); e Convenção IV de Genebra relativa à proteção das pessoas civis em tempo de guerra (1949).

⁷¹ A I Conferência de Paz de Haia (18-5 a 19-7-1899), teve como resultado a convenção para a solução pacífica de conflitos internacionais; a convenção concernente às leis e usos da guerra terrestre; a convenção para a aplicação à guerra marítima dos princípios da Convenção de Genebra de 22 de agosto de 1864, e declarações concernentes à proibição de lançamento de projéteis e explosivos, dos balões ou outros novos meios semelhantes; a proibição do emprego de projéteis que tivessem por fim único espalhar gases asfixiantes ou deletérios; e a proibição do emprego de balas que se dilatam ou se achatam facilmente dentro do corpo humano. A II Conferência de Paz de Haia (15-6 a 19-10-1907), teve como resultado 13 convenções e uma declaração: convenção para a solução pacífica de conflitos internacionais; convenção relativa à limitação do emprego da força para a cobrança de dívidas contratuais; convenção relativa ao início das hostilidades; convenção relativa às leis e usos de guerra terrestre; convenção concernente aos direitos das potências e das pessoas neutras em caso de guerra terrestre; convenção relativa ao regime dos navios mercantes inimigos no início das hostilidades; convenção relativa à transformação dos navios mercantes em navios de guerra; convenção relativa à colocação de minas submarinas automáticas, de contato; convenção relativa ao bombardeio por forças navais em tempo de guerra; convenção para a adaptação à guerra marítima dos princípios da Convenção de Genebra; convenção relativa a certas restrições ao exercício do direito de captura na guerra marítima; convenção relativa ao estabelecimento de um Tribunal Internacional de presas; convenção concernente aos direitos e deveres das potências neutras em caso de guerra marítima e; declaração relativa à proibição de lançar projéteis e explosivos dos balões.

Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) –, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH).

A CADH é um importante instrumento normativo que vem sendo aplicado como fundamento normativo nas atividades do Estado-investigação, a cada dia adquirindo mais visibilidade, no auto de prisão em flagrante, na portaria inaugural do inquérito policial, no relatório final, em representações por medidas cautelares e demais atos da Polícia Judiciária. No âmbito da Polícia Judiciária paulista, a referência e a citação à referida norma são expressas na instrução do persecutório⁷².

Em temas especiais, para assegurar a proteção desses direitos, há documentos setoriais sobre assuntos ou grupos específicos, envolvendo questões como racismo, tortura, discriminações, proteção de minorias e vulneráveis.

No tocante à Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), elaborada e proclamada pela ONU, cujo texto traz um rol de direitos e garantias voltados à pessoa humana, destaca-se que sua natureza jurídica é de Recomendação, por meio da Resolução n. 217-A III, de 10 de dezembro de 1948. No entanto, dado o seu caráter inderrogável, o documento vem adquirindo cada vez mais consistência e força vinculativa ao obrigar os Estados ao seu cumprimento.

Trata-se, portanto, de normas internacionais de proteção dos direitos humanos com as quais o ordenamento jurídico brasileiro deve manter compatibilidade vertical e material, e que servem de vetor interpretativo para o Estado buscar medidas para alcançar a efetividade dos direitos nelas previstos. Em razão disso, pertinente considerar que a legislação interna (infraconstitucional) só apresentará vigência, validade, eficácia e efetividade se estiver em consonância com a CF/1988 e com os tratados e convenções internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Para Mazzuoli, a vigência da norma diz respeito ao seu aspecto formal, ou seja, no plano da existência. Para o mundo jurídico, a validade (vigência material) dela somente existirá se compatível com a Lei Maior e com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Estes dois requisitos funcionam como pressupostos da sua possível eficácia, a qual deve estar associada, por sua vez, aos valores vigentes na realidade social para a produção de efeitos concretos. Segundo ele, a falta de proximidade entre a eficácia da norma com os valores sociais que devem ser tutelados conduz à ausência de efetividade⁷³.

⁷² Ver anexo desta dissertação.

⁷³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 131-132.

Assim, a eficácia, sob a perspectiva da aptidão para gerar efeitos, e a efetividade da norma, com seus preceitos sendo observados e cumpridos de fato por seus destinatários, só existirão quando estiverem associadas ao contexto social do momento.

Apenas para finalizar a distinção entre os fenômenos, a eficiência (art. 37 da CF/1988) princípio constitucional ao qual está submetida a Administração Pública em sua atuação, está relacionada aos modos de atuação; a eficácia, aos instrumentos empregados para viabilizarem a produção de efeitos; e a efetividade está conectada aos resultados pretendidos – no caso das normas, à produção dos efeitos concretos pelo cumprimento pretendido.

Quanto a esses aspectos, ressalta-se como um dos mecanismos viáveis à busca destas características – essencialmente relacionado à efetividade –, o controle de convencionalidade pelos órgãos do Estado, na verificação da conformidade das leis com a CF/1988 e com as normas internacionais de direitos humanos em vigor.

2.4.1 O direito internacional e sua relação com o direito interno

Outro ponto obrigatório para a compreensão do tema é o relacionamento do direito internacional com o direito interno do Estado, e a necessária harmonização que deve existir em um novo cenário de normatização imposto pela globalização e pela necessidade de aplicação dos direitos humanos reconhecidos pelos Estados, seja em âmbito internacional, através dos tratados e convenções, seja em solo interno, por meio de direitos fundamentais previstos em suas Constituições políticas.

A discussão havida inicialmente diz respeito à coexistência ou não de duas ordens jurídicas – a internacional e a interna dos Estados –, representando o dualismo ou o monismo jurídico.

Em síntese, a teoria favorável ao dualismo defende a necessidade de manifestação do Estado por meio de um ato legislativo ou infralegal para que o tratado ou convenção internacional ratificado seja capaz de produzir efeitos perante o seu ordenamento jurídico, ao passo que a corrente monista entende que se cuida de uma só ordem jurídica com prevalência da internacional sobre a interna, ou o contrário, em caso de eventual conflito entre ambas.

No primeiro caso, o dualismo radical exige a edição e a disciplina de uma lei para que a norma internacional possa ser incorporada no plano interno; já o dualismo moderado não impõe o rigor legislativo para a vigência e a eficácia de um instrumento internacional, mas dispõe sobre a necessidade de alguma regulamentação infralegal – por exemplo, através de um decreto. Este segundo posicionamento é o que mais se coaduna com a sistemática constitucional

brasileira (arts. 84, VIII e 49, I, da CF/1988), carecendo a norma internacional de um decreto executivo promulgando-a, e posterior publicação para ter eficácia no plano interno.

O monismo, por sua vez, subdivide-se em internacionalista – quando é conferida supremacia às normas internacionais em face do direito interno – e nacionalista – quando a prevalência, por questão de soberania estatal, é dada ao direito interno sobre o internacional, cuja adoção seria discricionária. Menciona-se, ainda, o monismo dialógico ou mitigado, segundo o qual as normas sobre direitos humanos devem viabilizar um diálogo entre as fontes para permitir a fixação do instrumento que possua o conteúdo mais protetivo sob esta perspectiva, aplicando-se a norma mais favorável aos direitos humanos⁷⁴.

De maneira preferencial às teorias que procuram explicar o quadro – cada uma delas parcialmente agregando ou adotando denominações próprias –, o que deve preponderar sempre como referencial para o intérprete na aplicação do direito é a prevalência da dignidade humana e a aplicação da norma mais favorável sob a perspectiva da proteção por ela ofertada, seja nacional, internacional ou ambas.

Oliveira, referindo-se a Mazzuoli, leciona:

Deve-se ter em mente, contudo, que, em consequência do *transdialoguismo* que se opera entre o direito interno e os tratados internacionais sobre direitos humanos, estes autorizam que seus respectivos Estados-partes venham realizar a aplicação de direitos ou liberdades reconhecidos em leis internas quando ostentarem caráter mais amplo e protetivo, mesmo que em detrimento dos próprios tratados internacionais, do que é exemplo a norma de interpretação contida no art. 29, al. ‘b’, da CADH. Denota-se, pois, que a relação a ser estabelecida e preservada entre o direito internacional sobre direitos humanos e o direito interno, especialmente quanto às suas normas fundamentais, deve ser de alinhamento e ênfase, derivados de sua unidade de propósitos quanto à proteção do ser humano, não de antagonismo ou supressão, contrastantes com o sistema protetivo em que se inserem⁷⁵.

Com o objetivo de ordenar a junção harmoniosa que deve subsistir entre o direito internacional e o direito interno de cada Estado, alguns textos internacionais⁷⁶ possuem

⁷⁴ DEL PRETI, Bruno; LÉPORE, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 158-159.

⁷⁵ OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Processo penal convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D’ Plácido, 2022, p. 149-150.

⁷⁶ Art. 29 da CADH. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

disposições com essa finalidade de reger a interpretação. Trata-se de dispositivos contidos nestes instrumentos e denominados por Mazzuoli⁷⁷ “cláusulas de compatibilização”, “cláusulas de diálogo”, “vasos comunicantes”, “cláusulas dialógicas”, ou “cláusulas de retroalimentação”.

Nessa linha de entendimento, atribuindo relevância à primazia da pessoa humana como eixo fundamental para a solução diante de eventual conflito aparente de normas, reconhece-se que, entre o direito interno e o internacional, em matéria de direitos humanos, há um ponto de contato, de intersecção, que abrange direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais – ou seja, as liberdades públicas, os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana e tudo que se relaciona à pessoa humana, não só pela sua existência, mas pela sua importância.

Um exemplo da aplicação da norma mais favorável à pessoa humana é a vedação à prisão civil do depositário infiel, cuja redação constitucional veicula como uma das hipóteses excepcionais para a referida modalidade prisional; todavia, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7.7 da CADH), quando disciplinou este assunto, apenas previu expressamente a constrição civil da liberdade para o devedor de alimentos. Essa questão compeliu o STF a se debruçar sobre a matéria e editar a Súmula Vinculante n. 25, que estabelece: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Ainda sobre o tema, ressalta-se que a norma constitucional alusiva à modalidade de prisão civil decorrente de dívida por alimentos é mais protetora do que a CADH, pois da redação do texto consta a palavra “inescusável” ao inadimplemento voluntário por tal obrigação por parte do devedor, conforme se vê no art. 5º: “LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”.

Outra questão relevante em termos de compatibilização das normas de proteção dos direitos humanos no sistema brasileiro diz respeito à garantia do duplo grau de jurisdição, pois, apesar de não constar expressamente na CF/1988, decorre assegurada pela própria estrutura conferida ao Poder Judiciário. No entanto, a CADH, em seu art. 7.6 e 8.2 “h” assegura o direito a um recurso para instâncias superiores⁷⁸.

⁷⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 189-190.

⁷⁸ CADH. “Art. 7. 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 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. Art. 8.2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua

São estes alguns exemplos que demonstram a realidade jurídico-normativa imposta por este novo cenário de convivência indissociável do direito doméstico com o internacional.

Acerca desse ponto de contato entre o direito interno, representado pelo direito constitucional e o direito internacional, Piovesan entende consubstanciar um direito constitucional internacional⁷⁹, afastando a relevância da discussão em torno de uma ou duas ordens jurídicas, para prestigiar a primazia da pessoa humana como solução aos questionamentos.

Aproveitando a abertura constitucional, ao viabilizar uma possibilidade de entrosamento entre o direito doméstico e o internacional, nesta mesma toada, Piovesan e Cruz argumentam sobre a subsistência de um sistema de comunicação entre ambos na tendência de se promover a defesa da primazia da pessoa humana:

O direito constitucional e o direito internacional passaram a interagir de modo a resguardar um mesmo valor, a primazia da pessoa humana. Por um lado, os Constituições nacionais abriram os ordenamentos jurídicos domésticos aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, disciplinando sua incorporação e incidência. Por outro, os sistemas internacionais reforçavam a proteção a valores constitucionais, fornecendo uma camada adicional de proteção aos direitos que constituintes buscavam resguardar contra possíveis impulsos autoritários do futuro⁸⁰.

Na sequência, complementam afirmando a presença de um sistema multinível para sustentar tal posicionamento:

Embora dotados de competências próprias, os múltiplos níveis de proteção aos direitos humanos mantém diálogo entre si: órgãos de diferentes níveis se comunicam direta ou indiretamente, citando uns aos outros como fontes interpretativas, trocando boas práticas e, muitas vezes, empreendendo iniciativas conjuntas. Por isso, é possível dizer que o sistema multinível de proteção aos direitos humanos é poroso, ou seja, aberto a influências advindas de outros órgãos e instituições que compartilham o mesmo objetivo último, qual seja, a proteção da dignidade humana⁸¹.

inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77.

⁸⁰ PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. **Curso de direitos humanos: sistema interamericano**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 5.

⁸¹ PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. **Curso de direitos humanos: sistema interamericano**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 6.

Neves⁸², no entanto, discorda no tocante à nomenclatura, pois compreende que o segmento direito constitucional internacional carece de objeto e método próprios e defende que a relação existente entre o direito interno e o internacional consiste em um “transconstitucionalismo”. É reconhecida, assim, a troca conciliatória e recíproca que robustece ambos como possível diante de “pontes de transição”, as quais estabelecem um elo entre o interno e o internacional, à medida em que um inspira e serve de fonte ao outro – o que, por sua vez, chamou de “fertilização constitucional cruzada”.

Outros autores também discorrem sobre o tema, contudo, atribuem outras denominações ao fenômeno, como transnormatividade⁸³, constitucionalização do direito internacional ou internacionalização do direito constitucional⁸⁴.

O palco jurídico apresentado é de um novo contexto de normatização, que é complexa, porém necessária, e indispensável aos anseios de respeito e busca pela efetividade dos direitos humanos. Seria como se houvesse dois círculos, um representativo do direito constitucional e o outro do internacional, e, em determinado ponto – vale dizer, significativamente grande –, sobrevém uma intersecção entre eles, consubstanciando a primazia da pessoa humana a contemplar uma série de direitos inerentes à pessoa humana e sua dignidade decorrente do valor e da importância ostentada pela condição humana.

Essa eleição da prevalência da dignidade humana como princípio central na necessária mudança de paradigma do direito público através da abertura ao direito internacional e do diálogo jurisdicional deve ser reforçada pelo fomento de uma nova cultura jurídica capaz de consolidar a estrutura normativa representada pelo direito constitucional focado nos direitos humanos, pela abertura do texto e pelos tratados internacionais⁸⁵.

2.4.2 Incorporação e *status* dos tratados internacionais de direitos humanos

Diante da abertura do texto constitucional brasileiro, ao permitir a expansão de direitos e garantias fundamentais não previstas na redação da lei maior, de modo a ampliar o alcance protetivo da pessoa humana, propiciou-se o ingresso de outros direitos no ordenamento jurídico (art. 5º, § 2º, da CF/1988).

⁸² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 117-119.

⁸³ MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**. v. 12. n.1, 2007, p. 140.

⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 45-46.

⁸⁵ PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. **Curso de direitos humanos: sistema interamericano**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 231-232.

Dessa forma, além das espécies normativas previstas pelo art. 59 da CF/1988, os tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é parte também integram a ordem jurídica brasileira, impondo-lhe a observância e o cumprimento desses instrumentos normativos.

Antes de adentrar às questões atinentes à natureza e à hierarquia das normas internacionais incorporadas à ordem jurídica brasileira, convém, em síntese, expor a forma pela qual os tratados e as convenções devem ser submetidos, para, ao final, ingressarem no arcabouço normativo brasileiro.

O tratado ou convenção internacional deve ser assinado pelo chefe do Poder Executivo ou por representante autorizado, o que simboliza a manifestação daquele ente em adotar o referido instrumento internacional.

No sistema jurídico brasileiro, após a assinatura, deve haver a aprovação pelo Congresso Nacional por meio de um decreto legislativo, seguindo-se à ratificação do instrumento pelo Presidente da República, momento no qual o Estado consente, em caráter definitivo, tornar-se parte daquele tratado. Na sequência, o instrumento ou carta de ratificação deve ser depositado junto ao organismo internacional ou Estado designado para tal, a fim de ser contabilizado para atingir o número mínimo exigido por cada documento e adquirir sua vigência e eficácia no plano internacional.

Posteriormente, o tratado internacional deve ser internalizado através de um decreto presidencial e publicado na imprensa oficial, tornando-se público perante a população do Estado brasileiro.

Inicialmente, esclarece-se que, em relação aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, o STF, ao decidir sobre a prisão civil do depositário infiel, compreendeu que os instrumentos normativos aprovados sem o quórum previsto pelo § 3º do art. 5º da CF/1988 possuem natureza supralegal⁸⁶, ou seja, estão localizados acima da legislação ordinária e complementar, porém, abaixo da CF/1988. Isso porque, o citado dispositivo constitucional, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, estabeleceu que as normas internacionais aprovadas com o quórum de 3/5, mediante dupla votação em cada uma das casas legislativas, teriam equivalência às emendas constitucionais.

Assim, os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos aprovados sem a observância desse quórum qualificado e rito diferenciado estariam situados em patamar inferior na escala hierárquica normativa, logo, abaixo das normas constitucionais.

⁸⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE n. 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03-12-2008, Public 5-6-2009.

Alguns julgados que tratam do controle de convencionalidade devem ser observados para subsidiar o estudo da questão. Na decisão sobre o HC 87.585/TO⁸⁷ e RE 466.343/SP⁸⁸, o órgão máximo entendeu, pelos votos da maioria de seus membros, que os tratados internacionais de direitos humanos possuíam valor supralegal – ou seja, inferior à Constituição, porém, superior aos demais atos normativos.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 349.703-1⁸⁹, ao analisar a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, o STF assentou o entendimento sobre o caráter normativo dos tratados internacionais referentes à disciplina de direitos humanos à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004. Nesse caso, conforme o entendimento do STF, ventilaram-se duas possibilidades. Se o tratado internacional seguir o rito ordinário e aprovação por quórum simples, ele possui caráter supralegal; todavia, se o rito for o especial, conforme previsto no art. 5º, § 3º, da CF/1988, seu *status* será equivalente ao de emenda constitucional.

Segundo Mazzuoli⁹⁰, independentemente do quórum de aprovação e do rito ordinário ou especial e do momento – se antes ou após a EC n. 45/04 –, os tratados internacionais de direitos humanos possuem, no mínimo, hierarquia de norma materialmente constitucional. No entanto, se aprovados conforme o art. 5º, § 3º, da CF/1988, serão normas material e formalmente constitucionais.

⁸⁷ Depositário Infiel – Prisão. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 87585/TO – Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03-12-2008, Public. 26-06-2009, Tribunal Pleno. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 13 set. 2023.

⁸⁸ Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE n. 349.703 e dos HCs n. 87.585 e n. 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 466343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 3-12-2008, Public. 5-6-2009, Tribunal Pleno. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 13 set. 2023.

⁸⁹ Prisão Civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do art. 5º da CF/1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San Jose da Costa Rica (art. 7º, 7) –, ambos em 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do CC/1916 e com o Decreto-Lei n. 911/1969, e em relação ao art. 652 do CC/2002. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 349703/RS, Rel. Min. Carlos Britto, Red. do acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 03-12-2008, Public 5-6-2009, Tribunal Pleno. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em: 13 set. 2023.

⁹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 196.

Dessa forma, a consistência constitucional das normas contidas nos tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico pátrio decorre da previsão feita pelo art. 5º, § 2º, da CF/1988, na medida em que permite a ampliação do rol de direitos e garantias previstos, como derivação do regime democrático, dos princípios adotados pela lei maior e dos tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte.

Pensar diferente seria o mesmo que afastar a atenção dada pelo texto constitucional aos instrumentos internacionais sobre direitos humanos, na direção contrária ao mandamento citado e no sentido reverso à historicidade da construção dos direitos humanos, à medida que as necessidades vão surgindo com a evolução social.

A doutrina de Guerra corrobora esse entendimento:

Em relação aos direitos decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, a solução está no fato de, nos próprios tratados, já se acharem escritas as disposições que contêm as normas de direito fundamental. Dessa forma, adquirem o *status* de normas constitucionais de direito fundamental, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988⁹¹.

Dessa forma, depreende-se a existência de normas material e formalmente constitucionais e de normas apenas materialmente constitucionais, a depender do quórum e rito de aprovação a que são submetidas. Essa dimensão torna-se importante para o conhecimento a respeito dos desdobramentos e efeitos que produzirão perante o ordenamento jurídico.

Portanto, os tratados e as convenções de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico sem aprovação pelo quórum qualificado previsto pelo art. 5º, § 3º, da CF/1988, não possuem *status* de equivalência às emendas constitucionais, porém, são normas constitucionais materiais pelo conteúdo ostentado. Em relação a esses tratados internacionais, Mazzuoli analisa:

Assim, fazendo-se uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, à luz dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade humana, chega-se à seguinte conclusão: o que o texto constitucional reformado pretendeu dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já tem *status* de norma constitucional, nos termos do § 2.º do art. 5.º, poderão ainda ser *formalmente* constitucionais (ou seja, ser *equivalentes* às emendas constitucionais), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo *quorum* do § 3º do art. 5º da Constituição⁹².

No que tange à aplicabilidade imediata dos direitos humanos, por força do art. 5º, § 1º, da CF/1988 – “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação

⁹¹ GUERRA, Sidney. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 285.

⁹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 185.

imediatas” –, permite-se o entendimento de que essas normas prescindem de decreto interno de promulgação e de execução para apresentarem vigência e eficácia perante o ordenamento jurídico brasileiro, desde que já estejam em vigor no plano internacional.

Apenas a título informativo, o primeiro instrumento internacional do qual o Brasil se tornou parte com a observância do quórum e rito exigidos para a aprovação das emendas constitucionais foi a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, de 30 de março de 2007, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 09 de julho de 2008, ratificada em 01 de agosto de 2008, e promulgada internamente pelo Decreto n. 6.949 de 25 de agosto 2009.

2.4.3 Soberania estatal em face dos direitos humanos

O Estado, com o fim de proteger os direitos humanos, passou a assumir compromissos perante o cenário internacional, permitindo o ingresso de normas internacionais aptas a produzirem efeitos jurídicos no ambiente interno, em interação com o direito doméstico, para a proteção eficaz dos direitos humanos consagrados na seara externa pelas convenções e tratados internacionais. Isso ocorre porque a proteção interna aos direitos humanos se tornou insuficiente, na medida em que o próprio Estado pode ser o causador das violações.

A realização desse fenômeno pode dar azo a questionamentos sobre o conceito clássico de soberania estatal por admitir normas que não foram produzidas por seu Poder Legislativo ou órgão estatal que o valha. Por outro lado, descabida é a utilização da soberania do Estado como justificativa para violações de direitos humanos, sob o fundamento e a alegação de cumprimento da legislação interna.

Três teorias buscam explicar a soberania: o direito divino concebe que o poder emana de Deus; a soberania popular projeta que todo poder emana do povo e de sua vontade; a soberania estatal, por sua vez, enxerga o poder do Estado como um fim em si mesmo.

A soberania é um dos elementos constitutivos do Estado e lhe atribui: independência externa na gestão de seus interesses perante a comunidade internacional, obrigando-o quando outorga seu consentimento e torna-se parte em um tratado; e autonomia interna para editar com exclusividade seu próprio ordenamento jurídico, como fixar sua estrutura e competências para reger a si e ao povo de seu território, instrumentalizado pela concepção de contrato social segundo a qual os cidadãos cedem parcela de seus direitos ao Ente, recebendo dele direitos civis, sociais e culturais, dentre outros.

O Estado é soberano a partir do momento em que é reconhecido como tal por seus pares e por organizações perante o contexto internacional. Embora o art. 13 da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) mencione ser desnecessário o reconhecimento do Estado como soberano, pois esta condição decorreria das relações político-diplomáticas, há que se verificar a aceitação minimamente suficiente ao exercício de seu poder junto ao panorama global.

A respeito da soberania, Teixeira avalia:

O Estado é identificado quando seu governo não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior, não reconhece, em última análise, nenhum poder maior de que dependam a definição e o exercício de suas competências e só se põe de acordo com seus homólogos na construção da ordem internacional e na fidelidade aos parâmetros dessa ordem, a partir da premissa de que aí vai um esforço horizontal e igualitário de coordenação no interesse coletivo⁹³.

Mais do que de hierarquia, a relação estabelecida entre o direito internacional e o interno, sob a perspectiva de soberania estatal, é de coordenação, pois, devido às “cláusulas de recepção”, as normas internacionais foram incorporadas internamente sem que o Estado constitucional perdesse seus componentes essenciais⁹⁴.

No entanto, o conceito de soberania vem sendo ajustado à evolução do Estado Democrático de Direito e do emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos, cuja intensidade imposta pelas relações internacionais decorrentes da globalização exige a adequação para permitir o convívio com outros Estados e organismos internacionais em favor do ser humano.

Piovesan destaca este aspecto:

Fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve reduzir-se ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, essa concepção inovadora aponta a duas importantes consequências: 1) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos – isto é, transita-se de uma concepção ‘hobbesiana’ de soberania, centrada no Estado, para uma concepção ‘kantiana’ de soberania, centrada na cidadania universal; 2) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direitos. Prenuncia-se, desse modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais

⁹³ TEIXEIRA, Carla Noura. **Manual de direito internacional público e privado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 57.

⁹⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. **O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 31.

era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania⁹⁵.

Nesse sentido, Figueiredo ressalta que o conceito de soberania deve ser manejado para viabilizar a atuação dos órgãos supranacionais na proteção dos direitos humanos e, em caso de violação interna, para permitir que o sistema de proteção possa fazer prevalecer o Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre o direito interno, conferindo primazia à norma mais favorável à pessoa humana⁹⁶. Nesse sentido, os direitos humanos são limitadores da soberania, a qual deve respeitar esse conceito para que possa ser livremente exercida⁹⁷.

A porta estatal aberta ao externo pela CF/1988, permitindo o ingresso de normas internacionais ao ordenamento interno e de monitoramento e controle de sua observância por organismos e cortes internacionais, conduz a um novo cenário de direito público apropriado para estimular o diálogo em sede nacional, regional e global em matéria de direitos humanos, viabilizando o conhecimento dos posicionamentos e das sentenças proferidas pelos tribunais internacionais que se debruçam sobre o tema.

A CF/1988, em seu art. 4º, I a X, estabelece: a independência nacional, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a não intervenção, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, o repúdio ao terrorismo e ao racismo, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e a concessão de asilo político – todos como princípios regentes da República em suas relações internacionais. Trata-se de mandamentos que representam a soberania brasileira e se coadunam com a evolução deste conceito.

Considera-se, por fim, que a não intervenção por respeito à soberania estatal também cede espaço por força de questões humanitárias, visando preservar a população face a catástrofes naturais, conflitos armados, guerra civil e atos de terrorismo.

⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.

⁹⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. **O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 45.

⁹⁷ ARRUDA, Eloísa de Souza; POMPEO, Monize Flávia; CORRERA, Marcelo Carita. A soberania estatal e a proteção dos direitos humanos no âmbito internacional. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, ano 10, v. 19, jan.-jun. 2021, p. 22-46. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/456. Acesso em: 16 mar. 2024.

2.5 Intérpretes das normas de direitos humanos

Diante do palco de normatização complexa fixado por força da importância adquirida pelas normas internacionais perante o ordenamento jurídico – com a prevalência dos direitos humanos como fator decisivo para a determinação da aplicação da norma protetiva mais favorável – e pela sedimentação da interpretação do direito interno em conformidade com os tratados e convenções internacionais, foi imposto ao Estado o dever de observar e cumprir as obrigações assumidas junto à ordem internacional.

Essa imposição é direcionada a todos os órgãos estatais e, no Brasil, ao Legislativo, Judiciário e Executivo, de acordo com as funções típicas de cada um na tripartição dos Poderes da República.

Ao Legislativo, como órgão do exercício da atividade primária do Estado na produção das leis e do ordenamento jurídico como um todo, cabe o dever de observar os preceitos trazidos pelas normas internacionais incorporadas ao sistema brasileiro, com o escopo de evitar a produção normativa incompatível ou descompassada com os direitos humanos.

No exercício de sua atividade legislativa, o Poder competente deve se abster de elaborar normas inconstitucionais e inconvenções, ou seja, é responsabilidade das comissões de Constituição e Justiça de cada casa do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais e Distrital a análise sobre eventuais conflitos com os direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional, e com os direitos humanos declarados nos tratados internacionais.

Ao Poder Judiciário, na condição de órgão responsável por atividade subsidiária estatal, compete dizer o direito com caráter de definitividade na solução dos conflitos a ele submetidos, ou seja, deve proceder à análise da consonância das leis e demais atos normativos em face da CF/1988 e dos tratados internacionais, sobretudo de direitos humanos, declarando a invalidade de determinada norma se contiver dispositivo que afronte a lei maior e os referidos instrumentos internacionais.

Desse modo, todos os juízes e órgãos jurisdicionais brasileiros devem realizar esta interpretação, com a produção de efeitos conforme o modo pelo qual o controle é exercido, objetivando o máximo grau de efetividade dos direitos humanos. Todavia, não apenas juízes e tribunais brasileiros, mas os tribunais e cortes internacionais devem exercer esse papel, a exemplo do âmbito regional interamericano, como a Corte IDH, intérprete da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O Poder Executivo é o órgão responsável pela função administrativa do Estado, a cujo caráter complementar dentre as funções dos Poderes é conferida a tarefa de fielmente executar; isto é, nesse contexto, fazer cumprir as normas reguladoras desta atividade – das relações do Estado com o particular e das relações sociais de um modo geral.

Assim, no exercício da função típica de administrar, o poder público, por seus órgãos, agentes e autoridades, goza de prerrogativas funcionais e institucionais para assegurar a supremacia do interesse público em benefício da coletividade e, nesta toada, está autorizado por lei a restringir direitos para a garantia da ordem pública, da segurança, da saúde e do bem-estar da população.

Sendo assim, os Poderes e órgãos do Estado, essencialmente aqueles vinculados à persecução penal – como sistema de justiça criminal, Ministério Público e Polícia Judiciária –, devem interpretar e adequar a aplicabilidade das normas aos direitos humanos assentados em tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Essa responsabilidade percorre a atuação funcional de autoridades legislativas, administrativas e judiciais, pois a missão de respeitar e de zelar pelo cumprimento de fato das normas de direitos humanos cabe a eles como dever funcional e institucional.

Em matéria constitucional, Häberle desenvolveu a teoria da interpretação aberta ou sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, cuja essência prega que o processo interpretativo deve ser ampliado para envolver a sociedade, destacando seu sentido plural à medida que os destinatários da norma sejam capazes de preencher o conteúdo e alcance do direito fundamental por ela protegido⁹⁸.

Sobre a essência da teoria, conclui o autor:

Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como mero objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos⁹⁹.

De acordo com esse pensamento, não somente às autoridades públicas ou às partes envolvidas deve ser conferida esta atividade interpretativa, pois, como corolário de um Estado

⁹⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 30-31.

⁹⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 33.

Democrático de Direito, essa legitimidade deve ser relativamente ampliada para permitir uma participação mais abrangente, ainda que a execução permaneça com o poder público como regente da sociedade.

3 A POLÍCIA JUDICIÁRIA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A polícia – cujo termo, sob o aspecto etimológico, deriva da palavra latina *politia* e procede do grego *politeia*, com o sentido de constituição de cidade, de Estado e de governo – pode significar tanto a instituição incumbida de manter a ordem, como o próprio elemento que a integra¹⁰⁰. Consiste no órgão responsável por garantir a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio como função essencial do Estado a serviço da administração para restringir o uso e o gozo de atividades individuais com o fim de assegurar o interesse público¹⁰¹.

3.1 Distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária

Para melhor compreensão da seara em que opera a polícia judiciária no desempenho de sua função, necessário tecer breves considerações sobre suas principais distinções em relação à polícia administrativa.

O primeiro critério definidor de ambas poderia se basear no caráter da atividade por elas desempenhada: o preventivo, atribuído à polícia administrativa, e o repressivo, à polícia judiciária. Todavia, este não é o critério mais adequado a representar a distinção entre ambas, pois, além de incompleto, não contempla as hipóteses em que a primeira age também repressivamente, e as ocasiões em que a segunda atua de forma preventiva.

Outro critério definidor da distinção entre ambas teria relação com a matéria da atividade envolvendo a atuação do órgão público responsável – se age para conter o ilícito administrativo, estaria caracterizada a atuação da polícia administrativa, ao passo que, se a ação estatal fosse desencadeada em razão do ilícito penal, o caso seria de responsabilidade da polícia judiciária.

A questão tampouco fica totalmente resolvida com a adoção deste último critério, pois a polícia administrativa opera tanto no ilícito administrativo quanto no penal, e a polícia judiciária da mesma forma. Embora sua atuação se dê essencialmente no ilícito penal, em determinados casos marca presença na seara administrativa.

¹⁰⁰ BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial**: doutrina, prática, jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 15.

¹⁰¹ BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial**: doutrina, prática, jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 15.

Talvez o ponto em comum entre ambas que não desperte questionamentos seja no sentido de que sempre visam o interesse público, porém, uma sob a perspectiva do direito administrativo e a outra sob a ótica do direito penal e processual penal.

À polícia administrativa cabe primordialmente o exercício de poder de polícia consistente na tarefa desempenhada pela administração pública, que limita a atividade particular em benefício do interesse público. Sob esse prisma, executa suas ações por órgãos destinados à disciplina, fiscalização, defesa e autuação de infratores que violem o meio ambiente, o direito dos consumidores, a segurança e a saúde sanitária, a economia popular, o trânsito e o tráfego, as regras de edificação, a segurança pública de um modo geral etc.

Na linha das características mencionadas, Bandeira de Mello acrescenta:

Com efeito, frequentemente a Administração, no exercício da polícia administrativa, age repressivamente. Sempre que obsta a uma atividade particular, já em curso, é porque esta se revelou contrastante com o interesse público, isto é, lesou-o; enfim, causou dano para a coletividade.

A dissolução de um comício, de uma passeata, atos típicos de polícia administrativa, tem lugar apenas quando se revelem perturbadores da tranquilidade pública. Isto é, quando já feriram o interesse protegido pelo poder de polícia e, em consequência, já causaram um dano, uma perturbação, à coletividade¹⁰².

Adiante, o autor complementa exemplificando como se dá a atuação repressiva da polícia administrativa:

Portanto, a atuação administrativa marca-se, aí, pela repressão a uma atuação antissocial. Só se poderá considerá-la preventiva *relativamente*, isto é, *em relação aos futuros danos outros que adviriam da persistência do comportamento reprimido*¹⁰³.

No segmento da segurança pública, é nítido o poder de polícia administrativa pela polícia militar em seu exercício de preservação da ordem pública, sobretudo nas áreas de meio ambiente, trânsito e rodovias, onde atuam coibindo ilícitos administrativos e penais. Referidas corporações exercem, ainda, a função de polícia judiciária militar no tocante às infrações penais militares eventualmente praticadas por seus integrantes e sujeitas à justiça castrense.

¹⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 797.

¹⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 797.

Quanto à polícia judiciária, em que pese sua atividade precípua seja a repressiva aos ilícitos penais na adoção de providências destinadas à submissão do infrator ao devido processo para apuração de sua responsabilidade, o órgão também executa medidas de polícia administrativa.

Essa atuação se dá de forma preventiva por grupos especializados, ou quando promove, no âmbito de sua competência, a fiscalização de produtos controlados e das guardas municipais. Na esfera federal, a atuação ocorre na composição e no desempenho das atribuições junto ao Sistema Nacional de Armas – SINARM¹⁰⁴, essencialmente pela discricionariedade na concessão, revogação ou cassação de porte de arma de fogo e outras medidas correlatas ao controle de armas.

A distinção aqui abordada é profícua para a compreensão em sua dimensão da função constitucional, e do protagonismo da polícia judiciária e sua pertinência temática relacionada aos direitos humanos.

3.2 A polícia judiciária e sua função constitucional no modelo pátrio

O modelo brasileiro de investigação preliminar, por meio do texto constitucional, respeitado o âmbito de atribuição, conferiu às polícias civis dos Estados e do Distrito Federal, tal como à polícia federal, a função de polícia judiciária, na qual está compreendida a investigação criminal (art. 144, §§ 1º e 4º, da CF/1988). A investigação criminal também pode ser desempenhada por outras instituições, como Ministério Público, Comissões Parlamentares de Inquérito, Poder Legislativo e Poder Judiciário, em hipóteses específicas.

As Polícias Judiciárias são instituições de Estado permanentes e essenciais à justiça, dirigidas por delegados de polícia de carreira e vinculadas administrativamente ao chefe do Poder Executivo dos Estados, Distrito Federal e ao da União, com responsabilidade pela apuração de infrações penais e sua autoria por meio de procedimentos previstos pela legislação, na fase extrajudicial da persecução penal.

O sistema atual de persecução penal brasileiro não adotou o modelo francês ou espanhol, caracterizados pela presença do juiz de instrução, vale dizer, vigente no Brasil até 1871, ocasião na qual foi substituído pelo inquérito policial¹⁰⁵, assim como não optou pelo modelo português e o italiano, com a figura do promotor-investigador. O Ministério Público ficou encarregado

¹⁰⁴ Sistema Nacional de Armas, vinculado ao Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça.

¹⁰⁵ SANNINI NETO, Francisco. **Delegado de polícia e o direito criminal**: teoria geral do direito de polícia judiciária. Leme: Mizuno, 2021, p. 56.

das investigações preliminares, com o auxílio da Polícia Judiciária e a supervisão de um juiz de garantias¹⁰⁶. A investigação criminal ficou a cargo essencialmente da Polícia Judiciária. Ghirardelli discorre a esse respeito:

A Polícia Judiciária é o órgão investigador natural por excelência e constitui-se em uma instituição permanente que compõe o aparato estatal de Justiça Criminal, essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica, conforme se depreende da própria sistemática processual penal instituída pela Constituição Federal de 1988 e, por simetria, de textos expressos inseridos nas Constituições de alguns Estados da Federação brasileira¹⁰⁷.

Quando referida à Polícia Judiciária com iniciais maiúsculas, trata-se do órgão dentro da estrutura estabelecida, ao passo que, em minúsculas, a alusão é pertinente à função jurídica desempenhada em cumprimento à disciplina jurídica a ela reservada pelo constituinte de 1988, paralelamente à de apuração de infrações penais e sua autoria.

A função de polícia judiciária compreende a apuração das infrações penais e sua autoria, destinando seu trabalho aos órgãos do Poder Judiciário e ao Ministério Público, e auxiliando-os nas requisições e cumprimento de mandados expedidos. Nessa linha, Hoffmann sublinha:

Dúvidas não existem de que as funções de polícia judiciária e de apurações de infrações penais qualificam-se como essenciais e exclusivas de Estado. O delegado de polícia ao conduzir a investigação criminal por meio dos vários procedimentos legais, de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, isenção e imparcialidade, exerce função de natureza jurídica e contribui decisivamente para a consecução do dever estatal de garantia da segurança pública¹⁰⁸.

A Polícia Judiciária, tanto em âmbito federal, quanto estadual, após a CF/1988, adquiriu uma nova roupagem, recebendo disciplina jurídica que a conduz ao *status* de instituição de Estado e não mais de governo, ou seja, sujeita às ingerências políticas em sua atividade de investigação criminal.

Tal órgão não guarda, hoje, apenas as mesmas características dadas pelo texto da lei maior, pois não se restringe somente à atividade de polícia judiciária e à apuração de infrações

¹⁰⁶ SANNINI NETO, Francisco. **Delegado de polícia e o direito criminal**: teoria geral do direito de polícia judiciária. Leme: Mizuno, 2021, p. 61-62.

¹⁰⁷ COELHO, Emerson Ghirardelli. **Investigação criminal constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 61.

¹⁰⁸ HOFFMANN, Henrique. Autonomia da polícia judiciária. In: HOFFMANN, Henrique *et al.* **Polícia Judiciária no Estado de Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 129.

penais e sua autoria, mas é responsável por assegurar o respeito e a proteção aos direitos humanos no desempenho do importante papel durante a fase inicial da persecução penal.

Para Ghirardelli, a Polícia Judiciária como instituição de Estado representa uma garantia processual de terceira geração¹⁰⁹, à medida que sua presença é indispensável ao devido processo legal. Através do delegado de polícia, trata-se do primeiro órgão estatal a ter contato com o fato aparentemente criminoso e com as pessoas nele envolvidas – suspeitos e vítimas –, de modo que a análise jurídica preliminar feita por esta autoridade permite projetar os envolvidos na defesa dos direitos humanos e fundamentais, coibindo abusos e arbitrariedades para conduzir a investigação visando a eficácia desejada, mas em conformidade às normas legais, constitucionais e convencionais pertinentes.

A Polícia Judiciária lida com todas as dimensões dos direitos humanos, a exemplo do direito à saúde, diante do que é comum o registro de um boletim de ocorrência para a instrução de uma petição com a finalidade de facilitar a cognição judicial sobre os fatos quando, por exemplo, o usuário não recebe do Estado determinada medicação necessária à sua sobrevivência.

3.3 Instrumentos legais investigatórios da polícia judiciária

A Polícia Judiciária, para o exercício de sua missão constitucional, dispõe de instrumentos postos pela legislação processual penal a fim de viabilizar a investigação criminal focada no esclarecimento das infrações penais e sua autoria, e adoção de providências típicas ao início da persecução penal do Estado.

Nessa categoria, adquirem proeminência o inquérito policial e o termo circunstanciado, cada qual destinado à apuração de uma determinada classe de infrações penais, tendo em vista a gravidade e a pena abstratamente cominada.

O termo circunstanciado, previsto pela Lei n. 9.099/1995 e reservado para o registro e apuração das infrações penais de menor potencial ofensivo, consiste em uma peça elaborada sob a presidência do delegado de polícia. Trata-se de um procedimento no qual são colhidas todas as informações a respeito dos fatos e de seus envolvidos, o que é seguido de providências e requisições exigidas pelo caso, e envio ao juizado especial criminal para verificar a responsabilidade do autor.

¹⁰⁹ COELHO, Emerson Ghirardelli. **Investigação criminal constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 67-68.

Infrações de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei n. 9.099/1995) são aquelas cuja pena máxima privativa de liberdade abstratamente prevista no tipo penal é igual ou inferior a dois anos, ou multa, cumulada ou não com a privação da liberdade.

Embora consubstanciado em um procedimento simples de apuração, esse procedimento exige, pelo delegado de polícia, a análise dos fatos à luz das leis em geral, da CF/1988, e das normas internacionais de direitos humanos para a realização de um juízo de tipicidade na subsunção do fato à norma penal.

Cabe realçar que, durante o juízo feito pela autoridade policial, devem ser considerados, para avaliação a respeito do cabimento do termo circunstanciado e seus desdobramentos, alguns impedimentos sobre sua incidência, e as causas de aumento de pena e de concurso de crimes, pois o cúmulo material delas em abstrato poderá afastar a aplicação do procedimento ao caso, dando ensejo à lavratura de auto de prisão em flagrante.

O termo circunstanciado é um procedimento célere, sem complexidade, em que são colhidas as versões das partes, reunindo os elementos de informação e provas existentes, de modo a possibilitar, nas hipóteses cabíveis, a aplicação em juízo de medidas despenalizadoras e uma resposta estatal mais rápida, adequada à infração cometida e conveniente à vítima. Durante a sua lavratura, em regra, desde que preste o compromisso de comparecimento em juízo, não há a constrição da liberdade do autor.

A maior visibilidade em matéria de investigação criminal pela Polícia Judiciária é dada ao inquérito policial. Em decorrência dele, são admitidas medidas legais mais rígidas em face do investigado, associadas ou não a outros procedimentos de natureza cautelar – como prisões, buscas e apreensões, acesso a dados protegidos por sigilo, interceptações telefônicas etc. – sempre, quando a hipótese exigir, mediante autorização judicial e supervisão ministerial. A importância do inquérito é notada na medida em que ele funciona como condição essencial para a concessão dessas medidas pelo juízo, o que permite maior controle da investigação e respeito aos direitos do investigado. Nota-se que essas medidas estarão sempre vinculadas à existência do inquérito policial ou terão sua subsistência em razão da própria ação penal.

A lei processual penal pátria ainda confere ao delegado de polícia um procedimento preliminar na apuração dos fatos diante de notícia de um fato aparentemente criminoso. A autoridade policial pode proceder à chamada verificação de procedência das informações (VPI). Essa investigação preliminar proporciona a checagem de eventuais parcos elementos de informação e permite a análise da procedência e da veracidade dos fatos trazidos ao seu conhecimento, sem instauração do inquérito policial de forma prematura. Esse procedimento encontra guarida no art. 5º, § 3º, do CPP/1941, e se coaduna com a cautela necessária a ser

adotada pelo delegado de polícia quando se depara com fatos que inicialmente não lhe dão subsídio suficiente para iniciar a persecução penal por meio do inquérito policial.

A lei processual penal expõe a finalidade do dispositivo que trata da VPI: “Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito” (art. 5º, § 3º, do CPP/1941).

A verificação de procedência de informações é um procedimento investigatório preliminar à disposição do delegado de polícia para dar prosseguimento à *notitia criminis* que chega ao seu conhecimento, sem o suporte indiciário ou probatório mínimo a ensejar a instauração de inquérito policial. Usualmente, ocorre com as denúncias anônimas feitas à Polícia Judiciária, mas não se restringe a estes casos.

Ademais, no âmbito da verificação preliminar, não poderão ser empreendidas diligências que impliquem invasão aos direitos fundamentais do indivíduo e demandem autorização judicial; todavia a autoridade policial será capaz de se basear em pesquisas, informações disponíveis e relatórios para concluir sobre a instauração de inquérito policial, ou acautelamento do expediente em cartório até o surgimento de fatos novos que alterem o panorama obtido até aquele momento e permitam a adoção de outras providências.

Por fim, deve-se afastar a eventual cogitação de que referido expediente preliminar de apuração pela Polícia Judiciária se furtaria ao controle dos órgãos competentes, na medida em que encontra abrigo no art. 4º, V, da Recomendação n. 20/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público¹¹⁰.

Assim, referido ato normativo, editado por órgão responsável por fiscalizar a atuação ministerial, inclusive com atribuição constitucional no tocante ao controle externo da atividade policial, atribuiu legitimidade ao procedimento em questão, na medida em que a apuração por meio da VPI não acarreta a falta de controle do Ministério Público sobre os atos de polícia judiciária¹¹¹.

Na linha do ato normativo mencionado do CNMP, no Estado de São Paulo, o Ministério Público, por meio do art. 7º do Ato Normativo n. 409/2005¹¹², ao disciplinar as normas de

¹¹⁰ Recomendação n. 20/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público. “Art. 4º Incumbe aos órgãos do Ministério Público, quando do exercício ou do resultado da atividade de controle externo: V – Verificar as cópias dos boletins de ocorrência ou sindicâncias que não geraram instauração de Inquérito Policial e a motivação do despacho da autoridade policial, podendo requisitar a instauração do inquérito, se julgar necessário”.

¹¹¹ SANNINI NETO, Francisco. **Delegado de polícia e o direito criminal**: teoria geral do direito de polícia judiciária. Leme: Mizuno, 2021, p. 212.

¹¹² Ministério Público. Ato normativo n. 409/2005. “Art. 7º. O promotor de Justiça deverá verificar as cópias dos boletins de ocorrência que não geraram instauração de inquérito policial e a motivação do despacho da autoridade policial, podendo requisitar a instauração do inquérito, se julgar necessário”. Ato Normativo n. 409-

controle externo da atividade de polícia judiciária pelo órgão, em consonância ao art. 129 da CF/1988, e nos termos do art. 103, XIII, da Lei Complementar Estadual n. 734/1993, fixou a forma de fiscalização dos registros de ocorrências que não deram ensejo a instauração de inquérito policial.

Desta forma, se ao órgão do Ministério Público com atribuição para atuar na Corregedoria da Polícia Judiciária, incumbe analisar os boletins de ocorrências que não deram ensejo à instauração de inquérito policial, há que se concluir que, ao delegado de polícia é facultada adoção do expediente citado quando não houver requisitos mínimos que assegurem a eficácia e a eficiência da atuação administrativa, antes da possibilidade de instauração de inquérito policial e a movimentação da máquina policial.

A jurisprudência também admite a VPI como mecanismo de apuração pela Polícia Judiciária:

Processual penal. Habeas corpus. Notícia anônima de crime. Apuração em mais de uma delegacia. Ausência de instrução adequada do habeas corpus. VPI (Verificação de Procedência das Informações). Ausência de constrangimento ilegal. Pedido parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado. 1. A instrução adequada do habeas corpus cabe ao impetrante, se ele não providencia as peças necessárias, não há como verificar se há ou não mais de uma Delegacia de Polícia apurando o mesmo fato, supostamente criminoso. 2. A instauração de VPI (Verificação de Procedência das Informações) não constitui constrangimento ilegal, eis que tem por escopo investigar a origem de *delatio criminis* anônima, antes de dar causa à abertura de inquérito policial. 3. Aquele que comparece à presença da autoridade policial pode valer-se de seu direito constitucional ao silêncio, sem que isso seja considerado em seu desfavor. 4. Pedido parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado¹¹³.

PGJ/CPJ, de 4 de outubro de 2005 (pt. n. 03.855/05). Estabelece normas para o exercício do controle externo da atividade de polícia judiciária pelo Ministério Público, previsto no art. 129, VII, da CF/1988, e no art. 103, XIII, da Lei Complementar Estadual n. 734/1993. Texto compilado até Ato (N) 919/2015 – PGJ de 15/09/2015.

Disponível em:

https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/CAOCri_ControlExtAtivPol/Ato%20Normativo%20n.%20409.2005-PGJ-CPJ%20-%20Controle%20Externo%20da%20Ativaia%20Policial%20Civil.pdf. Acesso em: 15 mar. 2024.

¹¹³ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus n.103.566-RJ (2008/0072731-2) Rel. Min. Jane Silva (Des. convocada do TJ/MG), j. 1-12-2008. Impetrante: Joel Corrêa de Lima e outro impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Pacientes: Marcos Serra Xavier; Sérgio Macário Abrantes; José Francisco Costa e Silva. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200800727312&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 18 jun. 2023. No mesmo sentido: BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RHC n.14.434, j. 1-4-2004. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200300710471&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 18 jun. 2023.

A Polícia Civil paulista, por meio de ato normativo do Delegado Geral de Polícia¹¹⁴, disciplinou a investigação preliminar sumária, estabelecendo parâmetros para a apuração através deste mecanismo.

3.4 A aplicação dos direitos humanos e fundamentais no inquérito policial

A Polícia Judiciária, por meio do delegado de polícia, é o primeiro órgão estatal a ter contato com o fato aparentemente ilícito sob a perspectiva do direito penal. Por esta razão, a atividade por ela desempenhada funciona como um filtro preliminar para eventuais imputações infundadas contra a pessoa.

Sob esse prisma, todo indivíduo conduzido à presença da autoridade policial começa a ter seus direitos humanos e fundamentais garantidos a partir do primeiro contato com este

¹¹⁴ SÃO PAULO. Polícia Civil. Ato Normativo do Delegado Geral de Polícia. “Art. 113. Quando o expediente ou boletim de ocorrência registrado no sistema oficial da polícia judiciária ou advindo de outra unidade da Federação, pela falta de indício idôneo sobre a prática de crime; pela escassez de informações sobre a existência de fato delituoso ou pela ausência de justa causa fundamentada, não viabilizar a imediata instauração de inquérito policial ou outro procedimento investigatório previsto em lei, o Delegado de Polícia responsável, cautelarmente e em atenção aos artigos 5º, § 3º, do Código de Processo Penal; 27, parágrafo único e 30, da Lei Federal n. 13.869, de 5 de setembro de 2019, procederá a investigação preliminar sumária. Parágrafo único. Considera-se justa causa fundamentada a existência abalizada de substratos mínimos de autoria e materialidade de fato ilícito penal em tese e que, nessa condição, viabilizem a apuração criminal. Artigo 114. A investigação preliminar sumária iniciar-se-á mediante despacho do Delegado de Polícia determinando as diligências a serem realizadas e será instruída com documentação tendente a possibilitar a formação de um juízo de viabilidade sobre a existência potencial de infração penal e indícios mínimos de autoria. § 1º. as diligências em sede de investigação preliminar sumária só serão realizadas após autorização do Delegado de Polícia que a conduzir, nos termos do artigo 209 da Seção XXIV desta Consolidação. § 2º. a formalização de oitivas constitui medida excepcional e depende de expressa determinação do Delegado de Polícia competente, o qual, em prévio despacho motivado, demonstrará a sua imprescindibilidade para a aferição de informações suficientes sobre a existência de fato delituoso punível ou justa causa fundamentada, devendo o chamamento do(a) interessado(a), nesse caso, ser ultimado mediante convite, vedada a sua condução coercitiva. § 3º. Enquanto o sistema oficial da polícia judiciária não contemplar função para o registro eletrônico da investigação preliminar sumária, esta tramitará fisicamente e será capeada, numerada e registrada em livro próprio, de modo a possibilitar regular controle das providências adotadas; Artigo 115. A investigação preliminar sumária terá o prazo de 60 (sessenta) dias, salvo se antes restar verificada justa causa que autorize a instauração de inquérito policial ou de outro procedimento investigatório criminal previsto em lei. § 1º. O prazo especificado no “caput” poderá ser prorrogado de ofício por mais 30 (trinta) dias, por uma vez, mediante decisão motivada do Delegado de Polícia responsável. § 2º. Constatada a inconsistência das informações noticiadas, a investigação preliminar sumária, de forma fundamentada, será acautelada na respectiva unidade policial, sem prejuízo de ulterior reexame, na hipótese do advento de fato novo. § 3º. O acautelamento será objeto de anotação em livro, consignando-se todas as informações a ele relacionadas, bem como, o destino dado a eventuais expedientes correlatos ou objetos apreendidos previamente encaminhados com a notícia ou expediente original. § 4º. Se o Delegado de Polícia, durante o trâmite da investigação preliminar sumária ou ao término dela, verificar, nos termos do parágrafo único do artigo 113 desta Seção, a existência de justa causa fundamentada, deverá, de ofício, converter a verificação em inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei. BRASIL. Poder Executivo. **Portaria DGP-26, de 30 de outubro de 2023**. Institui, na Polícia Civil do Estado de São Paulo, a Consolidação das Normas de Serviço da Polícia Judiciária e dá outras providências. Disponível em: https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=%2f2023%2fexecutivo+sec+ao+i%2foutubro%2f31%2fpag_0021_2ef43dc46f2b66e8fd1adbc69430b7.pdf&pagina=21&data=31/10/2023&caderno=Executivo%20I&paginaordenacao=100021. Acesso em: 15 mar. 2024.

profissional. Ao obter conhecimento sobre a imputação atribuída à pessoa capturada, inicialmente observa-se a condição física e o estado de ânimo em que o conduzido é apresentado, momento em que se verifica a necessidade de encaminhamento a algum atendimento de saúde antes de se adotar as providências jurídicas pertinentes.

Seguindo no trabalho de apuração dos fatos e formada a convicção jurídica a respeito do enquadramento legal adequado, com a aplicação dos dispositivos penais e processuais correlatos, o delegado de polícia deve assegurar e cientificar o indivíduo sobre seus direitos constitucionais e legais previstos. Dentre eles, destacam-se o direito de comunicar-se com familiar e advogado de sua confiança, de não produzir prova contra si mesmo, de manter-se em silêncio se assim o desejar, de ter sua integridade física e mental preservadas, de obter conhecimento sobre os responsáveis por sua prisão e ciência dos fatos que lhes são imputados, de não ser submetido a qualquer constrangimento físico ou moral, e de ser encaminhado à disposição da autoridade judiciária competente para avaliar sua situação.

Nessa ótica, a Polícia Judiciária desempenha suas funções conforme os princípios orientadores do Estado Democrático de Direito, assegurando a todos o respeito irrestrito aos direitos humanos contemplados em tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário e direitos fundamentais constantes da CF/1988.

Uma outra perspectiva a ser pautada tem relação com a aplicação dos princípios constitucionais de natureza processual, assecuratórios de direitos, em sede de inquérito policial. O investigado não pode mais ser visto e tratado apenas como mero objeto de investigação ou do processo: a ele deve ser dado o tratamento correspondente a sujeito de direitos, como titular de direitos indisponíveis em face do exercício do poder de punir do Estado. O próprio STF já havia se pronunciado nesse sentido¹¹⁵.

Com isso, em que pese o inquérito policial ainda ostentar a característica inquisitiva, devem ser observados os princípios constitucionais consagradores de direitos fundamentais, como a presunção de inocência e o devido processo legal, na medida em que, paulatinamente, algumas normas começaram a contemplar sinais de incidência destes durante a investigação criminal. Um exemplo disso pode ser o indiciamento, o qual passou a exigir fundamentação na exposição dos elementos técnico-jurídicos que embasaram a decisão da autoridade policial.

¹¹⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 73.271-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19-03-1996. Public. 4-10-1996. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2073271%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 23 jan. 2023.

Por força do filtro imposto pela CF/1988 e das reformas pontuais ocorridas posteriormente à CF/1988 – e da edição das Leis n. 12.830/2013, 13.245/2016, 13.869/2019 e 13.964/2019 –, acredita-se que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa ganharam espaço no persecutório extrajudicial de polícia judiciária, de maneira que a discussão hoje deve focar não mais na admissibilidade, mas no grau com que eles incidem nesta etapa.

A essência do pensamento é vista na Súmula Vinculante 14 do STF:

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 defesa¹¹⁶.

A interpretação gramatical isolada nem sempre reproduz ou representa a real intenção do legislador constituinte, pois somente considerando o sistema constitucional como um todo é possível extrair um sentido amplo capaz de abranger referidos princípios durante a integralidade da persecução penal.

Do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/1988), vislumbra-se que sua aplicação se estende além do processo propriamente dito, pois a privação da liberdade pessoal e de seus bens pode ocorrer ainda em fase de inquérito policial – procedimento extrajudicial, como nos casos de prisões em flagrante, temporária ou efetivação de alguma medida assecuratória (apreensão de objetos) no âmbito da investigação criminal. Neste momento, ainda não há que se falar da existência de “processo” e sua dialética, razão pela qual há que se reconhecer a amplitude do princípio para alcançar a fase de inquérito.

Em relação ao contraditório e à ampla defesa, a interpretação sistemática também possibilita a aplicação de referidos princípios em sede de inquérito policial, tendo em vista que a redação constitucional da expressão “aos acusados em geral” (art. 5º, LV da CF/1988) não pode ser vista restritivamente. Partindo da premissa de que a lei não contém palavras inúteis em seu texto, conclui-se que a intenção seria incluir todas as etapas da persecução penal, de modo a compreender também o investigado ou o indiciado.

Tucci, ao observar o papel de assistência do defensor na fase investigatória, sintetiza:

Por outras palavras, essa atuação, como constitucionalmente delineada, deve ser “efetiva, balizada na *contraditoriedade indispositiva*, ínsita ao processo penal na integralidade da *persecutio criminis*, com o exercício da *defesa*

¹¹⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante n. 14. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula762/false>. Acesso em: 23 jan. 2023.

técnica, na sua maior amplitude”, liberalmente preconizada no inc. LV do art. 5º¹¹⁷.

Um pouco mais adiante, ao comentar sobre a contraditoriedade na investigação, complementa o autor:

Representa, outrossim, autêntica conquista do Direito Processual Penal Constitucional moderno, em que a *contraditoriedade da investigação criminal* consiste num *direito fundamental* do imputado, direito esse que, por ser “um elemento decisivo no processo penal”, não pode ser transformado, em nenhuma hipótese, em “*mero requisito formal*”, e cuja observância, por isso, se impõe, sob pena de *nulidade* dos atos procedimentais praticados sem a *efetiva assistência do defensor técnico constituído* pelo indiciado, ou *público* (cf., também, arts. 5º, LXXIV, e 134 da CF)¹¹⁸.

A incidência desses princípios na fase investigatória do inquérito policial não teria a mesma amplitude daquela reservada ao processo judicial. Guardadas as proporções, características e objetivo de eficácia da etapa preliminar, devem ter a aplicabilidade mínima para reconhecer o caráter democrático e instrumental de direitos e garantias ao procedimento.

Outra não é a lição de Lopes Jr. e Gloeckner:

Em linhas gerais, devemos caminhar para uma *maior eficácia do contraditório e do direito de defesa* previstos no art. 5º, LV, da Constituição. Tal dispositivo, no que se refere à sua aplicação no inquérito policial, tem sido objeto de interpretações absurdamente restritivas. Esse é um ponto básico a ser revisto. É incrível a resistência no âmbito policial em respeitar os direitos constitucionalmente assegurados, negando que o CPP deva adequar-se à Constituição, e não ao contrário¹¹⁹.

A intenção do legislador foi nitidamente garantista no art. 5º, LV, da CF/1988, e a desorganização com os termos empregados na redação – “processo” em vez de “procedimento” – não pode servir de óbice à sua aplicação no inquérito policial. Ademais, outros erros do gênero foram cometidos na legislação processual ao tratar o procedimento ordinário e sumário como “processos”¹²⁰.

Dessa forma, a ideia se funda na premissa de que o seu aspecto inquisitorial deva se submeter a uma releitura e ser substituído por valores alinhados ao modelo de Estado de Direito,

¹¹⁷ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 297.

¹¹⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 304.

¹¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 407.

¹²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 467-468.

assentando a necessária conformidade com o *status* atual do investigado como sujeito de direitos durante a persecução penal.

Ademais, as características institucionais da Polícia Judiciária e prerrogativas funcionais da autoridade policial, aliadas a instrumentos legislativos que possibilitam providências e medidas efetivas de polícia judiciária – sobretudo o procedimento investigatório mencionado – funcionam como instrumento para a concretização da atividade na defesa dos direitos humanos de todos, mas principalmente em relação a determinadas categorias que necessitam de atenção especial.

Esse ponto é constatado no tratamento adequado pela Polícia Judiciária de grupos vulneráveis e minorias. Nesse aspecto, destaca-se o pioneirismo da Polícia Civil paulista, não só pela existência de unidades voltadas para esse público, mas essencialmente na investigação especializada de crimes dos quais são vítimas negros, mulheres e crianças¹²¹, idosos, indígenas, comunidade LGBTQIA+, imigrantes e refugiados, pessoas com deficiência e pessoas em situação de rua, com a aplicação dos dispositivos legais especificamente pertinentes da legislação, de maneira a assegurar-lhes a proteção adequada, a preservação de seus bens jurídicos e a repressão de quaisquer forma de discriminação ou intolerância.

No trabalho de polícia judiciária, em atenção à proteção das mulheres vítimas de violência doméstica, ressalta-se a aplicação dos dispositivos previstos na Lei n. 11.340/2006¹²², popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, introduzida no ordenamento brasileiro com

¹²¹ Criada em 6 de agosto de 1985, a 1ª Delegacia de Defesa da Mulher, desde agosto de 2016 funciona com atendimento permanente em regime de plantão policial, com atribuição territorial para apurar crimes praticados contra a mulher e crianças no contexto de violência doméstica ou sexual no âmbito da 1ª Delegacia Seccional de Polícia (Centro). Funciona hoje na Casa da Mulher Brasileira, juntamente com outros órgãos que possibilitam o atendimento e orientação multidisciplinar (Rua Vieira Ravasco, n. 26, Cambuci, São Paulo, SP) e serviu de referência à criação de outras 137 unidades congêneres distribuídas pelo Estado de São Paulo. BRASIL. Governo do Estado de São Paulo. **1ª Delegacia de Defesa da Mulher do país completa 36 anos de atuação na capital**. 06 ago. 2021. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/1a-delegacia-de-defesa-da-mulher-do-pais-completa-36-anos-de-atuacao-no-centro-de-sp/#:~:text=Nesta%20sexta-feira%20%286%29%2C%20a%201%C2%AA%20Delegacia%20de%20Pol%C3%ADcia,de%20identidade%20de%20g%C3%AAnero%20feminino%2C%20crian%C3%A7as%20e%20adolescentes>. Acesso em: 17 mar. 2024.

¹²² A lei é resultado de recomendações feitas ao Estado brasileiro pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, instrumento de monitoramento no âmbito da Organização dos Estados Americanos que, após analisar o caso suportado por Maria da Penha Maia Fernandes em 1983, consagrou o ocorrido como o primeiro caso de aplicação da Convenção para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará). Inicialmente, quando de sua entrada em vigor, o diploma tutelava somente a mulher, – pessoa do sexo feminino que –, em decorrência de um relacionamento amoroso ou afetivo, fosse agredida por seu companheiro no contexto doméstico do lar ou em situações correlatas previstas pela norma, através de medidas protetivas de urgência e possibilidade de prisão em flagrante do autor do delito, decretação de prisão preventiva, imposição de penas mais elevadas no caso de agressão física à mulher etc. Contudo, o cenário social e os valores fizeram com que a citada norma passasse a tutelar também as relações homoafetivas, de modo que a proteção jurídica do diploma abarcou a questão de gênero, considerando como referência ao campo de incidência e aplicação de seus dispositivos a identidade de gênero feminino, ou seja, a forma pela qual a pessoa se identifica na vida e nas suas relações sociais, afetivas e amorosas.

previsão de um conjunto de preceitos e mecanismos postos à disposição das autoridades para a tutela deste grupo em condição de vulnerabilidade.

Frisa-se que, a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará) foi adotada na cidade de Belém do Pará/PA em 9 de junho de 1994, e promulgada internamente em 1º de agosto de 1996 pelo Decreto n. 1.973.

Na proteção dos idosos e na repressão ao etarismo¹²³ capaz de representar infração penal, destacam-se na atuação do órgão de polícia judiciária paulista, as Delegacias Especializadas de Proteção ao Idoso¹²⁴. Em relação à apuração dos crimes de intolerância praticados contra negros, religiosos, comunidade LGBTQIA+, estrangeiros em razão de sua etnia, também há órgão especializado para atender às ocorrências envolvendo esse público¹²⁵.

O pioneirismo do órgão paulista é visto também no atendimento à pessoa com deficiência vítima de crime, por meio de apuração¹²⁶ especializada dos crimes praticados no contexto de capacitismo¹²⁷ e discriminação contra essas pessoas, previstos no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015).

¹²³ O termo significa uma forma de discriminação e preconceito contra a pessoa em razão de sua idade e ganhou notoriedade quando uma mulher de 45 anos foi vítima de deboche das colegas de classe mais jovens ao ingressar em um curso universitário na cidade de Bauru/SP. JORNAL DA USP. **Etarismo é o mais frequente e universal dos preconceitos**. 16 mar. 2023. Disponível em: <https://jornal.usp.br/radio-usp/etarismo-e-o-mais-frequente-e-universal-dos-preconceitos/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

¹²⁴ As Delegacias Especializadas de Proteção ao Idoso de São Paulo oferecem atendimento às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos onde recebem orientação e encaminhamento. Na capital de São Paulo, são 8 unidades espalhadas por todas as regiões do município para a prestação do atendimento voltado a este público.

¹²⁵ A 2ª Delegacia de Polícia de Repressão aos Crimes Raciais e de Delitos de Intolerância (DECRADI) visa reprimir e analisar delitos de intolerância definidos por infrações originalmente motivadas pelo posicionamento intransigente e divergente de pessoa ou grupo em relação a outra pessoa ou grupo e caracterizados por convicções ideológicas, religiosas, raciais, culturais e étnicas, visando à exclusão social. Com sede à Rua Brigadeiro Tobias, n. 527, 5º Andar, Centro, São Paulo, SP é uma das delegacias pertencentes à Divisão de Homicídios do DHPP. SÃO PAULO. Governo do Estado. **Secretaria da Segurança Pública**. Polícia Civil do Estado de São Paulo. Disponível em: www.policia-civ.sp.gov.br/portal/faces/pages_home/institucional/departamentosOrgaos/departamentosOrgaosDetalhes?titulo=DHPP&collectionId=358412565221001180&_afzLoop=775842721532706&_afzWindowMode=0&_afzWindowId=null#!%40%40%3F_afzWindowId%3Dnull%26collectionId%3D358412565221001180%26_afzLoop%3D775842721532706%26titulo%3DDHPP%26_afzWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D13tyo59dt8_29. Acesso em: 17 mar. 2024.

¹²⁶ 1ª Delegacia de Polícia da Pessoa com Deficiência do Estado de São Paulo, que tem por objetivo promover, além do tratamento policial, um trabalho assistencial associado à rede pública de assistência. Resultado de uma parceria entre a Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência do Governo do Estado de São Paulo e Secretaria da Segurança Pública, a delegacia, criada em 2014, atendeu no ano passado 190.724 boletins de ocorrências, envolvendo 10.920 vítimas com algum tipo de deficiência, número 28,8% abaixo do registrado em 2015, e que não indica necessariamente redução da violência, mas do registro formal de ocorrências. A Delegacia de Polícia opera com um sistema diferenciado, ao manter uma equipe mista de policiais e um Centro de Apoio Integrado composto por uma equipe multidisciplinar composta por assistentes sociais, psicólogos, intérpretes de Libras e sociólogos. SÃO PAULO. Governo do Estado. **Secretaria da Segurança Pública**. SP tem delegacia especializada em atender pessoas com deficiência. 24 abr. 2017. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/sp-tem-delegacia-especializada-em-atender-pessoas-com-deficiencia/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

¹²⁷ É a terminologia para designar a discriminação praticada contra a pessoa com deficiência, ao pressupor a existência de um padrão ideal e que qualquer discrepância desse conceito, faz da pessoa um indivíduo incapaz de

O comprometimento da instituição policial civil paulista começa com a educação em direitos humanos de seus agentes, pois é a primeira instituição policial a ministrar a disciplina em seus cursos de formação e aperfeiçoamento e a pioneira dentre as carreiras jurídicas a exigir a matéria em edital nos seus concursos públicos¹²⁸. Através do Centro de Direitos Humanos e Segurança Pública¹²⁹ “Celso Vilhena Vieira”, são desenvolvidos estudos sobre o tema, visando o aprimoramento institucional e funcional dos policiais¹³⁰.

Com o devido respeito às demais instituições que compõem o sistema de segurança pública brasileiro, a investigação criminal sob a responsabilidade da Polícia Judiciária significa respeito aos direitos humanos e fundamentais sob a perspectiva de que o investigado ou autor da infração penal começa a ter seus direitos observados a partir do momento em que é encaminhado à presença do delegado de polícia. Recorda-se o “caso dos irmãos Naves”¹³¹, em que a legítima autoridade policial foi afastada da investigação criminal e, após a apuração do fato ser conferida a um oficial da força pública, foi desastrosamente conduzida, em total desrespeito ao ordenamento jurídico, com práticas violentas à dignidade humana que provocaram danos irreparáveis.

exercer uma convivência social plena. FERREIRA NETTO, Letícia Rodrigues. Capacitismo. **Infoescola**. Disponível: <https://www.infoescola.com/sociologia/capacitismo/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

¹²⁸ MANINO JÚNIOR, Antônio *et al.* Direitos humanos e cidadania. In: QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Manual de polícia judiciária: doutrina, legislação, modelos**. 6. ed. São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2010, p. 441.

¹²⁹ Com sede na Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, o CDHPC, foi criado em 1997, regulamentado pela Portaria DGP n. 1, de 4-2-2013 e pelo Decreto n. 60.930/2014. Dentre suas atribuições, está o auxílio na educação e conscientização dos policiais civis alunos sobre o tema de direitos humanos.

¹³⁰ MOTA, Juliana Rosa Gonçalves. A formação em direitos humanos a partir de um olhar sobre o corpo docente da Academia da Polícia Civil de São Paulo. **Revista Brasileira de Segurança Pública. São Paulo v. 16, ed. especial, 108-127**. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/1523/497>. Acesso em: 18 mar. 2024.

¹³¹ O caso ocorreu em 1937, na cidade de Araguari/MG, e ficou conhecido como um dos maiores erros judiciários do Brasil. Os irmãos Sebastião e Joaquim Naves foram suspeitos e acusados do homicídio de Benedito Pereira Caetano, o qual havia sumido da cidade repentinamente. Após ingerências estatais, a investigação do caso foi designada ao Tenente Francisco Vieira dos Santos, da Força Pública estadual, que conduziu a apuração dos fatos em desrespeito às leis, com a prática de tortura dos investigados, inclusive obrigando-os a presenciarem o estupro da própria mãe. Sem suportarem os abusos cometidos na investigação, os irmãos Naves confessaram um crime que não cometeram e foram condenados a 25 anos de prisão. Durante o cárcere, Joaquim Naves faleceu. Algum tempo depois, a “suposta vítima” reapareceu alegando ter deixado a cidade por conta de dívidas contraídas. O Estado de Minas Gerais foi condenado ao pagamento de uma indenização pelo erro cometido. Em 1964, Sebastião Naves faleceu. MIGALHAS. **Os irmãos Naves e um dos maiores erros judiciários do país**. 10 abr. 2012. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/152842/os-irmaos-naves-e-um-dos-maiores-erros-judiciarios-do-pais>. Acesso em: 18 dez. 2022.

3.5 Poder-dever decisório do delegado de polícia

O delegado de polícia é a autoridade pública incumbida, em regra, pelo início da persecução penal na seara extrajudicial e, por meio da investigação criminal a qual preside, poderá viabilizar a propositura da ação penal por seu titular, desde que colhidos elementos de convicção suficientes à busca pela responsabilidade do infrator da lei penal. Com o escopo de facilitar a compreensão da função exercida por este agente estatal e sua relevância perante o sistema constitucional, penal e processual penal pátrio, apontam-se breves antecedentes históricos relevantes do cargo e da instituição policial no Brasil.

O conceito de delegado de polícia e a inicial estrutura modelar de Polícia surgiram a partir da chegada da corte portuguesa, com a Intendência Geral de Polícia (1762), trazida de Portugal. Essa instituição visava assegurar a segurança pessoal e coletiva, além de possuir responsabilidades sobre obras públicas e o abastecimento da cidade do Rio de Janeiro. Era chefiada por um desembargador nomeado, com *status* de Ministro de Estado, a quem cabia decidir sobre comportamentos considerados criminosos, estabelecer a punição, prender, conduzir a julgamento e fiscalizar o cumprimento da sentença¹³².

Com a missão de auxiliar o intendente geral, foram criados dois cargos de “juiz do crime”, cada qual responsável por um dos dois distritos da cidade do Rio de Janeiro, com funções policiais e judiciais¹³³.

A partir daí, surgiu a ideia de “delegado”, pois esses juízes exerciam a autoridade em razão dos poderes a eles atribuídos, ou seja, tratava-se de agente estatal apto a representar o intendente geral nas localidades da vasta extensão do território nacional – “com poderes delegados” –, cumulando as funções policiais e judiciais desde 1807¹³⁴.

Em 1827, as funções e os poderes dos “delegados de polícia” foram absorvidos pelos “juizes de paz”, autoridades instituídas por eleição local conforme o texto da Constituição Imperial de 1824.

Com a Lei Imperial de 06 de junho de 1831 – nomeação de “delegados” pelos juizes de paz e, em seguida, o Código de Processo Criminal do Império de 1832 –, afasta-se o delegado e são criados os “inspetores de quarteirão” como auxiliares dos juizes de paz.

¹³² PORTOCARRERO, Cláudia Barros; FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. **Leis penais extravagantes**: teoria, jurisprudência e questões comentadas. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 515-516.

¹³³ PORTOCARRERO, Cláudia Barros; FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. **Leis penais extravagantes**: teoria, jurisprudência e questões comentadas. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 516.

¹³⁴ PORTOCARRERO, Cláudia Barros; FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. **Leis penais extravagantes**: teoria, jurisprudência e questões comentadas. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 517.

Essa condição permanece até a edição da Lei n. 261/1841, pela qual os chefes de polícia seriam selecionados dentre os desembargadores e juízes de direito, como a nomeação de delegados passaria a ocorrer entre juízes e demais cidadãos, com as funções de julgar e punir¹³⁵.

A edição da Lei n. 2.033/1871 consagrou a separação entre funções policiais e judiciais, proibindo o julgamento de infrações penais pelos delegados, o que deu azo ao nascimento do inquérito policial, considerado o principal procedimento investigatório do qual dispõem as autoridades policiais até os dias de hoje.

Em 1891, a Constituição da República construiu a estrutura do Estado brasileiro, atribuindo aos Estados Membros a tarefa de organizar e manter suas instituições policiais. Todavia, o sistema implantado em 1871, com a citada lei, permanece contemplando o delegado de polícia como agente do Estado e autoridade pública responsável pela presidência do inquérito policial.

Em 20 de junho de 2013, foi promulgada a Lei n. 12.830, cujos dispositivos pertinentes ao delegado de polícia e à investigação criminal por ele conduzida reforçaram a disciplina jurídica já existente no Código de Processo Penal, essencialmente nos arts. 4º ao 23, conforme observam Portocarrero e Palermo:

Atualmente, o artigo 4º do Código de Processo Penal e os dispositivos constitucionais evidenciam a forma básica de atuação do Delegado de Polícia, corroborada pela Lei n. 12.830/2013, demonstrando a importância deste profissional no cenário processual penal brasileiro¹³⁶.

Em algumas passagens, a legislação faz referência ao delegado de polícia como autoridade policial, e a Lei n. 9.784/1999¹³⁷ conceitua a autoridade como o servidor ou agente público com poder de decisão, capaz de restringir direitos fundamentais e legitimado pelo subsequente controle jurisdicional.

Em suas decisões, o delegado de polícia não está subordinado hierarquicamente a qualquer outra autoridade ou agente público, pois possui a independência funcional legalmente assegurada (art. 2º da Lei n. 12.830/2013) para formar sua convicção jurídica da tipificação do fato e conduta correspondente, e das providências de polícia judiciária reputadas adequadas ao caso.

¹³⁵ PORTOCARRERO, Cláudia Barros; FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. **Leis penais extravagantes**: teoria, jurisprudência e questões comentadas. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 521.

¹³⁶ PORTOCARRERO, Cláudia Barros; FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. **Leis penais extravagantes**: teoria, jurisprudência e questões comentadas. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 524.

¹³⁷ BRASIL. Lei n. 9.784/1999. Art. 1º, § 2º. Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] III – Autoridade: O servidor ou o agente público dotado de poder de decisão.

Ao delegado de polícia, legitimado pelo ordenamento jurídico, com formação jurídica e investidura em cargo público, são conferidas atribuições de analisar preliminarmente os fatos, decretar a prisão em flagrante, conceder fiança, requisitar dados e informações, produzir provas e restituir coisas apreendidas, dentre outros. Especificamente quanto à concessão de fiança, o instituto recebeu atenção pela administração superior da Polícia Civil paulista¹³⁸.

Dessa forma, por não subsistir no Brasil o juizado de instrução, conclui-se que a expressão “outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”, descrita em normas internacionais¹³⁹ e sentenças da Corte IDH¹⁴⁰, refere-se ao delegado de polícia, pelo poder constitucionalmente a ele deferido. No sistema de persecução penal brasileiro, o delegado de polícia é o primeiro juiz do fato típico¹⁴¹.

Internamente, também já houve reconhecimento desse entendimento por decisão judicial emanada do TJ-SP:

Inicialmente, quanto à alegada ilegalidade da prisão em flagrante, ante a ausência de imediata apresentação dos pacientes ao Juiz de Direito, entendo inexistir qualquer ofensa aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Isto porque, conforme dispõe o artigo 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. No cenário jurídico brasileiro, embora o Delegado de Polícia não integre o Poder Judiciário, é certo que a lei atribui a esta autoridade a função de receber e ratificar a ordem de prisão em flagrante. Assim, *in concreto*, os pacientes foram devidamente apresentados ao Delegado, não se havendo em falar em relaxamento da prisão. Não bastasse, em 24 horas, o juiz analisa o auto de prisão em flagrante¹⁴².

¹³⁸ Art. 187 – Os Delegados de Polícia, ao decidirem sobre a liberdade provisória mediante fiança prevista no artigo 322 do Código de Processo Penal, poderão analisar, de acordo com seu entendimento jurídico, concurso material e outras causas de aumento ou de diminuição de pena, decidindo motivada e fundamentadamente a respeito da possibilidade ou não da concessão do benefício legal. Portaria DGP-26, de 30 de outubro de 2023. Institui, na Polícia Civil do Estado de São Paulo, a Consolidação das Normas de Serviço da Polícia Judiciária e dá outras providências. Disponível em:

https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=%2f2023%2fexecutivo+sec+ao+i%2foutubro%2f31%2fpag_0021_2ef43dc46f2b66e8fd1adbc69430b7.pdf&pagina=21&data=31/10/2023&caderno=Executivo%20I&paginaordenacao=100021. Acesso em: 29 nov. 2023.

¹³⁹ Art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

¹⁴⁰ Corte IDH. Caso Jesus Velez Llor vs. Panamá de 23/11/2010, série C, n. 218, § 108.

¹⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 546.

¹⁴² BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. *Habeas Corpus Criminal* 2016152-70.2015.8.26.0000, 16ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Guilherme de Souza Nucci, j. 12-05-2015.

Alguns aspectos cristalizam o poder-dever decisório do delegado de polícia. São juízos de prognose e diagnose¹⁴³, o primeiro correspondente à capitulação jurídica inicial dada ao fato e à verificação das providências de polícia judiciária subsequentes na investigação criminal, e o outro, à análise do potencial conteúdo amealhado como subsídio a fundamentar o indiciamento do investigado.

O poder-dever decisório do delegado de polícia se traduz em garantias funcionais e institucionais previstas pela CF/1988, pela lei processual penal pátria e por normativas institucionais¹⁴⁴, que significam, em verdade, garantias de imparcialidade e isenção para a sociedade de que a atuação da autoridade policial abriga conformidade com os preceitos democráticos inseridos no ordenamento jurídico a partir de 1988.

Ademais, todo poder, essencialmente aquele que atua sobre a esfera de direitos humanos e fundamentais, deve encontrar limites e controles que o legitimem. Nesse contexto, a fiscalização se dá interna e externamente pela atuação corregedora da própria instituição, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

3.5.1 O indiciamento e sua face garantista

O indiciamento como ato típico da fase policial da persecução penal será abordado em seus principais aspectos, com o foco direcionado aos direitos humanos e fundamentais do indivíduo investigado, que é tratado como sujeito de direitos durante a investigação criminal e não apenas visto como objeto de investigação.

Como todo ato estatal, deve respeitar os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana. Nesse sentido, lecionam Shecaira e Teixeira: “O poder das autoridades deve ser

¹⁴³ HOFFMANN, Henrique. Juízos de prognose e diagnose do delegado. In: HOFFMANN, Henrique *et al.* **Polícia Judiciária no Estado de Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 50.

¹⁴⁴ Portaria DGP n. 26 de 30.10.2023. Artigo 177. De forma soberana e em cognição sumaríssima, cabe ao Delegado de Polícia competente realizar o exame de admissibilidade da prisão-captura e, de maneira motivada, determinar ou não a lavratura do auto de prisão, o que, em caso de possível flagrante, só poderá ocorrer após a avaliação do requisito temporal previsto nos incisos do artigo 302 do Código de Processo Penal e do pressuposto probatório consubstanciado na fundada suspeita do parágrafo 1º do artigo 304 do mesmo Diploma. Parágrafo único. A fundada suspeita exigida para decretar a recolha à prisão decorrerá do exame da pretensa infração penal e da análise do contexto indiciário colecionado em desfavor do conduzido, cuja realização, em sede de juízo superficial, se baseará na identificação de circunstâncias e elementos que, legalmente, autorizem a imposição da medida. Portaria DGP-26, de 30 de outubro de 2023. Institui, na Polícia Civil do Estado de São Paulo, a Consolidação das Normas de Serviço da Polícia Judiciária e dá outras providências. Disponível em: https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=%2f2023%2fexecutivo+sec+ao+i%2f outubro%2f31%2fpag_0021_2ef43dc46f2b66e8fd1adbc69430b7.pdf&pagina=21&data=31/10/2023&caderno=Executivo%20I&paginaordenacao=100021. Acesso em: 29 nov. 2023.

limitado para não desbordar para o abuso e o arbítrio. O Estado de Direito e a sociedade civilizada pressupõem o devido respeito às garantias individuais da pessoa humana”¹⁴⁵.

Cunha conceitua objetivamente o indiciamento: “Consiste na imputação a alguém, feita durante o inquérito policial, da prática de uma infração penal objeto da apuração”¹⁴⁶.

Migueli, por sua vez, oferece seu conceito a respeito do ato:

[...] pode-se conceituar o indiciamento como ato administrativo com função jurídica que marca o momento em que o Delegado de Polícia, diante do conjunto probatório produzido no inquérito policial, firma sua convicção no sentido de que à pessoa investigada deve ser atribuída a condição de autora ou partícipe do crime que lhe foi imputado e cuja existência foi demonstrada ao longo das investigações¹⁴⁷.

Indiciamento, portanto, é o ato fundamentado pelo qual o delegado de polícia, no curso do inquérito policial sob a égide da disciplina jurídica pertinente entende – com base no conjunto informativo e probatório produzido – recair sobre o suspeito os indícios de autoria e materialidade delitiva, oportunidade na qual qualifica-o, interroga-o e pregressa-o, declarando-o provável autor¹⁴⁸ do fato apurado, a fim de submetê-lo a regular persecução em juízo.

Primeiramente, o indiciamento decorre do juízo de tipicidade realizado pelo delegado de polícia na análise das condutas e dos fatos que lhes são apresentados no cotidiano de polícia judiciária. Este instituto atrelado ao inquérito policial, correspondente a uma das fases ou etapas do procedimento investigatório, possibilita novos contornos no cenário da investigação criminal, na medida em que declara oficialmente a pessoa investigada como provável autora da infração penal apurada.

Embora esse juízo de tipicidade feito pelo delegado de polícia possua caráter provisório, pois a adequação típica de subsunção do fato à norma pode sofrer alterações pelo titular da ação penal e do juízo competente durante as fases subsequentes, o ato acarreta implicações jurídicas

¹⁴⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão; TEIXEIRA, Paulo. **Admitir provas ilícitas significa estimular o descumprimento da lei**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-27/admitir-provas-ilicitas-estimular-descumprimento-lei/>. Acesso em: 21 mar. 2024.

¹⁴⁶ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados artigo por artigo**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 96.

¹⁴⁷ MIGUELI, Giuliano Rossi de. **Inquérito policial**. Efetividade à luz do princípio da dignidade humana. Curitiba: Juruá, 2021, p. 104.

¹⁴⁸ O termo deve ser compreendido de forma ampla, de modo a contemplar o autor, o coautor e o partícipe da infração penal, conforme a teoria restritiva adotada no concurso de pessoas no direito penal brasileiro, no sentido de que autor é aquele que executa a conduta típica descrita no núcleo verbal do tipo penal, ao passo que partícipe é aquele que induz, instiga ou, de qualquer modo, concorre para a prática delitiva. O autor intelectual, conforme essa teoria, melhor se ajusta ao conceito de partícipe.

significativas ao *status* do investigado, possibilitando o recrudescimento no tratamento processual.

Isso pode se suceder em razão do deferimento de medidas cautelares representadas pela autoridade policial ou requeridas pelo Ministério Público, tendo por premissa a existência de indícios suficientes de autoria, o que subordina o indiciado a medidas processuais mais gravosas, como a prisão preventiva.

Durante muito tempo, o indiciamento careceu de disciplina legal que lhe conferisse real sentido e importância, uma vez que o CPP/1941 não traz pormenores a respeito, exigindo que o delegado de polícia se pautasse por conceitos doutrinários e por algumas normas infralegais¹⁴⁹ para conferir legitimidade ao ato.

A Lei n. 12.830/2013 trouxe uma nuance garantista ao inquérito policial com menção expressa ao indiciamento em seu art. 2º, § 6º¹⁵⁰, como ato fundamentado do delegado de polícia na formação de seu juízo de valor sobre o fato criminoso e sua autoria. Essa inovação legislativa supriu uma lacuna e consolidou características democráticas no procedimento, adequando-o ao sistema acusatório consagrado pela CF/1988.

O inquérito policial e o ato de indiciamento, tidos como procedimentos garantistas¹⁵¹, passam a ser vistos como instrumentos legais assecuratórios de direitos e garantias

¹⁴⁹ No Estado de São Paulo, a Polícia Civil encontrava disciplina na Portaria DGP n. 18/98, a qual foi revogada pela Portaria DGP-26, de 30 de outubro de 2023, que instituiu, na Polícia Civil do Estado de São Paulo, a Consolidação das Normas de Serviço da Polícia Judiciária e dá outras providências, estabelecendo: Art. 129. Tão logo reúna, no curso das investigações, elementos suficientes de autoria, materialidade e circunstâncias de infração penal em tese, o Delegado de Polícia, de maneira fundamentada e nos termos do § 6º da Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013, procederá ao indiciamento do investigado, decidindo, observadas as regras da Lei n. 12.037, de 1º de outubro de 2009, sobre a identificação criminal pelo processo datiloscópico. § 1º. O ato de indiciamento deverá ser precedido de despacho fundamentado, no qual o Delegado de Polícia que preside a investigação pormenorizará, com base nos elementos informativos e probatórios coligidos, a tipificação provisória atribuída ao fato e os motivos da sua convicção. § 2º. Na hipótese em que o Delegado de Polícia, pelas informações carreadas aos autos, verificar que o investigado sob o qual recaia decisão de indiciamento não foi localizado ou está em local desconhecido, procederá ao seu indiciamento indireto, aplicando-se, no que for cabível, o disposto nesta Seção.

¹⁵⁰ BRASIL. Lei n. 12.830/2013. Art. 2º. As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado. § 1º. Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais. § 2º. Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos. § 3º (VETADO). § 4º O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação. § 5º. A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado; § 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

¹⁵¹ Garantismo processual no sentido de que os atos do inquérito policial e outros procedimentos investigatórios previstos em lei devem obedecer ao devido processo legal formal e ao devido processo legal substancial, assecuratório do trinômio vida, liberdade e propriedade como corolário da finalidade social da norma, pois no

fundamentais do investigado no juízo de imputação preliminar que recai sobre sua pessoa e possibilitam o exercício de um contraditório e de defesa compatíveis com esta etapa da persecução penal.

Outra exigência pela citada lei é a fundamentação do ato, que compele o delegado de polícia a exarar sua decisão nos autos do inquérito policial, expondo por escrito os fundamentos fáticos e jurídicos nos quais se baseia para determinar o indiciamento do investigado.

Isso atende ao comando previsto no art. 111 da Constituição do Estado de São Paulo, que impõe à Administração Pública o dever de obedecer, entre outros, ao princípio da motivação dos atos administrativos, viabilizando o controle do ato administrativo, sobretudo na senda da persecução penal – na qual a atuação do aparato estatal pode afetar as liberdades públicas.

O indiciamento, como ato privativo na condução da investigação criminal, fixa o dever de indicação de autoria, de materialidade e de suas circunstâncias. Não basta à autoridade fazer referência ao autor do fato e ao tipo penal correspondente – deve expor as razões fáticas e jurídicas que servem de lastro da materialidade e da provável autoria.

Avena descreve como se dá a análise do fato pelo delegado de polícia:

A análise técnico-jurídica do fato mencionada no dispositivo consiste no exame das provas que, angariadas no curso da investigação, indicam o envolvimento do indivíduo e comprovam a respectiva materialidade (análise técnica), bem como a presença das condições legais que possibilitaram a instauração do inquérito (v.g.), a representação, nos crimes de ação penal pública condicionada) e os reflexos da conduta investigada na legislação penal¹⁵².

Na condição de presidente do inquérito policial, a autoridade responsável deve suportar eventual responsabilidade penal, civil e administrativa em casos de abuso ou excesso dolosos durante o indiciamento. Assim, não há espaço à requisição (judicial ou ministerial) para realizar o indiciamento do investigado, hipótese nociva ao sistema acusatório que situa cada órgão na missão definida constitucionalmente¹⁵³ – investigar, acusar e julgar na persecução penal.

Nesse sentido é o ensinamento de Avena:

momento da prática do crime o fragilizado é a vítima, contudo ao se iniciar a persecução penal, o fragilizado passa ser o investigado/acusado, cabendo ao delegado de polícia o papel de garantidor dos direitos fundamentais do imputado na fase investigatória que preside.

¹⁵² AVENA, Norberto. **Processo penal**. 13 ed. São Paulo: Método, 2021, p. 201.

¹⁵³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 115.015-SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 27.08.2013, DJe 12-09-2013.

Podem o juiz ou o Ministério Público requisitar o indiciamento de determinado suspeito ao delegado de polícia? Não, já que se trata de ato privativo da autoridade policial, *ex vi* do art. 2º, § 6º, da Lei 12.830/2013. Assim, completamente equivocado o procedimento do juiz ou do promotor de justiça se vierem a requisitar ao delegado de polícia o indiciamento de alguém. O que podem ser requisitados, isto sim, são a qualificação e o pregressamento (relatório de antecedentes) do indivíduo, mas não que este venha a ser indiciado pela prática de determinado fato¹⁵⁴.

Ao iniciar a investigação criminal, a autoridade policial parte de um juízo de possibilidade para o de probabilidade. O juízo de certeza, com o exercício da ampla defesa e do contraditório plenos, somente será alcançado na fase judicial.

O indiciamento é composto pelas formalidades documentais que se dão com a elaboração do auto de qualificação e com o interrogatório, vida pregressa e identificação criminal do investigado – esta última deve seguir a disciplina jurídica estabelecida pela Lei n. 12.037/2009, em atenção ao preceito fundamental da CF/1988¹⁵⁵, fornecendo elementos de informação úteis ao magistrado na fixação de medidas cautelares e da própria pena.

Durante esta etapa da investigação, o delegado de polícia deve observar direitos fundamentais e humanos do investigado e, por possuir o ato de interrogatório um meio de defesa, deve expressamente cientificá-lo sobre o direito de permanecer em silêncio, direito de comunicar seu advogado e familiares.

A Lei n. 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade) trouxe importante disciplina à atuação dos órgãos de persecução penal, de maneira a garantir os direitos da pessoa investigada, criminalizando condutas atentatórias aos seus direitos fundamentais.

Consubstanciado em etapa que define a situação jurídica do investigado no inquérito policial, tornando pública a emissão de um juízo de valor pelo Estado-investigação, o indiciamento possibilita à defesa técnica a adoção de pleitos nos autos ou em juízo em favor de seu cliente ou assistido, adequando o ato e o próprio procedimento investigatório à ordem constitucional e internacional.

O indiciamento deve ser comunicado pela autoridade policial ao órgão de identificação do Estado com o escopo de alimentar a base de dados e informações oficiais que sirvam ao aparato de persecução penal sobre o procedimento investigatório a ele vinculado. O indiciamento traz consequências sérias ao investigado, pois, para além de alterar seu perfil na investigação, possibilitando a decretação de medidas cautelares, acarreta desfavoráveis

¹⁵⁴ AVENA, Norberto. **Processo penal**. 13 ed. São Paulo: Método, 2021, p. 202.

¹⁵⁵ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 5º, LVIII – O civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

repercussões no meio social, com a inclusão de seus dados perante os registros criminais – mais uma razão para o ato ser amparado em elementos factíveis e cercado de controle.

O indiciamento é uma das etapas do inquérito policial que, por força das adequações legislativas ocorridas, se coaduna com os princípios constitucionais e convencionais norteadores do processo penal brasileiro, possibilitando ao investigado ciência plena dos fatos a ele imputados, sua autodefesa ou providências visando à sua defesa técnica.

Nunca é demais recordar que as leis devem ser interpretadas conforme a CF/1988, às normas internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico e os precedentes das cortes internacionais – sobretudo aos da Corte IDH.

Assim, considerando que o indiciamento é instrumentalizado tanto no inquérito policial iniciado por portaria do delegado de polícia quanto naquele decorrente de auto de prisão em flagrante, é essa uma das fases oportunas em que a autoridade pública aqui citada deve realizar o exame dos fatos à luz das normas internas e internacionais vigentes, de maneira a conciliar sua decisão com o ordenamento jurídico e contemplar os preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

É no momento da decisão sobre indiciar ou não o investigado que a autoridade policial exerce o grande controle de convencionalidade, pois, ao concluir, com base no conjunto de informação e de provas angariados no inquérito policial, define sobre a existência ou não da infração penal e de sua provável autoria.

Esse é justamente um dos cenários pelos quais a Polícia Judiciária, na condição de órgão estatal destinado à investigação criminal, demonstra o seu protagonismo na proteção dos direitos humanos, conectada à observância das normas internacionais ratificadas pelo Estado brasileiro.

3.5.2 A prisão em flagrante como mecanismo de proteção dos direitos humanos

Apresentando-se como um dos principais mecanismos legais a serviço da proteção dos direitos humanos pelos órgãos de Polícia Judiciária, a prisão em flagrante é uma espécie de prisão cautelar que se dá nas hipóteses fáticas descritas pelo CPP/1941¹⁵⁶ e se destina a reunir

¹⁵⁶ BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

o conjunto informativo e probatório da materialidade delitiva e sua respectiva autoria, possibilitando o início da ação penal com a finalidade de responsabilizar o infrator.

Salienta-se desde já que a proposta aqui não é aprofundar o estudo do instituto em tela, cuja importância necessitaria de uma abordagem específica para se chegar ao mais próximo possível da amplitude do assunto e da gama de desdobramentos, conceitos e classificações que ele comporta. Longe disso, a pretensão é demonstrar a relevância do mecanismo legal como meio de proteção dos direitos humanos na fase extrajudicial.

O flagrante capaz de ensejar a decretação da ordem de prisão pela autoridade policial é a segurança da ocorrência da infração penal, demonstrada por elementos de informação e de prova que lhe são apresentados, habilitando-a a determinar a constrição da liberdade do indivíduo apontado como autor do fato nas hipóteses cabíveis. Nesse contexto, Lima explica:

Em linguagem jurídica, flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime¹⁵⁷.

Para a decretação da ordem de prisão em flagrante, o delegado de polícia deve observar se estão presentes os requisitos temporais e circunstanciais descritos nos arts. 302 e 303 do CPP/1941, e a fundada suspeita reproduzida pela disciplina no art. 304, § 1º, do CPP/1941.

Em sede flagrancial, a fundada suspeita é consubstanciada nos indícios suficientes e razoáveis de autoria ou participação. Esses são os elementos de convicção que, aliados à certeza da materialidade do crime, viabilizam a avaliação do delegado de polícia para a decretação da ordem de prisão analisada.

A prisão em flagrante, cumpridas as formalidades e as exigências legais, consolida um meio de proteção para coibir a prática de condutas criminosas, além de corporificar a resposta imediata do Estado na proteção de bens jurídicos fundamentais da pessoa humana. Esse aspecto é percebido por Lopes Jr: “Essa certeza visual da prática do crime gera a obrigação para os órgãos públicos, e a faculdade para os particulares, de evitar a continuidade da ação delitiva, podendo, para tanto, deter o autor”¹⁵⁸.

Lima prossegue ao salientar a funcionalidade da prisão em flagrante:

¹⁵⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 883-884.

¹⁵⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 662.

Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da própria sociedade. Compreendido o conceito de flagrante delito, pode-se definir a prisão em flagrante como uma medida de autodefesa da sociedade, consubstanciada na privação da liberdade de locomoção daquele que é surpreendido em situação de flagrância, a ser executada independentemente de prévia autorização judicial (CF, art. 5º, LXI)¹⁵⁹.

Além disso, funciona como uma advertência, no sentido de transmitir ao indivíduo a mensagem de que, se violar as normas penais e atentar contra a vida, as liberdades, a propriedade, a honra, a imagem de uma pessoa, ou outros bens juridicamente tutelados, poderá ser preso em flagrante e submetido ao regular processo penal em juízo.

Ao discorrer sobre o tema, Lima arrola as funções da prisão em flagrante:

a) evitar a fuga do infrator; b) auxiliar na colheita de elementos informativos: perseguições penais deflagradas a partir de um auto de prisão em flagrante costumam ter mais êxito na colheita de elementos de informação, auxiliando o *dominus litis* na comprovação do fato delituoso em juízo; c) **impedir a consumação do delito, no caso em que a infração está sendo praticada** (CPP, art. 302, Inciso I), **ou de seu exaurimento, nas demais situações** (CPP, art. 302, Incisos II, III e IV); d) **preservar a integridade física do preso, diante da comoção que alguns crimes provocam na população, evitando-se assim, possível linchamento**¹⁶⁰ (grifos nossos).

A prisão em flagrante revela sua múltipla funcionalidade, pois opera em variadas vertentes quando se trata de matéria de proteção aos direitos humanos. Em um primeiro momento, produz efeito na proteção de bens jurídicos da vítima e, na sequência, protege o autor do fato típico contra eventual abuso durante a solução estatal ou até diante da comoção provocada em populares ávidos por “justiça”.

O autor cita a característica protetora dos direitos humanos na prisão em flagrante:

Na sistemática do CPP, o flagrante se divide em quatro momentos distintos: captura, condução coercitiva, lavratura do auto de prisão em flagrante e recolhimento à prisão. No primeiro momento, o agente encontrado em situação de flagrância (CPP, art. 302) é capturado, de forma a evitar que continue a praticar o ato delituoso. A captura tem por função precípua resguardar a ordem pública, fazendo cessar a lesão que estava sendo cometida ao bem jurídico pelo impedimento da conduta ilícita¹⁶¹.

¹⁵⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 884.

¹⁶⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 884.

¹⁶¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 5 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 884.

Nota-se que a prisão em flagrante possui um viés eficaz na proteção dos direitos humanos, o que pode ser constatado quando se imagina a ação policial impedindo o prosseguimento de crimes como homicídio, roubo, latrocínio, extorsão, extorsão mediante sequestro, estupro e demais crimes sexuais, cárcere privado, redução a condição análoga à de escravo, tráfico de pessoas, exploração sexual. Todas essas infrações agredem a dignidade humana.

A prisão em flagrante somente se torna possível quando a autoridade policial submete o fato que lhe é apresentado à norma penal e processual penal – sempre em cotejo à CF/1988 e aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos – e reputa estarem presentes todos os requisitos exigidos pela lei, emitindo sua ordem de prisão. Essa ordem, que não se confunde com a prisão decretada pelo juiz, se dá na fase preliminar, extrajudicial, administrativa da persecução penal, sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Essa ressalva é salutar para evidenciar que o delegado de polícia é o primeiro agente do Estado a ter contato com o fato, o que significa que compete a ele coibir a eventual ilegalidade ou abuso cometido durante a captura do suspeito mediante a análise técnico-jurídica, ou seja, é ele a pessoa designada a decidir a respeito.

O cenário jurídico, imposto pela CF/1988¹⁶², pelas normas internacionais de direitos humanos e pela legislação, não comporta mais a famigerada prisão para averiguação, na qual o indivíduo suspeito da prática de uma infração penal suportava a restrição de sua liberdade, sem que estivessem presentes quaisquer uma das hipóteses descritas pelos incisos do art. 302 ou o art. 303 do CPP/1941.

Assim, o indivíduo só será preso e autuado em flagrante se o delegado de polícia soberanamente naquela etapa assim decidir. É inadmissível qualquer pressão ou interferência sobre seus atos, pois sua convicção jurídica, fundada no ordenamento, sobre o caso, deve estar acima de quaisquer interesses pessoais, de terceiros ou institucionais.

A ordem exarada pelo delegado de polícia é formalizada através de um auto de prisão em flagrante, seguido das peças e documentos que o acompanham na formação do conjunto probatório e informativo angariado naquela etapa da persecução penal. Esse auto se consubstancia em ato administrativo, praticado essencialmente por uma autoridade da

¹⁶² BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 5º, LXI – 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.

Administração Pública do Poder Executivo¹⁶³ – ou seja, pelo delegado de polícia com a atribuição para conhecer o fato ocorrido em sua área de circunscrição territorial¹⁶⁴.

Nesse cenário, reconhece-se que o sistema jurídico brasileiro contemplou duas autoridades do Estado credenciadas a restringir a esfera de liberdades individuais: o juiz de direito e o delegado de polícia. Ambos são compelidos a pautarem suas decisões e atos conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos, incorporados ao ordenamento jurídico interno pelos tratados e convenções, sob pena de imposição de sanções ao Estado no caso de descumprimento. Mazzuoli explica esse dever em seu comentário:

Assim, a Administração Pública de um Estado de Direito (aquele submetido ao direito nacional e internacional) deve respeitar os comandos dos tratados de direitos humanos em vigor no Estado ao expedir quaisquer atos administrativos e celebrar contratos administrativos, submetendo suas decisões ao crivo de compatibilidade material desses tratados, bem assim (quando tal for possível) da jurisprudência da Corte Interamericana a respeito do tema¹⁶⁵.

É exatamente durante o exame da ocorrência, na análise da legalidade da captura do indivíduo surpreendido supostamente em flagrante, que o delegado de polícia emite o seu juízo sobre os fatos de que tem conhecimento. O norte para suas decisões é o ordenamento jurídico à luz do princípio da dignidade humana, oportunidade em que lhe cabe exercer o controle de convencionalidade das normas internas.

¹⁶³ A expressão “essencialmente” se deve pela possibilidade prevista no ordenamento, sobretudo pelas leis orgânicas da Magistratura, do Ministério Público e das disciplinas jurídicas que regem o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, no sentido de que, quando o fato apurado for praticado por um de seus membros, o auto de prisão em flagrante respectivo deve ser lavrado sob a responsabilidade e designação do chefe da instituição ou Poder ao qual pertence. Não é demais consignar que essas autoridades, quando assumem essa função, o fazem de forma atípica no exercício de administração pública do Poder ou instituição que integram.

¹⁶⁴ Em regra, a atribuição é determinada pelo critério territorial; todavia, há que se observar a existência de disciplina própria de cada unidade da federação, bem como as normativas institucionais que fixam, com base na natureza da infração penal, a atribuição às delegacias especializadas.

¹⁶⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 187-188.

4 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE ESTATAL COMO MECANISMO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Preliminarmente, oportuno considerar que, quando o Estado soberano se compromete internacionalmente, aderindo a um tratado internacional de direitos humanos e incorporando-o ao seu ordenamento jurídico, ele assume a responsabilidade em dar cumprimento aos seus dispositivos, sujeitando-se a sanções internacionais decorrentes de violações ou omissões.

Essa imposição deriva da redação do art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹⁶⁶, concluída em 23 de maio de 1969, e internalizada em 14 de dezembro de 2009 pelo Decreto n. 7.030, criando ao Estado-parte a obrigação pelo cumprimento do referido instrumento internacional e estabelecendo, ainda, a vedação ao descumprimento do tratado, sob a alegação de seu direito interno, conforme dispõe o art. 27 da citada Convenção¹⁶⁷. Depreende-se, assim, o compromisso interno e internacional pelos Estados de observar as normas internacionais às quais se obrigarem.

4.1 Conceito, origem, natureza e finalidade

Face à globalização, que expressa uma nova fase e momento da humanidade, nações e nacionalidades, regimes políticos, projetos, grupos e classes sociais, modelos econômicos, civilizações e culturas, com a preocupação essencialmente voltada para o capital e para a produção, o Estado deixou de atender ao bem-estar dos cidadãos, o que provocou o aumento das desigualdades pelo desemprego, o subemprego, a transgressão de direitos trabalhistas, a xenofobia, o racismo e, conseqüentemente, muitas violações dos direitos humanos¹⁶⁸.

Essa tendência impulsionou o cenário internacional na proteção dos direitos humanos, com a edição de normas internacionais direcionadas às questões da dignidade humana, e gerou, nos Estados, a necessidade de adequação de suas legislações internas às obrigações assumidas em suas relações internacionais.

Diante desse novo palco jurídico – no qual o Estado não pode mais ser visto como a fonte exclusiva de direitos humanos fundamentais –, estabeleceu-se um cenário caracterizado

¹⁶⁶ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Art. 26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.

¹⁶⁷ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o art. 46.

¹⁶⁸ GUERRA, Sidney. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 442-446.

pelo pluralismo normativo¹⁶⁹, ou de ordens jurídicas, cuja compreensão exige do intérprete o cuidado e a observância das normas internacionais pelas quais o Estado soberano se comprometeu, sobretudo em matéria de direitos humanos e da dignidade da pessoa humana como vetor central do plano jurídico contemporâneo.

Isso impõe a conformação do direito interno com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, essencialmente através da necessária convergência entre o direito constitucional e o internacional, representando um novo modelo de Estado constitucional de Direito, o transnacional, consubstanciado no reconhecimento da integração cada vez mais presente para a proteção do cidadão, pois o constitucionalismo, no século XXI, é global, aberto ao direito internacional e às suas inspirações¹⁷⁰.

Evidencia-se, a partir disso, que a cidadania possui um novo significado: além do direito ao exercício dos direitos políticos e da vinculação à nacionalidade do indivíduo, ela é também cosmopolita, universal, decorrente da condição humana, que alcança a pessoa em qualquer parte do globo terrestre em que se encontre, independentemente de sua posição ou *status* jurídico, conforme se depreende do preâmbulo da CADH¹⁷¹.

Esse quadro passa a exigir uma interpretação internacionalista dos direitos essenciais do indivíduo, ou seja, capaz de atender às novas demandas requeridas pela sua condição de ser humano permanentemente em mudanças na construção de direitos.

Essa expansão de normas do direito internacional dentro do direito interno estabelece uma inafastável obrigação de comunicação entre o plano local, regional e universal na busca pela consagração da primazia da pessoa humana, materializada na aplicação da norma mais favorável e na prevalência dos direitos humanos.

Nesse sentido, assevera Figueiredo:

Deveras, as relações jurídicas hoje também estão globalizadas e internacionalizadas. Vivemos em um mundo onde proliferam organizações internacionais, tribunais internacionais, nacionais, supranacionais, setores público e privado, empresarial, cada um deles emitindo um grande número de normas jurídicas que devem ser interpretadas e aplicadas para além da figura tradicional do Estado¹⁷².

¹⁶⁹ BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no sistema interamericano**: entre o conflito e o diálogo de jurisdições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 16-17.

¹⁷⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. **O Direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 32-35.

¹⁷¹ [...] Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;

¹⁷² FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 78.

Com o mesmo pensamento, Borges considera que a interconexão produzida pelo fenômeno da globalização, norteadas pelas comunicações e pelas novas tecnologias, ocasionou uma redução espacial do mundo, e, em relação ao aspecto jurídico, a busca pela proteção e garantia dos direitos humanos propiciou que os ordenamentos internos passassem a considerar o produto de tribunais supranacionais¹⁷³.

Em continuidade, o autor afirma:

Como assentado anteriormente, a presente ordem jurídica constitucional possui como elemento caracterizador a sua abertura à normação internacional. O direito se torna cada vez mais global. Apreende-se que a “globalização do direito é uma característica essencial do mundo moderno, que promove, no seu atual estágio, a confluência entre o Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos”¹⁷⁴.

Diante desse processo, é necessário reconhecer que as diversidades vinculadas à globalização se projetam nos ordenamentos jurídicos, revelando que o marco político estatal e suas fronteiras são insuficientes como fontes em face do sentido plural que se impõe¹⁷⁵ e da centralidade do ser humano perante o ordenamento jurídico.

No entanto, pode ocorrer, em determinado momento ou etapa do processo, enraizada por valores internos, alguma oposição estatal ou governamental ao novo modelo de constitucionalismo global ou de internacionalização dos direitos, o que daria surgimento a uma aparente incompatibilidade normativa – apenas aparente, pois mecanismos jurídicos para o devido monitoramento e controle subsistem visando a solução das questões surgidas.

Uma das formas pelas quais essa conformação do ordenamento jurídico interno com o internacional se dá é pelo controle de convencionalidade de normas, à medida que representa um mecanismo capacitado à adequação e o estabelecimento da compatibilidade entre o arcabouço jurídico doméstico e o internalizado.

O controle de convencionalidade consiste na verificação da compatibilidade de uma norma interna, doméstica, com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faz parte, o que acarreta o afastamento da norma interna contrária às disposições e princípios contidos nas normas internacionais sobre a matéria e confere primazia à norma

¹⁷³ BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no sistema interamericano**: entre o conflito e o diálogo de jurisdições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 14.

¹⁷⁴ BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no sistema interamericano**: entre o conflito e o diálogo de jurisdições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 16.

¹⁷⁵ BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no sistema interamericano**: entre o conflito e o diálogo de jurisdições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 22.

mais benéfica à proteção humana. Trata-se do exame a respeito da compatibilidade das leis e atos normativos internos com as normas (princípios e regras) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e dos demais tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro. Esses instrumentos normativos, somados às sentenças e opiniões consultivas emitidas pela Corte IDH e pela CIDH e aos costumes internacionais integram o bloco de convencionalidade¹⁷⁶, consistente em um *corpus juris* internacional, cuja observância é obrigatória pelos Estados Partes na interpretação e na aplicação das normas.

Esse controle deve ser realizado internamente pelo Estado através de seus órgãos e Poderes, sobretudo o Judiciário, a quem compete a tarefa de dizer o direito com o caráter de definitividade perante as demandas apresentadas sobre o assunto, e pelas cortes internacionais, em caráter subsidiário, quando a atuação interna do Estado se mostrar inexistente, insuficiente, incapaz ou ineficaz na investigação e responsabilização pelas violações de direitos humanos.

Mazzuoli¹⁷⁷ conceitua o controle de convencionalidade da seguinte forma:

Dessa inovação advinda da EC 45 veio à tona (e passou a ter visibilidade entre nós) um novo tipo de controle de normas de Direito interno: o controle de convencionalidade das leis, que nada mais é do que o processo de compatibilização vertical (sobretudo material) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Estado¹⁷⁸.

Para o autor, diante da natureza materialmente constitucional (art. 5º, § 2º, da CF/1988) ou material e formalmente constitucional (art. 5º, § 3º, da CF/1988), tal controle passa a dividir espaço no âmbito jurídico nacional com o controle de constitucionalidade, reservando-se a este apenas a incidência quando a afronta for direcionada ao texto constitucional¹⁷⁹.

Na percepção de Guerra¹⁸⁰, o controle de convencionalidade se consubstancia em um dispositivo jurídico destinado a fiscalizar as leis infraconstitucionais, o que permite um duplo controle da verticalidade, ou seja, a verificação da compatibilidade das normas internas com a Constituição e com os tratados internacionais ratificados pelo Estado no qual estas normas possuem vigência.

¹⁷⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 207.

¹⁷⁷ É o autor quem, através de suas publicações (O controle jurisdicional da convencionalidade das leis em 2009) introduz e sistematiza o estudo de forma pioneira no Brasil sobre a teoria do controle de convencionalidade.

¹⁷⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 203.

¹⁷⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 203-204.

¹⁸⁰ GUERRA, Sidney. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023, p. 218.

O controle de convencionalidade tem sua origem nos precedentes da Corte IDH. Fora estruturado essencialmente no caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003), logo na sequência no caso *Tibi vs. Equador* (2004) e no caso *Vargas Areco vs. Paraguai* (2006). Foi no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* (26 de julho de 2006), todavia, que a teoria do controle de convencionalidade foi formalmente reconhecida com a menção expressa ao termo, o que foi seguido de outras sentenças proferidas.

Mazzuoli afirma a existência do controle difuso de convencionalidade no Estado brasileiro desde a CF/1988:

Observe-se que o controle difuso de convencionalidade existe entre nós desde a promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, e da entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil após essa data, não obstante nenhuma doutrina pátria (até agora) ter feito referência a essa terminologia. Tanto é certo que o controle de convencionalidade difuso existe desde a promulgação da Constituição que o texto do art. 105, III, *a*, da Carta de 1988 – tomando-se como exemplo o controle no Superior Tribunal de Justiça – diz expressamente que a este tribunal compete “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida *contrariar tratado* ou lei federal, ou negar-lhes vigência”¹⁸¹.

Os fundamentos para o controle de convencionalidade são extraídos dos instrumentos internacionais, em especial a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹⁸², que, em seu art. 26, consagra o *pacta sunt servanda* e o princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações assumidas. Esse controle encontra razão também no princípio do efeito útil dos tratados, no sentido de que o Estado deve compatibilizar seu ordenamento jurídico interno, por meio da interpretação adequada, da supressão de normas contrárias ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, da aprovação de normas voltadas para efetivar garantias e adoção de medidas administrativas que visem evitar futuras violações.

A natureza e principal característica do controle de convencionalidade é o controle obrigatório de validade das normas, com caráter complementar ao controle de constitucionalidade, encerrando o duplo controle para assegurar um ordenamento jurídico coeso.

¹⁸¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 215.

¹⁸² Assinada em 23 de maio de 1969, com reserva aos arts. 25 e 66, foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio de Decreto Legislativo n. 496 de 17 de julho de 2009. Seu instrumento de ratificação foi depositado pelo governo brasileiro junto à Secretaria Geral da ONU em 25 de setembro de 2009 e internalizada através do Decreto n. 7.030/2009, que entrou em vigor perante ordenamento jurídico brasileiro na data de sua publicação.

A tríplice finalidade do controle de convencionalidade consiste em reforçar os mecanismos de supervisão para evitar que as normas internacionais que representam o projeto de internacionalização dos direitos humanos sejam sistematicamente violadas pelos Estados; serve também para, apesar de serem assumidos compromissos internacionais, eliminar o risco de que o Estado-parte, sob a alegação de observância dos tratados internacionais pelos quais se comprometeu, interprete as normas conforme sua própria visão, e como meio de reduzir as condenações dos Estados pelas violações ocorridas.

Dessa forma, é imprescindível que o futuro da proteção internacional dos direitos humanos esteja vinculado a mecanismos nacionais de implementação, e é necessário que os agentes e autoridades do Estado possuam a consciência de que seus atos e decisões envolvem responsabilidade internacional.

Nesse caminho, da mesma forma que a observância e o cumprimento de uma lei se consubstanciam em matéria de ordem pública, Mazzuoli¹⁸³ considera que, a partir dos precedentes da Corte IDH, o controle de convencionalidade das normas seja visto pelos tribunais e juízes internos como uma questão de ordem pública internacional.

Dados de uma pesquisa empírica realizada com o Poder Judiciário brasileiro revelam o baixo grau de aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), da jurisprudência da Corte IDH e da teoria do controle de convencionalidade pelos juízes e tribunais nacionais¹⁸⁴. Diante disso, constata-se a dificuldade de implementação dos direitos humanos.

¹⁸³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 205.

¹⁸⁴ Seminários de Pesquisas Empíricas Aplicadas a Políticas Judiciárias – Comportamento judicial em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro. 18 de maio de 2023. A pesquisa intitulada “Comportamento Judicial em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro”, executada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, teve como objetivo central identificar os motivos que levam à baixa aplicação da CADH pelo Poder Judiciário brasileiro e realizar diagnóstico da sua utilização nos últimos 13 anos, por meio de pesquisa empírica quantitativa e qualitativa que envolveu: (i) questionários *online* enviados a toda a magistratura nacional; (ii) entrevistas com magistrados(as) das cinco regiões do país, de primeira instância, segunda instância e tribunais superiores; (iii) coleta e análise de decisões judiciais dos tribunais de justiça estaduais, tribunais regionais federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. A pesquisa foi, desse modo, estruturada em três eixos: O Eixo 1 – Questionários *online*, de abordagem quantitativa, consistiu no envio de questionário *online* estruturado a todos os integrantes da magistratura nacional dos 91 tribunais que fazem parte do Poder Judiciário brasileiro, desde a primeira instância até os tribunais superiores, em todos os ramos da justiça comum e especializada, tendo obtido retorno de 15% dos(as) magistrados(as) do país. O Eixo 2 – Entrevistas com magistrados(as), de abordagem qualitativa, compreendeu a realização de entrevistas com 70 juízes(as), desembargadores(as) e ministros, de todas as cinco regiões do país, com participação de integrantes do Superior Tribunal de Justiça, dos cinco tribunais regionais federais e de 22 tribunais de justiça dos estados. O Eixo 3 – Análise de jurisprudência, de abordagem quantitativa e qualitativa, abrangeu o levantamento, a catalogação e a análise de todos os acórdãos, com inteiro teor disponível, dos cinco tribunais regionais federais, dos 26 tribunais de justiça dos estados, 27 do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, julgados entre 3/12/2008 e 31/12/2021, que citavam, em suas ementas, as expressões “Convenção Americana”, “Convenção Interamericana”, “Pacto de São José”, “Pacto de San José”, “convencionalidade” ou “Corte Interamericana”.

No campo jurídico brasileiro, com o intuito de fomentar o exercício do controle de convencionalidade, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou em 07 de janeiro de 2022 a Recomendação n. 123¹⁸⁵ aos órgãos do Poder Judiciário para que observem os tratados e as convenções de direitos humanos, além da jurisprudência da Corte IDH.

Foram analisados os 4.978 acórdãos que examinavam um desses elementos no conteúdo dos votos. Dentre as conclusões do estudo, a pesquisa aponta para o fato de que há significativo déficit na aplicação da CADH, da jurisprudência da Corte IDH e da técnica do controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário brasileiro. Em relação à utilização da CADH, a maioria dos(as) participantes declarou não conhecer, não ter estudado a fundo ou nunca ter aplicado o tratado em suas decisões. Foi inferior a 10% o percentual de participantes que afirmou aplicá-lo com regular frequência. Sobre as decisões da Corte IDH, a vasta maioria dos(as) participantes declarou não conhecer, não ter estudado a fundo ou nunca ter aplicado a jurisprudência internacional em suas decisões. A ampla maioria também afirmou considerar que a jurisprudência da Corte IDH não é vinculante ou obrigatória para os(as) magistrados(as) brasileiros(as). Quanto aos direitos invocados, foram identificados 76 formulados de forma específica, conforme apresentado no item relativo aos resultados da pesquisa jurisprudencial. Os mais recorrentes foram: (i) a liberdade de pensamento e de expressão (26,17%), sendo 25,64% em casos envolvendo crime de desacato; (ii) o direito da pessoa presa de ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz (20,42%), sendo todos eles casos que envolvem ausência de audiência de custódia; (iii) o direito de não sofrer prisão civil por dívida (12,39%) – 9,26% em casos envolvendo prisão civil do depositário infiel ou do devedor fiduciante.

¹⁸⁵ RECOMENDAÇÃO n. 123, de 7 de janeiro de 2022. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições legais e regimentais, CONSIDERANDO que o Brasil assinou a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948; CONSIDERANDO que a República Federativa do Brasil adota como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 1º, III, c/c. arts. 3º e 4º, inciso II, da CRFB); CONSIDERANDO que a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu § 2º do art. 5º, que os “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”; CONSIDERANDO que a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu § 3º do art. 5º, que os “tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”; CONSIDERANDO que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, promulgada por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, dispõe no art. 1º que os “Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”; CONSIDERANDO ainda que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe no art. 68 que os “Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”; CONSIDERANDO que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969, promulgada por meio do Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009, estabelece no art. 27 que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”; CONSIDERANDO que o Código de Processo Civil, em seu art. 8º, dispõe que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”; CONSIDERANDO a diretriz estratégica para orientar a atuação do Judiciário brasileiro de 2016, aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça, estabelece que “é diretriz estratégica do Poder Judiciário, e compromisso de todos os tribunais brasileiros, dar concretude aos direitos previstos em tratados, convenções e demais instrumentos internacionais sobre a proteção dos direitos humanos”; CONSIDERANDO que a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou em sua jurisprudência, inclusive nos casos em que o Estado Brasileiro foi condenado diretamente, o dever de controlar a convencionalidade pelo Poder Judiciário, no sentido de que cabe aos juízes e juízas aplicar a norma mais benéfica à promoção dos direitos humanos no equilíbrio normativo impactado pela internacionalização cada vez mais crescente e a necessidade de se estabelecer um diálogo entre os juízes; CONSIDERANDO que cabe aos juízes extrair o melhor dos ordenamentos buscando o caminho para o equilíbrio normativo impactado pela internacionalização cada vez mais crescente e a necessidade de se estabelecer um diálogo entre os juízes; CONSIDERANDO os termos das condenações, em especial as medidas de reparação integral ordenadas em face

No cenário externo, é possível encontrar alguns ordenamentos cujos dispositivos estimulam a aplicação dos direitos humanos previstos nos tratados e convenções internacionais, e pela redação de seus textos constitucionais, dão sustentação à aplicação do controle de convencionalidade.

A Constituição Espanhola de 1978, por exemplo, traz, em seu art. 10.2, a seguinte redação:

As regras relativas aos direitos fundamentais e às liberdades reconhecidas pela Constituição devem ser interpretadas de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha¹⁸⁶.

Ainda, em seu art. 96, estabelece a integração dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico espanhol:

Os tratados internacionais validamente celebrados, uma vez publicados oficialmente na Espanha, farão parte da ordem interna. As suas disposições só podem ser revogadas, alteradas ou suspensas nas condições previstas nos próprios tratados, de acordo com as regras gerais do Direito internacional¹⁸⁷.

A Constituição Portuguesa, por sua vez, dispõe em seu art. 8º:

1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.

do Estado Brasileiro em todas as 10 (dez) sentenças expedidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado; CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do CNJ no procedimento Ato Normativo no 0008759-45.2021.2.00.0000, na 61ª Sessão Extraordinária, realizada em 14 de dezembro de 2021; RESOLVE: Art. 1º Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário: I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas. II – a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral. Art. 2º. Esta Recomendação entra em vigor na data da sua publicação. Ministro LUIZ FUX. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/agendas/seminarios-de-pesquisas-empiricas-aplicadas-a-politicas-judiciarias-comportamento-judicial-em-relacao-a-convencao-americana-de-direitos-humanos-uma-analise-empirica-do-poder-judiciario-brasileiro/>. Acesso em 8 set. 2023.

¹⁸⁶ *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.* Disponível em: <https://web.archive.org/web/20091215043926/http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em: 8 set. 2023.

¹⁸⁷ *Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.* Disponível em: <https://web.archive.org/web/20091215043926/http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em: 8 set. 2023.

2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.
3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos¹⁸⁸.

A Constituição da Itália assegura em seu art. 10:

O ordenamento jurídico italiano adequa-se às normas do direito internacional geralmente reconhecidas.

A condição jurídica do estrangeiro é regulamentada pela lei, em conformidade com as normas e os tratados internacionais.

O estrangeiro, ao qual seja impedido no seu país o efetivo exercício das liberdades democráticas garantidas pela Constituição italiana, tem direito de asilo no território da República, segundo as condições estabelecidas pela lei. Não é admitida a extradição de estrangeiros por crimes políticos¹⁸⁹.

A Constituição ucraniana destaca, em seu preâmbulo, a preocupação com os direitos humanos:

Verkhovna Rada da Ucrânia em nome do povo ucraniano – cidadãos da Ucrânia de todas as nacionalidades, expressando a vontade soberana do povo, apoiando-se na história secular da formação do Estado ucraniano e com base no direito à autodeterminação exercido pela nação ucraniana, por todo o povo ucraniano, tendo o **cuidado de garantir os direitos humanos e as liberdades e condições de vida dignas**, zelando pelo fortalecimento da harmonia civil na terra da Ucrânia e confirmando a identidade europeia do povo ucraniano e a irreversibilidade do rumo europeu e euro-atlântico da Ucrânia, {Parágrafo quinto do preâmbulo com alterações introduzidas em conformidade com a Lei nº 2.680-VIII, de 07.02.2019} esforçando-se para desenvolver e fortalecer um estado democrático, social e legal, consciente da responsabilidade diante de Deus, da própria consciência, das gerações anteriores, presentes e futuras, guiado pelo Ato de Proclamação da Independência da Ucrânia de 24 de agosto de 1991, aprovado por votação nacional em 1º de dezembro de 1991, adota esta Constituição – a Lei Básica da Ucrânia¹⁹⁰ (grifo nosso).

¹⁸⁸ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. VII Revisão Constitucional 2005. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>. Acesso em: 8 set. 2023.

¹⁸⁹ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ITALIANA. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 8 set. 2023.

¹⁹⁰ *Верховна Рада України від імені Українського народу - громадян України всіх національностей, виражаючи суверенну волю народу, спираючись на багатовікову історію українського державотворення і на основі здійсненого українською нацією, усім Українським народом права на самовизначення, дбаючи про забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя, піклуючись про зміцнення громадянської злагоди на землі України та підтверджуючи європейську ідентичність Українського народу і незворотність європейського та євроатлантичного курсу України, {Абзац п'ятий преамбули із змінами, внесеними згідно із Законом № 2680-VIII від 07.02.2019} прагнуть розвивати і зміцнювати демократичну, соціальну, правову державу, усвідомлюючи відповідальність перед Богом, власною совістю, попередніми, нинішніми та майбутніми поколіннями, керуючись Актом проголошення незалежності України від 24 серпня 1991 року, схваленим 1 грудня 1991 року всенародним голосуванням,*

O texto ucraniano, em seu art. 9º, dispõe sobre a internalização dos tratados:

Os actuais tratados internacionais, cujo consentimento vinculativo foi dado pela Verkhovna Rada da Ucrânia, fazem parte da legislação nacional da Ucrânia.

A conclusão de acordos internacionais, que contradizem a Constituição da Ucrânia, só é possível após alterações adequadas à Constituição da Ucrânia¹⁹¹.

A Constituição russa, em seu texto (art.15.4), ressalta a prevalência hierárquica dos tratados internacionais perante seu ordenamento jurídico:

Os princípios reconhecidos publicamente e normas do direito internacional e os tratados internacionais da Federação da Rússia fazem parte do seu sistema jurídico. Se um tratado internacional da Federação da Rússia estipula regras diferentes das estipuladas por lei, são utilizadas as regras do tratado internacional¹⁹².

A Constituição mexicana, em seu art. 1º, dá ênfase aos direitos humanos e, em seu § 1º, fomenta a interpretação constitucional e internacionalista das normas envolvendo o tema:

Nos Estados Unidos Mexicanos, todas as pessoas gozarão de direitos humanos reconhecidos nesta Constituição e nos tratados internacionais de que o Estado mexicano é parte, bem como das garantias para sua proteção, cujo exercício não pode ser restringido ou suspenso, exceto nos casos e condições estabelecidos por esta Constituição.

As normas relativas aos direitos humanos serão interpretadas de acordo com esta Constituição e com os tratados internacionais sobre o tema favorecendo a todo momento a maior proteção das pessoas¹⁹³.

приймає цю Конституцію - Основний Закон України. Disponível em: <https://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96%2D%E2%F0#Text>. Acesso em: 9 set. 2023.

¹⁹¹ *Стаття 9. Чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України.* Disponível em: <https://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=254%EA%2F96%2D%E2%F0#Text>. Acesso em: 9 set. 2023.

¹⁹² *Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора.* CONSTITUIÇÃO DA FEDERAÇÃO DA RÚSSIA. Disponível em: http://nerus.unb.br/images/constituicao/Constituicao_da_Russia_em_Portugues.pdf. Acesso em: 9 set. 2023.

¹⁹³ *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.* Disponível em: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>. Acesso em: 9 set. 2023.

Percebe-se, assim, um panorama voltado ao reconhecimento hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos, com dispositivos que favorecem e propiciam o controle de convencionalidade de normas em caso de eventual conflito com a legislação interna, consagrando a ideia de que este mecanismo é uma ferramenta jurídica adequada à implementação das normas internacionais no plano interno.

Frisa-se que, o controle de convencionalidade surge dos precedentes da Corte IDH – portanto, é típico do sistema regional interamericano de direitos humanos –, no entanto, nada obsta que o mecanismo seja utilizado no cotejo das normas internas com todo o piso normativo internacional – ou seja, não só em análise à luz da CADH e de outros documentos regionais, mas dos Pactos de Nova Iorque, e dos demais instrumentos globais ou setoriais específicos ao tema envolvido.

4.2 Formas e espécies de controle

Quanto às formas pelas quais o controle de convencionalidade pode ser exercitado, são semelhantes às do controle de constitucionalidade, conforme a fase em que se der em relação à análise da norma interna.

O controle de convencionalidade será preventivo se ocorrer em momento anterior à conclusão do processo legislativo ou da vigência da norma, seja por meio das comissões de constituição e justiça perante o Poder Legislativo, ou através do veto pelo chefe do Poder Executivo ao detectarem a incompatibilidade normativa com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Estado brasileiro.

Esse controle será repressivo quando a verificação e a constatação da incompatibilidade normativa em face dos tratados internacionais de direitos humanos ocorrer após a conclusão do processo legislativo e sua vigência, provocando o afastamento da incidência e aplicabilidade, ou declarando a invalidade da norma interna, com a produção de efeitos conforme a espécie de controle praticado.

O controle de convencionalidade repressivo pode ser realizado tanto pelo Poder Judiciário, quanto pelo Poder Executivo, ou seja, subsiste o controle judicial e o controle administrativo de convencionalidade, cada qual com suas características e limites impostos pelo sistema jurídico brasileiro.

Quando realizado pelo Poder Judiciário, esse controle deve ser efetivado por qualquer juiz ou tribunal no exercício da sua competência e função constitucional jurisdicional ao ser instado a aplicar o direito com a aptidão do caráter de definitividade na solução do conflito.

O controle de convencionalidade repressivo deve também ser efetivado pela Administração Pública do Poder Executivo, na medida em que se vê compelida à observância da legalidade administrativa prevista no art. 37 da CF/1988. Além disso, seu exercício pelos órgãos públicos administrativos se consubstancia na implementação dos direitos humanos declarados nos tratados internacionais, pois seus agentes e autoridades, no âmbito de suas atribuições legais e constitucionais, acautelam, no caso concreto, esses direitos até provimento jurisdicional que os garanta plenamente.

Tanto na esfera judicial quanto na administrativa, o controle de convencionalidade pode ocorrer de forma espontânea, no exercício das funções pela autoridade ao detectar a incompatibilidade de uma norma interna em face de tratados internacionais de direitos humanos, como mediante provocação da parte interessada, por meio de petições e requerimentos judiciais ou administrativos.

O controle de convencionalidade adquire compulsoriedade, ainda, quando obriga o Estado a adotar as decisões proferidas nos processos nos quais foi condenado por órgãos jurisdicionais internacionais em decorrência de violações de direitos humanos. Portanto, o Estado está vinculado a cumprir a interpretação internacionalista dada pelo órgão internacional prolator da decisão¹⁹⁴.

No palco doméstico brasileiro, o controle de convencionalidade pode se dar pelo modo difuso, exercido por qualquer juiz ou tribunal nacional, cuja decisão produzirá efeitos para as partes envolvidas, no caso concreto, quando for verificada a falta de compatibilidade da norma interna diante dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Estado.

O controle difuso de convencionalidade é dirigido às normas conflitantes com os tratados internacionais de direitos humanos independentemente do quórum de aprovação pelo qual estes tenham sido internalizados no ordenamento brasileiro, pois possuem, no mínimo, natureza materialmente constitucional.

O controle concentrado de convencionalidade, cuja competência de exercício é reservada ao STF, é direcionado às normas internas conflitantes com os tratados internacionais de direitos humanos internalizados na forma do art. 5º, § 3º, da CF/1988 – ou seja, equivalentes às emendas constitucionais, possui natureza material e formalmente constitucional.

São legitimados à propositura de ações, visando o controle concentrado de convencionalidade, por analogia, os mesmos previstos pelo art. 103 da CF/1988 para o controle de constitucionalidade de espécie concentrada. Os efeitos desse controle são irradiantes, *erga*

¹⁹⁴ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, 26.09.2006, Série C, n. 154, § 124.

omnes e ex tunc, e a decisão possui força suficiente para declarar a invalidade da norma perante todos e com alcance anterior à data da sua prolação.

Assim, o exercício do controle de convencionalidade, em quaisquer de suas espécies e modalidades, significa seguir o percurso dos propósitos democráticos que devem permanentemente nortear o Estado de Direito.

O controle de convencionalidade pode se dar, ainda, em razão da omissão legislativa em produzir normas penais para atender aos mandados de criminalização previstos nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos aos quais o Brasil aderiu, pois a inércia do Poder competente em estabelecer a tutela normativa adequada ao bem jurídico universalmente protegido também pode servir de fundamento para que os órgãos do Estado realizem esse controle, de modo a evitar possíveis responsabilidades no plano internacional. A Corte¹⁹⁵ também ressaltou este aspecto em emblemático precedente envolvendo o Brasil no tocante à tipificação do delito de desaparecimento forçado na legislação interna.

Ramos¹⁹⁶ atribui duas características de acordo com os efeitos negativos ou positivos decorrentes do controle de convencionalidade. Para ele, será destrutivo ou saneador quando invalidar a norma interna em contraste com as normas internacionais, e construtivo ou positivo quando consistir em uma interpretação conforme as normas internacionais de direitos humanos.

Sem embargo, a incidência dessa modalidade de controle também pode recair sobre a ausência de normas processuais penais adequadas às garantias judiciais previstas pelos tratados e convenções internacionais de direitos humanos que visam assegurar o devido processo legal sob o enfoque penal.

4.2.1 Aferição e controle de convencionalidade

Cabe, inicialmente, em razão da importância do mecanismo jurídico do exame de convencionalidade, estabelecer uma distinção entre aferir e controlar a convencionalidade de normas internas em face de tratados e de convenções internacionais, com o escopo de sinalizar o alcance e os efeitos da atuação de cada órgão e autoridade responsável por este mister.

Aferir – no sentido de marcar, assinalar com um sinal, verificar, analisar – indica que o operador do direito se depara com um dispositivo legal ou normativo doméstico e o compara com uma norma internacional em vigor no Estado, constatando que aquela apresenta inconformidade com esta. Nessa tarefa, o órgão ou o operador traz ao conhecimento público –

¹⁹⁵ Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, sentença de 24 de novembro de 2010, série C, n. 219, § 285.

¹⁹⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 628.

ou daqueles que estão envolvidos na demanda, administrativa ou judicial – que determinada norma interna não demonstra compatibilidade material com os direitos assegurados na seara internacional, instando a autoridade competente a se pronunciar a respeito. Por guardar origem e intimidade com o sistema regional interamericano em relação à convencionalidade de normas, a aferição reproduz a competência consultiva da Corte IDH e nela se baseia, pois integra o bloco de convencionalidade.

Já o controle consiste em um mecanismo mais eficaz no sentido de declarar a inconvenção da norma ou afastar sua incidência, seja no caso concreto, com efeitos reduzidos às partes na demanda, ou, abstratamente, de forma concentrada pelo STF, com a produção de efeitos mais amplos e vinculantes.

O bloco de convencionalidade consiste em um *corpus juris internacional* de proteção que vincula os juízes e demais autoridades estatais na prevenção e repressão de atos atentatórios ao exercício dos direitos e liberdades declarados nos tratados internacionais. Esse bloco se consubstancia nos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, costumes internacionais, sentenças e opiniões consultivas.

As opiniões consultivas fornecem aos magistrados e demais operadores do direito farto material sobre a interpretação feita pela Corte IDH acerca dos dispositivos da CADH. Nesse diapasão, os Estados Membros podem fazer consultas à Corte Interamericana sobre a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou outro tratado internacional pertinente ao tema no continente americano, ensejando a manifestação do órgão internacional por meio de uma Opinião Consultiva, de modo a viabilizar um caráter preventivo de convencionalidade de uma norma ou ato interno.

Para Mazzuoli¹⁹⁷, nesse passo, há apenas uma sugestão para que determinada norma seja declarada inconvenção, papel este reservado, prioritariamente, ao Poder Judiciário interno de cada Estado. Em que pese não haja força vinculante nas opiniões consultivas emanadas pela corte no exercício de sua competência consultiva, não estão os Estados Partes desobrigados de adotarem os posicionamentos do citado órgão internacional, pois servirão como fundamento também para o exercício do controle de convencionalidade pelos órgãos e Poderes do Estado.

A partir dessa premissa, qualquer agente do Estado ou parte interessada habilitada pode demonstrar à autoridade competente a existência de um dispositivo normativo ou ato infralegal

¹⁹⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 53-54.

incompatível com tratados e convenções de direitos humanos, viabilizando o controle de convencionalidade e seus efeitos, consoante o órgão prolator da decisão.

Relevante lembrar que o CPP/1941, em seu art. 1º, faz menção às normas internacionais quando estabelece aplicação da lei processual no território brasileiro¹⁹⁸, de modo que o cumprimento aos tratados e as convenções internacionais, por parte de agentes e autoridades do Estado, decorre do direito internacional, da CF/1988, da norma processual penal pátria, da legislação interna (Lei n. 14.735/2023), e de normas infralegais (Portaria DGP n. 26/2023).

4.2.2 Controle internacional, interno e o duplo controle

O controle de convencionalidade deve ser realizado internamente pelos Estados por meio de seus órgãos e Poderes, essencialmente pelo Poder Judiciário, a quem compete dizer o direito com a característica de definitividade de suas decisões.

A atuação interna do Estado condiz com a premissa de que, inicialmente, deve-se buscar a solução interna dos conflitos, reservando aos órgãos internacionais, em caráter subsidiário, a resolução das questões envolvendo as violações dos direitos humanos.

O controle interno, provisório ou preliminar¹⁹⁹, doméstico de convencionalidade deve prevalecer, seguindo ao encontro da mínima intervenção externa nos assuntos do Estado; todavia, por envolver temas de *jus cogens*, diante de determinadas hipóteses, admite-se a atuação internacional para a proteção desses direitos.

Segundo Guerra, o controle de convencionalidade doméstico é uma sindicância de compatibilidade entre o direito interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos e se consubstancia em garantia e instrumento à proteção dos direitos humanos consagrados na seara internacional²⁰⁰.

Para o autor, o resultado desse controle não define a prevalência da norma internacional, haja vista que o controle de convencionalidade não depende do grau hierárquico atribuído às normas internacionais de direitos humanos pelo Estado, pois, havendo direitos fundamentais mais favoráveis à proteção humana previstos na ordem interna, estes devem ter a primazia. Ressalta, ainda, que o bloco de convencionalidade doméstico é maior do que o interamericano, por contemplar as normas oriundas do sistema global²⁰¹.

¹⁹⁸ BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Art. 1º. O processo penal reger-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados: I – os tratados, as convenções e regras de direito internacional;

¹⁹⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 628.

²⁰⁰ GUERRA, Sidney. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023, p. 222-223.

²⁰¹ GUERRA, Sidney. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023, p. 223.

Os efeitos do controle interno de convencionalidade irão depender do órgão e da autoridade prolatora da decisão. O controle internacional, autêntico ou definitivo²⁰², é o realizado pelas cortes internacionais, em especial pela Corte IDH perante o sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos, competindo-lhe dirimir as dúvidas sobre a Convenção Americana e a sua aplicação no caso concreto.

Piovesan e Cruz ressaltam:

Em caso de incerteza sobre o significado das disposições do tratado ou sobre a adequação de sua aplicação em um caso concreto, a Corte é a intérprete última. Por isso, o controle de convencionalidade exercido pela Corte é chamado próprio ou original. Devido à sua natureza internacional, pode ser chamado também de controle de convencionalidade externo²⁰³.

Assim, as interpretações feitas pela Corte IDH acerca da Convenção Americana devem ser seguidas pelos Estados como diretriz para a aplicação interna do referido instrumento internacional. A partir do momento em que o Estado reconhece a competência contenciosa da corte, está compelido às suas decisões, no sentido de contemplar uma interpretação internacionalista dos direitos humanos.

Oportuno realçar que a atuação dos órgãos jurisdicionais internacionais perante os sistemas de proteção dos direitos humanos, incluindo a Corte IDH, deve ocorrer de forma subsidiária, pois o ideal é que as questões relativas às violações sejam resolvidas pela jurisdição interna dos Estados Partes da Convenção.

Dessa forma, não havendo providências eficazes e eficientes por parte dos mecanismos internos do Estado acerca das investigações, responsabilização e reparações pelas violações de direitos humanos, entram em cena os órgãos internacionais competentes para buscar a solução mais adequada ao caso.

Salienta-se que a Corte IDH não irá invalidar concretamente uma norma interna em vigor no Estado, todavia, seu posicionamento indicará desconformidade com a CADH, impondo ao Estado a adoção do mesmo entendimento e o afastamento da incidência da norma inconvenção até adequar sua legislação ao entendimento firmado.

Outro ponto a ser observado em relação à Corte IDH é o de que, embora seja permitido à vítima acompanhar o procedimento, o acesso ao órgão jurisdicional ocorre por meio de encaminhamento pela CIDH após a análise dos casos que lhes são submetidos e que não tiveram

²⁰² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 628.

²⁰³ PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. **Curso de direitos humanos: sistema interamericano**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 158.

solução amistosa adequada junto ao Estado violador. Essa particularidade se consubstancia em um filtro para se chegar à corte, em descompasso com o objetivo de efetividade dos direitos humanos.

Trindade pondera a respeito:

Diante da Corte Interamericana os indivíduos desfrutam hoje de *locus standi in judicio* (que logramos conseguir-lhes com a evolução de seu Regulamento) em todas as etapas do procedimento, e nisto difere da Corte Europeia, que hoje lhes concede *jus standi* (cf. supra). Durante os anos em que servimos a Corte como seu Juiz titular (1995-2006) e como seu Presidente (1999-2004), defendemos o acesso direto dos indivíduos à Corte, e neste propósito redigimos e apresentamos em 2001 à OEA o Projeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, que permaneceu na agenda da Assembleia Geral da OEA até 2008²⁰⁴.

Ressalta-se, ainda, a distinção entre o controle internacional e o interno, pois o entendimento da compatibilidade da norma pode ser diferente, devendo, por esta razão, ocorrer uma interação entre ambos através do diálogo do direito interno com o internacional, sobretudo em relação às interpretações dos órgãos internacionais reconhecidos pelo Brasil²⁰⁵.

Segundo a teoria do duplo controle, por sua vez, as normas internas devem ser submetidas a um exame não só a respeito de sua constitucionalidade, mas também de sua convencionalidade, ou seja, necessitam guardar correspondência aos direitos fundamentais previstos na CF/1988 e aos direitos humanos previstos nos tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. É o que se vê no comentário de Del Preti e Lépre:

As leis e atos normativos do ordenamento jurídico brasileiro, para serem válidas e eficazes, devem, portanto, estar em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – o que se afere por meio do controle de convencionalidade. Não basta, contudo, essa compatibilização vertical com os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, pois também é necessário que as leis e atos domésticos guardem subserviência aos ditames da Constituição da República, sendo que tal análise é feita por meio do controle de constitucionalidade²⁰⁶.

Dentro dessa dinâmica, o duplo controle significa garantia em dobro no sistema brasileiro, cada qual com sua análise, a partir de parâmetros distintos: o controle de

²⁰⁴ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Princípios do direito internacional contemporâneo**. 2. ed. Brasília: Funag, 2017, p. 426.

²⁰⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 630-631.

²⁰⁶ DEL PRETI, Bruno; LÉPORE, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 18

constitucionalidade parte do confronto da norma face ao texto constitucional, ao passo que a convencionalidade normativa tem em vista o cotejo das normas internas com os tratados internacionais de direitos humanos²⁰⁷.

4.2.3 Controle de supralegalidade

Partindo do pressuposto de que as normas internacionais contidas nos tratados de direitos humanos internalizados e em vigor no Estado brasileiro possuem envergadura constitucional, em que pese o entendimento do STF seja outro – consoante discorrido a respeito de seu *status* no ordenamento jurídico brasileiro –, resta discutir um pouco sobre os demais tratados internacionais comuns, ou seja, aqueles cujo conteúdo aborda outros assuntos de interesse do Estado.

Como a redação do art. 5º, § 3º, da CF/1988 menciona apenas os tratados internacionais de direitos humanos, aos outros instrumentos internacionais, acerca de temas diversos, dos quais o Brasil venha a fazer parte e sejam internalizados no ordenamento jurídico, deve-se atribuir o caráter supralegal e situá-los acima da legislação infraconstitucional, mas abaixo da CF/1988.

Dito isso, a expressão “controle de convencionalidade” se destina ao exame de compatibilidade da norma interna em face de tratados internacionais de direitos humanos, ao passo que o termo “controle de supralegalidade” deve ser reservado ao exame de conformidade das normas internas com os tratados internacionais comuns. Embora não seja tecnicamente incorreto atribuir a nomenclatura “controle de convencionalidade” por paridade a “controle de constitucionalidade”, mais adequado e coerente é considerar o termo “controle de convencionalidade” como destinado apenas aos tratados internacionais de direitos humanos.

O fator determinante para estabelecer se um tratado internacional versa sobre direitos humanos, por sua vez, consiste em verificar a sua inserção na temática humanista e averiguar se ele pertence ao sistema global ou regional de proteção dos direitos humanos²⁰⁸.

É importante a dimensão acerca do assunto, pois os tratados comuns ratificados pelo Estado brasileiro também devem ser alvo de controle de compatibilidade com a produção

²⁰⁷ DEL PRETI, Bruno; LÉPORE, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 183.

²⁰⁸ MARIANO, Enio da Silva. **Controle de (in)convencionalidade das leis penais e processuais penais brasileiras**. Florianópolis: Habitus, 2020, p. 39.

legislativa interna. A omissão legislativa, inclusive, pode ensejar a incidência do mecanismo em estudo sob o viés da suprallegalidade²⁰⁹.

4.2.4 Devido processo convencional

Em matéria de controle de convencionalidade, deve-se compreender também a existência de um devido processo convencional, consistente no respeito que os organismos internacionais de proteção devem ter em relação aos instrumentos para a salvaguarda de direitos violados, e na vinculação dos órgãos estatais sobre os preceitos normativos internacionais de cunho garantista. Trata-se da convencionalização do processo interno (judicial ou administrativo) e da própria investigação criminal. Significa a derivação do devido processo legal e constitucional, sobretudo no campo processual penal no qual a atuação estatal está mais próxima de direitos e garantias fundamentais e convencionais do ser humano.

No plano externo, vislumbra-se um devido processo convencional internacional, com a observância pela CIDH e pela Corte IDH a respeito das normas de procedimento previstas na CADH e em outros instrumentos normativos, sob pena de inconvenção formal do processo.

No contexto interno do Estado, há o dever de observância pelos órgãos do Estado às normas procedimentais previstas nos tratados internacionais de direitos humanos, sobretudo na CADH (garantias judiciais). Cuida-se de complementação indispensável ao devido processo legal previsto no art. 5º, LIV, da CF/1988.

Como desdobramento do devido processo convencional, é necessário compreender uma nova dimensão: a devida investigação criminal convencional. Isso porque, se o processo judicial propriamente dito hoje é garantia à pessoa e não pode ser rotulado somente como subserviente do direito penal, a fase que, na maioria esmagadora dos casos de ações penais, o antecede, deve ostentar a mesma roupagem, inspirada por normas garantistas incorporadas ao procedimento através de tratados internacionais de direitos humanos.

Piovesan e Fachin reforçam o entendimento de que, embora a CADH empregue a expressão “garantias judiciais” por imposição do devido processo legal, essas garantias se

²⁰⁹ MARIANO, Enio da Silva. **Controle de (in)convencionalidade das leis penais e processuais penais brasileiras**. Florianópolis: Habitus, 2020, p. 40.

aplicam a qualquer procedimento estatal envolvendo direitos, independentemente do órgão responsável por sua adoção²¹⁰.

Importante precedente da Corte IDH confere alicerce a este posicionamento:

De acordo com a separação de poderes públicos que existe no Estado de Direito, embora a função jurisdicional seja eminentemente investida no Poder Judiciário, outros órgãos ou autoridades públicas podem exercer funções do mesmo tipo. Ou seja, quando a Convenção se refere ao direito de todos serem ouvidos por um “juiz ou tribunal competente” para a “determinação de seus direitos”, essa expressão refere-se a qualquer autoridade pública, seja administrativa, legislativa ou judicial, que por meio de suas resoluções determina os direitos e obrigações dos indivíduos. Pelo exposto, esta Corte entende que qualquer órgão do Estado que exerça funções de natureza materialmente judicial tem a obrigação de adotar resoluções de acordo com as garantias do devido processo legal, nos termos do artigo 8º da Convenção Americana²¹¹.

Nesse palco normativo complexo, por imposição do necessário diálogo construtivo, o sentido de maior proteção é o de que a garantia do devido processo convencional abarca a fase procedimental inerente à investigação criminal, formalizada essencialmente pelo inquérito policial.

4.3 Parâmetros referenciais: A Corte Interamericana de Direitos Humanos

O controle de convencionalidade nasce de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) ao interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos na apreciação de casos de alegações de violações de direitos humanos pelos Estados Partes.

A Corte IDH, ao lado da CIDH, simboliza um importante mecanismo de controle e monitoramento do sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos e, em razão da força vinculante de seus precedentes perante os Estados, e das opiniões consultivas do

²¹⁰ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 234.

²¹¹ *De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana*. Corte IDH. Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru. Sentença de 31.01.2001, série C, n. 71, §71. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf. Acesso em: 3 out. 2023.

referido órgão, robustece o arcabouço jurídico que compõe o bloco de convencionalidade disponível aos operadores do direito.

Nada obstante o controle de convencionalidade ter sido utilizado pela Corte IDH nos casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003), *Tibi vs. Equador* (2004) e *Vargas Areco vs. Paraguai* (2006), foi no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, de 26 de setembro de 2006, que o termo aparece expresso na sentença, inaugurando formalmente perante o sistema interamericano este importante mecanismo de proteção e ferramenta para a efetividade dos direitos humanos:

A Corte tem consciência de 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. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana²¹².

No caso dos trabalhadores demitidos do Congresso vs. Peru, a Corte IDH reafirmou a importância do controle de convencionalidade:

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

²¹² *La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe 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.* O caso retrata a investigação e repressão de atos atentatórios aos direitos humanos praticados durante o período de 1973 a 1990 no regime autoritário chefiado pelo governo do General Augusto Pinochet no Chile. Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, sentença de 26 de setembro de 2006, Série C, n. 154, §124. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em 14 set. 2023.

âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. Essa função não deve ser limitada exclusivamente pelas declarações ou atos dos demandantes em cada caso concreto, embora não implique que esse controle deva ser sempre exercido, sem considerar outros pressupostos formais e materiais de admissibilidade e origem desse tipo de ação²¹³.

Avançando nesse entendimento, a Corte IDH, no caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, começa a destacar que não apenas os tratados devem servir como paradigma para o controle de convencionalidade, mas também a interpretação do citado órgão jurisdicional internacional a respeito da norma:

O Tribunal tem demonstrado na sua jurisprudência que tem conhecimento de que as autoridades nacionais estão sujeitas ao Estado de Direito e, por conseguinte, são obrigadas a aplicar as disposições em vigor no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado é Parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluindo seus juízes também estão sujeitos a ela, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam prejudicados pela aplicação de regras contraditórias ao seu objeto e finalidade. Os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis são obrigados a exercer *ex officio* um “controle de convencionalidade” entre as normas domésticas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e correspondentes normas processuais. Nesta tarefa, os juízes e órgãos ligados à administração da justiça devem ter em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, última intérprete da Convenção Americana, faz dele²¹⁴.

²¹³ Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. O caso retrata a violação a direitos de funcionários do congresso peruano demitidos arbitrariamente durante o governo do ditador Alberto Fujimori. Corte IDH. Caso *trabajadores demitidos del congreso vs. Peru*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, n. 158, §128. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 15 set. 2023.

²¹⁴ 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. O caso demonstra a ampliação do controle de convencionalidade aos juízes e órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis. Corte IDH. Caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, sentencia de 26 de noviembre de 2010,

Ao estabelecer que o controle de convencionalidade deve pautar-se não apenas no tratado internacional, mas também no entendimento da Corte IDH sobre a norma, produz-se um importante reflexo para o controle difuso de convencionalidade, à medida que a autoridade interna não fica somente vinculada ao pedido expresso formulado pelas partes, mas a exercer o controle de ofício sempre que verificar que a solução daquele caso concreto possa ser encontrada nas normas internacionais de direitos humanos²¹⁵.

A jurisprudência da Corte foi avançando o seu posicionamento sobre a ampliação do controle de convencionalidade a outros órgãos estatais além do Poder Judiciário. No caso *Gomes Lund vs. Brasil*, além de declarar inconvencional a Lei n. 6.683/1979²¹⁶, que concedia anistia aos autores de infrações penais cometidas entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 – durante a ditadura –, também se pronunciou considerando os demais órgãos do Estado aptos ao controle:

Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por ela, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos seus órgãos, incluídos seus juízes, também estão submetidos a aquele, o qual lhes obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam esgotados pela aplicação de normas contrárias ao seu objeto e fim e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, em tal sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e disciplinas processuais correspondentes. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana²¹⁷.

Série C, n. 220, § 225. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. Acesso em: 15 set. 2023.

²¹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 206-207.

²¹⁶ A citada lei perdoou os crimes políticos e os conexos perpetrados durante o regime militar, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. A sua constitucionalidade foi questionada pela ADPF n. 153, proposta pelo Conselho Federal da OAB, a qual objetivava a interpretação conforme a Constituição, afastando os efeitos do perdão concedido. O STF julgou a lei constitucional. No entanto, a Corte IDH, na sentença do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* (Guerrilha do Araguaia), considerou a lei inconvencional diante da CADH e condenou o Brasil a investigar e punir os agentes da ditadura militar pelas violações de direitos humanos naquele período.

²¹⁷ *Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente 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 aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un “control de convencionalidad” ex officio 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, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la*

Com o caso *Gelman vs. Uruguai*, a Corte IDH consolida o entendimento de que o controle de convencionalidade deve ser exercido por todos os órgãos do Estado:

Quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, **todos os seus órgãos**, inclusive seus juízes, estão sujeitos a ele, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam diminuídos pela aplicação de normas contrárias ao seu objeto e finalidade, portanto, juízes e órgãos ligados à administração da justiça em todos os níveis são obrigados a exercer *ex officio* um “controle de convencionalidade” entre as normas domésticas e a Convenção Americana, obviamente, no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes e, nessa tarefa, devem levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação dele feita pela Corte Interamericana, intérprete final da Convenção Americana²¹⁸ (grifo nosso).

Interessante pontuar que, na mesma sentença, a Corte IDH ressalta a amplitude conferida para o exercício do controle de convencionalidade a todas as autoridades públicas estatais:

A legitimação democrática de certos fatos ou atos em uma sociedade é limitada por normas e obrigações internacionais para a proteção de direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana, de modo que a existência de um verdadeiro regime democrático é determinada pelas suas características formais e substanciais, portanto, particularmente nos casos de graves violações das normas do Direito Internacional dos Direitos, a proteção dos direitos humanos constitui um limite intransponível ao domínio das maiorias, ou seja, para a esfera do que é “capaz de ser decidido” pelas maiorias em órgãos democráticos, nos quais um “controle de convencionalidade” (supra para. 193), **que é a função e tarefa de qualquer autoridade pública** e não só do Judiciário²¹⁹ (grifo nosso).

interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. CORTE IDH. Caso *Gomes Lund vs. Brasil*, sentença de 24.11.2010, série C, n. 219, §176. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf. Acesso em: 16 set. 2023.

²¹⁸ *Quando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, 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, por lo que 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 y en esta tarea, 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.* CORTE IDH. Caso *Gelman vs. Uruguai*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C, n.222, § 193. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em: 15 set. 2023.

²¹⁹ *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*

Na supervisão do cumprimento de sentença do presente caso, a Corte se pronunciou com veemência:

No que diz respeito à segunda manifestação do controle da convencionalidade, em situações e casos em que o Estado em causa não tenha sido parte no processo internacional em que foi estabelecida certa jurisprudência, pelo simples fato de ser parte da Convenção Americana, todas as suas autoridades públicas e todos os seus órgãos, incluindo as instâncias democráticas, juízes e demais órgãos ligados à administração da justiça em todos os níveis, estão vinculados pelo tratado, pelo que devem exercer, no âmbito das respectivos competências e as correspondentes normas processuais, um controle de convencionalidade quer na emissão quer na aplicação das normas, em termos da sua validade e compatibilidade com a Convenção, como na determinação, julgamento e resolução de situações particulares e casos específicos, tendo em conta o próprio tratado e, segundo corresponda, os precedentes, ou diretrizes jurisprudenciais da Corte Interamericana²²⁰.

O posicionamento é reiterado pela Corte IDH²²¹, o que reafirma o dever do Estado de exercer *ex officio* o controle de convencionalidade por todos os seus órgãos, inclusive por seus juízes e demais vinculados à administração da justiça.

No caso *Andrade Salmón vs. Bolívia*, a Corte IDH, além de afirmar que o Estado deve primeiramente buscar solucionar os casos de violação de direitos humanos no seu âmbito interno, confirmou que o controle de convencionalidade deve ser atribuído a qualquer autoridade pública, ou seja, a aplicação do direito nacional é condizente com as obrigações assumidas internacionalmente:

Dessa forma, o Estado é o principal garantidor dos direitos humanos das pessoas, portanto, se praticar um ato violador desses direitos, é ele quem deve resolver a questão em nível interno e, se for o caso, a reparação, antes de ter que responder às instâncias internacionais. Nesse sentido, a jurisprudência recente tem reconhecido que as autoridades de um Estado-parte na Convenção têm a obrigação de exercer um “controle de convencionalidade”, de modo que

Judicial. CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguai, Sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C, n.222, § 239. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em: 15 set. 2023.

²²⁰ *Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana*. Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguai, supervisão de cumprimento de sentença 20 de março de 2013, § 69. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf. Acesso em: 25 set. 2023.

²²¹ CORTE IDH. Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina, sentença de 29.11.2011, série C, n. 238, § 93.

a interpretação e aplicação do direito nacional seja correspondente com as obrigações internacionais do Estado em matéria de direitos humanos²²².

Envolvendo o Estado brasileiro, menciona-se a sentença da Corte IDH sobre o caso Fazenda Brasil Verde, na qual os trabalhadores eram mantidos em condições de trabalho análogas às de escravo. Nele, fora reconhecido o dever de controle de convencionalidade por todos os órgãos do Estado para a proteção dos direitos humanos:

Em primeiro lugar, o Tribunal recorda que determinou que os Estados têm uma obrigação que vincula todos os seus poderes e órgãos do Estado como um todo, que são obrigados a exercer um controle *ex officio* da convencionalidade entre as suas normas internas e a Convenção Americana, no âmbito de suas respectivas competências e da regulamentação processual pertinente²²³.

Diante dos casos mais emblemáticos da Corte IDH envolvendo a teoria do controle de convencionalidade, depreende-se que suas sentenças integram o bloco de convencionalidade do qual o Estado não pode se furtar a observar, como decorrência dos compromissos internacionais assumidos.

Em especial, o Brasil, por meio do Decreto n. 4.463/2002²²⁴, reconhece formalmente como obrigatória a competência da Corte IDH em todos os casos relativos à interpretação e

²²² *De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él quien debe de resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales. En este sentido, la jurisprudencia reciente ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.* CORTE IDH. Caso Andrade Salmón vs. Bolívia, sentença de 01 de dezembro de 2016, Série C, n. 330, § 93. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf. Acesso em: 15 set. 2023.

²²³ *En primer lugar, la Corte recuerda que ha determinado que los Estados tienen una obligación que vincula a todos sus poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control de convencionalidad ex officio entre sus normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.* CORTE IDH. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, sentença de 20 de outubro de 2016, Série C, n. 318, § 408. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf. Acesso em: 16 set. 2023.

²²⁴ Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e Considerando que pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, foi promulgada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969; Considerando que o Congresso Nacional aprovou, pelo Decreto Legislativo n. 89, de 3 de dezembro de 1998, solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção, de acordo com o previsto no art. 62 daquele instrumento; Considerando que a Declaração de aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi depositada junto à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos em 10 de dezembro de 1998, DECRETA: Art. 1º. **É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em**

aplicação da CADH de 22 de novembro de 1969. Há, inclusive, sentenças proferidas pelo citado órgão jurisdicional interamericano sobre sua obrigatoriedade em realizar o controle de convencionalidade de suas normas em face dos tratados internacionais de direitos humanos.

Mazzuoli salienta que a Corte Interamericana tem se posicionado²²⁵ na medida em que suas sentenças vinculam todos os Estados Partes da CADH, compelindo-os a aplicar a Convenção e a interpretação dada a ela pelo órgão, funcionando como *res judicata* aos envolvidos na demanda e, indiretamente, como *res interpretata*²²⁶ aos demais integrantes do Pacto de San Jose da Costa Rica.

Trata-se de um dever que impõe aos Estados a obrigação de cumprir o disposto nas decisões do tribunal e que corresponde a um princípio básico do direito internacional²²⁷. Não é demais salientar: tal obrigação, se não observada, implica nova violação aos direitos humanos, suscetível a acarretar a imposição de sanções no plano internacional²²⁸.

Depreende-se, assim, não haver, em solo pátrio, óbice ao exercício do controle de convencionalidade por órgãos estatais sem jurisdição. Subsiste, ainda, o dever deles em realizar tal tarefa na implementação da proteção dos direitos humanos.

4.4 Órgãos responsáveis e efeitos

O panorama do controle de convencionalidade representa um relevante mecanismo para a proteção efetiva dos direitos humanos, sobretudo quanto à implementação no plano interno dos Estados, seja por decisões judiciais pautadas pelos precedentes da Corte IDH, pelos demais órgãos dos Poderes constituídos na forma compatível com a missão constitucional de cada um ou, ainda, através das políticas públicas voltadas para o tema.

O principal órgão do Estado a desempenhar o controle de convencionalidade é o Poder Judiciário, cujas decisões possuem caráter de definitividade no exercício de sua função típica que lhe foi outorgado pelo regime constitucional. Esse mister pode ser realizado pelos juízes e tribunais que integram a estrutura do referido Poder, inclusive pelos tribunais superiores, e seus

todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. Art. 2º. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 8 de novembro de 2002; 181º da Independência e 114º da República. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. *Celso Lafer*. Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 11 de novembro de 2002. (grifo nosso).

²²⁵ CORTE IDH. Caso Gomes Lund vs. Brasil, sentença de 24 de novembro de 2010, série C, n. 219, §176; Caso Gelman vs Uruguai, Sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C, n.222, §193.

²²⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 127.

²²⁷ CORTE IDH. Caso Chacón Chacón vs. Venezuela, sentença de 01 de julho de 2011, série C, n. 227, §175.

²²⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 129.

pronunciamentos produzirão efeitos nos casos concretos, de forma pulverizada, entre as partes litigantes.

Em síntese, quando o próprio STF, por meio de ações diretas e seguindo os mesmos moldes da ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, realiza o controle de convencionalidade, sua decisão possui eficácia para todos, com a capacidade de invalidação da norma e sua retirada do ordenamento jurídico, conforme a previsão constitucional para os instrumentos de constitucionalidade.

Quanto ao realce crescente que circunda o controle de convencionalidade e o predomínio de seu exercício pelo Poder Judiciário, discorre Mazzuoli:

O controle de convencionalidade das leis é instituto cada vez mais em voga no Brasil e tem sido prioritariamente exercido pelo Poder Judiciário. O seu exercício decorre do exame de compatibilidade vertical material das normas do direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil. Tais tratados, portanto, são paradigma de controle tanto da produção normativa doméstica (elaboração das leis) quanto da aplicação das normas vigentes no Estado, razão pela qual guardam nível hierárquico superior aos das leis no direito brasileiro²²⁹.

Ao referir-se que o citado controle é feito prioritariamente pelo Poder Judiciário, depreende-se sua admissibilidade por outros órgãos, legislativos e administrativos, essencialmente quando no desempenho de funções atípicas de decidir – por evidente, sem a proteção pelo manto da coisa julgada e seu caráter definitivo.

Neste caminho, na realidade brasileira, o controle de convencionalidade pode ser realizado por tribunais de contas, dos Estados federados e da União, ou mesmo dos municípios onde já existiam antes da CF/1988, os quais, em que pese não integrarem a estrutura do Poder Judiciário, emitem decisões com reflexos importantes para o Estado Democrático de Direito.

O Ministério Público pode realizar o controle de convencionalidade, seja como titular da ação penal pública, na ação civil pública, como *custos juris* ou em outras hipóteses de seu campo de atuação constitucional, como órgão acusador estatal ou na defesa de interesses metaindividuais.

Esse órgão pode, ainda: utilizar o controle para deixar de oferecer denúncia por entender que determinado fato, embora típico, não resista a um confronto com as normas internacionais

²²⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 5.

em vigor; se abster de requisitar instauração de inquérito policial sobre um fato que, à luz dos princípios e normas de direitos humanos, seria insubsistente; deixar de requisitar determinada providência quando verificar que a norma incidente é contrária às disposições de tratados de direitos humanos; manifestar-se contrariamente ao regime disciplinar diferenciado por concebê-lo como incompatível às Regras de Mandela; celebrar compromissos de ajustamento de conduta; deixar de propor acordo de não persecução penal quando, em tese cabível, tal benesse for contrária aos mandados de criminalização previstos internacionalmente.

Outro ponto marcante da atuação ministerial no controle de convencionalidade para a proteção dos direitos humanos consiste no reconhecimento de alguns crimes como delitos de lesa humanidade ou de *jus cogens*, previstos no estatuto de Roma – portanto, imprescritíveis, suscetíveis à denúncia a qualquer tempo na busca pela responsabilidade penal de seus autores.

As defensorias públicas, na defesa dos interesses dos menos favorecidos e incapacitados economicamente de pleitearem seus direitos, também podem requerer que determinada norma tenha seu âmbito de incidência afastado ou seja declarada inconvencional.

Com a mesma convicção é o magistério de Fachin, Cambi e Porto:

O controle de convencionalidade, como já asseverado, é ampliado no Brasil pela cláusula de abertura contida no art. 5º, § 2º, da Constituição da República, a qual incorpora os tratados de direitos humanos em um mesmo bloco de constitucionalidade. Trata-se, pois, de uma importante técnica para a promoção dos direitos humanos, que deve ser exercida tanto pelos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) quanto pela Defensoria Pública, pelo Ministério Público e pelas Polícias, em face da incumbência de promoção dos direitos humanos, tutela do regime democrático, defesa de minorias, grupos vulneráveis e necessitados²³⁰.

A tendência de se ampliar a atuação de órgãos e autoridades administrativas com poder de decisão sobre questões de direitos fundamentais e humanos foi objeto de pronunciamento da Corte IDH, o qual se posicionou pela observância de garantias judiciais nesta seara:

Este Tribunal considera que, para satisfazer a garantia estabelecida pelo art. 7.5 da Convenção em matéria migratória, a legislação interna deve assegurar que o funcionário autorizado pela lei a exercer funções judiciais cumpra com as características de imparcialidade e independência que deve reger a todo órgão encarregado de decidir direitos e obrigações das pessoas. Neste sentido, o Tribunal estabeleceu que ditas características não só devem corresponder aos órgãos estritamente jurisdicionais, mas que as disposições do artigo 8.1 da Convenção se aplicam também às decisões de órgãos administrativos. Toda

²³⁰ FACHIN, Melina Girardi; CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. **Constituição e direitos humanos**. São Paulo: Almedina, 2002, p. 127.

vez que em relação a esta garantia corresponde ao funcionário a tarefa de prevenir ou fazer cessar as detenções ilegais ou arbitrárias, é imprescindível que dito funcionário esteja facultado a colocar em liberdade a pessoa se sua detenção é ilegal ou arbitrária²³¹.

Outrossim, em outro precedente²³², a Corte reiterou a força atribuída à fase administrativa com a necessidade de obediência a estes preceitos como expressão do devido processo legal, essencialmente no campo processual penal.

As decisões de autoridades públicas administrativas não possuem, por evidente, as mesmas características das decisões judiciais – apresentam limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema de controle que um Estado que se pretenda democrático e de Direito requer. São decisões proferidas em caráter preliminar, autoexecutório, durante fase não exauriente de cognição, cuja finalidade é preservar direitos da pessoa humana quando a lesão pode ser irreparável diante do lapso temporal até a apreciação judicial.

Perante o exposto, reconhecer que o controle difuso de convencionalidade por autoridades administrativas do Estado consagra a proteção efetiva dos direitos humanos permite implementar o Direito Internacional dos Direitos Humanos internamente, viabiliza o diálogo no âmbito regional, complementa o sentido e o alcance das disposições internacionais a respeito do tema e reforça as decisões oriundas da Corte IDH.

Desse modo, negar a existência desse controle representa comprometer a busca pela efetividade de direitos consagrados em documentos construídos internacionalmente para a preservação da dignidade humana.

Assim, tendo por base a jurisprudência da Corte IDH, no âmbito interno, essencialmente o controle difuso de convencionalidade pode ser realizado por autoridades administrativas como o delegado de polícia e o órgão do Ministério Público, e pelos juízes e tribunais. Exemplo disso são os crimes de *jus cogens*, os quais a Corte reconhece como imprescritíveis por atentarem aos direitos humanos. Diante deles, o delegado deve adotar providências de polícia

²³¹ *Este Tribunal considera que, para satisfacer la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. En este sentido, el Tribunal ya ha establecido que dichas características no solo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención se aplican también a las decisiones de órganos administrativos. Toda vez que en relación con esta garantía corresponde al funcionario la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias, es imprescindible que dicho funcionario esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria.* CORTE IDH. Caso Jesus Velez Llor vs. Panamá, sentença de 23 de novembro de 2010, Série C, n. 218, §108. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf. Acesso em: 16 set. 2023.

²³² CORTE IDH. Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil, sentença de 07 de setembro de 2021, série C, n. 435, §109.

judiciária para a devida apuração, o promotor de Justiça pode, consoante sua *opinio delicti*, oferecer denúncia, e o juiz recebê-la, dando início à ação penal de acordo com devido processo legal. Eis uma hipótese em que o controle pode ser exercido simultaneamente pelos três órgãos atuantes na persecução penal.

5 O DELEGADO DE POLÍCIA COMO EFETIVADOR DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A incansável busca pela efetivação dos direitos humanos exige do Estado, por meio de seus órgãos, a observância das normas internacionais de direitos humanos das quais é parte e essencialmente dos precedentes e opiniões consultivas da Corte IDH no âmbito desse sistema regional, como referência à melhor compreensão, aplicação e interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos no ambiente doméstico.

Faz-se necessária a submissão do Estado à competência contenciosa da Corte IDH em casos de violação dos dispositivos da Convenção, caso ele expressamente reconheça essa prerrogativa do órgão jurisdicional internacional no ato de depósito do instrumento de ratificação da CADH ou no ato de adesão a ela.

5.1 Controle administrativo de convencionalidade

Para o controle de convencionalidade, o Estado dispõe de seus órgãos jurisdicionais independentes – cujo núcleo fundamental é caracterizado pela imutabilidade da coisa julgada – aos quais compete dar a palavra final sobre o direito no cenário jurídico interno.

Entretanto, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e demais normas internacionais das quais o Brasil se tornou signatário passaram a integrar o ordenamento jurídico pátrio e, por isso, obrigam-no a agir conforme os preceitos nelas estabelecidos, razão pela qual emerge a necessidade de que todo o seu aparato esteja comprometido em dar cumprimento aos mandamentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A partir disso, constata-se que não somente os órgãos jurisdicionais do Estado devem desempenhar esse papel, mas todo o seu aparelho, incluindo os seus órgãos administrativos na conformidade com suas atribuições constitucionais e legais. O ideal seria a atuação do Poder Judiciário de forma subsidiária, reservada aos casos em que os demais órgãos estatais não fossem capazes de assegurar tais direitos.

Isso se dá pelo controle administrativo de convencionalidade, na verificação da compatibilidade do ordenamento jurídico interno com as normas internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Estado. Quando esse controle é realizado por outros órgãos e

autoridades alheios à estrutura do Poder Judiciário, sem jurisdição, chamado de controle fraco²³³, ocorrerá pelo modo difuso e será sempre suscetível a revisão judicial.

Importante observação é feita por Hoffmann e Barbosa acerca do controle feito por outros órgãos estatais: “Claro que nem todo órgão administrativo possui essa missão, mas apenas aqueles que concentram relevantes poderes estatais capazes de atingir diretamente (por autoridade própria) o núcleo da franquia de liberdades dos cidadãos”²³⁴.

Trazendo a discussão para o contexto da realidade brasileira, o controle de convencionalidade pela autoridade administrativa torna-se possível no exercício da função que lhe compete quando, no âmbito do processo administrativo, é detectada a prática de um ato contrário aos tratados internacionais de direitos humanos. Exemplo disso pode ser visto no campo de atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) durante a aplicação da Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). Nesses casos, deve-se afastar a incidência da norma interna contrária aos direitos humanos e submeter o caso às instâncias recursais administrativas e judiciais.

Na fase de execução penal, composta ora por atos jurisdicionais, ora por atos administrativos, vislumbra-se campo para a aplicação do controle de convencionalidade em relação ao regime disciplinar diferenciado, previsto no art. 52 da Lei n. 7.210/1984²³⁵. O referido diploma, em seu art. 54, § 1º²³⁶, estabelece a necessidade de requerimento circunstanciado do diretor do estabelecimento penal ou de outra autoridade administrativa como requisito para a decisão judicial de inclusão do preso em cela individual por período prolongado.

Pois bem, a medida é contrária ao estipulado pelo conjunto de regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de reclusos (Regras de Mandela), instrumento que, em suas

²³³ GUERRA, Sidney. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023, p. 223.

²³⁴ HOFFMANN, Henrique; BARBOSA, Ruchester Marreiros. “Delegado pode e deve aferir convencionalidade das leis”. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-07/academia-policia-delegado-aferir-convencionalidade-leis>. Acesso em: 25 ago. 2022.

²³⁵ A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019). [...] II – recolhimento em cela individual; (Redação dada pela Lei n. 13.964, de 2019).

²³⁶ BRASIL. Lei n. 7.210/1984. Art. 54. As sanções dos incisos I a IV do art. 53 serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento e a do inciso V, por prévio e fundamentado despacho do juiz competente (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003). § 1º. A autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa (Incluído pela Lei n. 10.792, de 2003).

regras 43.1, b; 44 e 45²³⁷, reduz consideravelmente o período em que o preso pode permanecer recolhido em circunstâncias de isolamento.

Assim, nada obsta a que o diretor do estabelecimento prisional ou a autoridade administrativa competente entenda que os dispositivos do RDD contidos na Lei n. 7.210/1984 são inconventionais à luz das Regras de Mandela – as quais integram o bloco de convencionalidade na proteção dos direitos humanos das pessoas com privação de liberdade – e, fundamentadamente, deixe de requerer a inclusão do preso nesse regime, realizando assim uma espécie de controle de convencionalidade.

No campo criminal, é obrigatória a ponderação de que um controle nesse sentido deve ser realizado pelo organismo estatal, pois o ordenamento jurídico contém normas penais e processuais penais que datam da década de 1940 – como o Código Penal e o Código de Processo Penal –, além de outras leis especiais produzidas anteriormente à CF/1988 pertinentes à matéria.

Nesse contexto, Hoffmann e Barbosa evidenciam o relevante papel do delegado de polícia:

Sabe-se que o delegado de polícia age *stricto sensu* em nome do Estado, integrando carreira jurídica e exercendo função essencial à Justiça. Pela natureza e relevância de suas atribuições, a autoridade de Polícia Judiciária deve dominar o ordenamento jurídico não apenas nacional, mas também internacional²³⁸.

São leis que continuam em vigor e, apesar de terem suportado reformas pontuais, ainda ostentam dispositivos anacrônicos, incompatíveis com a nova ordem jurídica. Essas leis merecem, por isso, ser atualizadas ao contexto social brasileiro, com o escopo de consolidar a essência e a existência de um Estado democrático e plural.

Nesse labor, os agentes públicos devem sempre buscar, na aplicação das normas domésticas, o sentido mais adequado e conforme às normas internacionais de direitos humanos adotadas pelo Estado, e com os princípios nelas consolidados. A proeminência nesse caso deve ser outorgada aos personagens da persecução penal, incluindo a Polícia Judiciária e o delegado

²³⁷ Regras de Mandela. Regra 43 1. Em nenhuma circunstância devem as restrições ou sanções disciplinares implicar tortura, punições ou outra forma de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. As seguintes práticas, em particular, devem ser proibidas: [...] (b) Confinamento solitário prolongado; Regra 44 Para os efeitos tidos por convenientes, o confinamento solitário refere-se ao confinamento do recluso por 22 horas ou mais, por dia, sem contato humano significativo. O confinamento solitário prolongado refere-se ao confinamento solitário por mais de 15 dias consecutivos. Regra 45 1. O confinamento solitário deve ser somente utilizado em casos excepcionais, como último recurso e durante o menor tempo possível, e deve ser sujeito a uma revisão independente, sendo aplicado unicamente de acordo com a autorização da autoridade competente. Não deve ser imposto em consequência da sentença do recluso.

²³⁸ HOFFMANN, Henrique; BARBOSA, Ruchester Marreiros. “Delegado pode e deve aferir convencionalidade das leis”. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-07/academia-policia-delegado-aferir-convencionalidade-leis>. Acesso em: 25 ago. 2022.

de polícia, pois a intervenção estatal na liberdade individual há de ser mínima, na proporção suficiente e indispensável à manutenção do equilíbrio que deve reger a sociedade.

Nesse sentido, a natureza jurídica, de atividade de Estado e essencial à justiça da função de polícia judiciária desempenhada pelo delegado de polícia o credencia a realizar o controle difuso de convencionalidade da esfera administrativa de sua atuação, pois, da mesma forma, “o que legitima a que uma autoridade administrativa inquiria pessoas, realize diligências e produza provas de materialidade é o controle jurisdicional dos seus atos e decisões no procedimento” (informação verbal)²³⁹.

5.2 Atividade da autoridade pública e as relações internacionais do Estado

Ao ratificar um tratado ou convenção internacional, seguindo-se ao devido processo de internalização das normas contidas nesses documentos – sobretudo em matéria de direitos humanos, cuja aplicabilidade no Brasil é imediata –, o Estado se obriga à sua observância e cumprimento, pois essas normas passam a integrar o ordenamento jurídico interno.

Nesse palco, todos os seus órgãos, autoridades e agentes devem zelar pela fiel obediência ao conjunto normativo com o qual o Estado assumiu internacionalmente o compromisso de acatar e fazer respeitar. Na esfera da administração pública, cada órgão é dirigido pela respectiva autoridade com suas atribuições fixadas pela CF/1988 e pelas leis regentes.

Perante esse enquadramento, duas autoridades estatais se destacam quando se direciona a discussão da matéria para a tutela da liberdade pessoal ou de locomoção e para o poder de decisão de restringi-la: em primeiro lugar, o juiz, integrante do Poder Judiciário a quem compete proferir a última palavra em matéria de direito; e, na seara administrativa do Poder Executivo, o delegado de polícia, cuja atuação será sempre revisada pelas instâncias judiciais, com a participação do Ministério Público, seja no exercício de controle ou na qualidade de titular da ação penal.

Por isso, o desempenho da atividade de polícia judiciária pelo delegado de polícia e seus agentes deve estar sempre atento aos comandos normativos provenientes da ordem internacional, aplicando a legislação interna em consonância aos preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

²³⁹ Manifestação do Prof. Dr. Claudio José Langroiva Pereira durante a disciplina “Sistemas penais e garantias democráticas”, na PUC-SP, em 18 abr. 2023.

Em termos de responsabilidade estatal, tendo por premissa a teoria do órgão, a inobservância das normas internacionais de direitos humanos por autoridades e agentes administrativos representa descumprimento pelo Estado e pode acarretar sua submissão aos organismos de controle estabelecidos, ensejando a responsabilidade junto às cortes internacionais.

Sendo assim, consubstanciando-se o delegado de polícia como a primeira autoridade a ter contato com o fato e com a pessoa investigada, a quem se imputa a prática de uma infração penal sujeita à privação de sua liberdade, é compulsória a sua apreciação e adoção de providências com supedâneo na legislação, na CF/1988 e nos tratados e convenções internacionais dos quais o Estado é parte.

5.3 Tratados internacionais para o controle de convencionalidade

O controle de convencionalidade realizado pelos órgãos estatais, seja ele jurisdicional ou administrativo, deve basear-se na verificação da conformidade da legislação interna com as normas internacionais de proteção dos direitos humanos. Isso se dá pelo confronto das leis domésticas com os tratados e convenções internacionais sobre a matéria e dos quais o Estado é parte.

Referidos documentos internacionais servem de modelo, de referência aos órgãos do Estado e, por consequência, aos intérpretes, para viabilizar essa análise de compatibilidade material vertical entre as normas, permitindo constatar qual delas oferece maior proteção jurídica à pessoa.

Nessa averiguação, essencialmente no cenário brasileiro, e ao se observar o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, destaca-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em Conferência, em 22 de novembro de 1969, na cidade de São José da Costa Rica, e promulgada internamente pelo Brasil pelo Decreto n. 678/1992, trazendo em seu texto o reconhecimento de vários direitos humanos pelos Estados americanos signatários. Outrossim, seu papel mais relevante é atribuído em decorrência dos mecanismos de controle instituídos, como a Corte IDH, na prolação de sentenças e opiniões consultivas cujo teor deve ser parâmetro referencial aos Estados na correta interpretação e aplicação das disposições do instrumento normativo. Merece também proeminência a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH), cuja função é emitir recomendações e solicitações de informações aos Estados, preparar estudos e relatórios, além de atuar nas

consultas, no encaminhamento das petições que lhes são dirigidas e apresentação de relatório anual à OEA.

Esclarece-se, no entanto, que todos os tratados e convenções de direitos humanos servem como supedâneo ao controle estatal de convencionalidade, e esse eixo fundamental encontra amparo na própria CADH, em seu art. 64, §1º, ao estabelecer que os Estados Membros da OEA podem consultar a Corte IDH a respeito da interpretação de seu texto ou de outros tratados de proteção dos direitos humanos²⁴⁰.

Assim, no âmbito da atividade de polícia judiciária, além da CADH, os demais tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte devem nortear a análise e a decisão do delegado de polícia no controle de convencionalidade realizado por esta autoridade, incluindo nesse rol os instrumentos normativos de proteção geral e específicos das minorias e grupos vulneráveis, como mulheres, negros, pessoas com deficiência, crianças, indígenas etc.

5.4 Fundamentos normativos e doutrinários

Em matéria de controle de convencionalidade pelo delegado de polícia, a reflexão central gira em torno de seu cabimento por esta autoridade, e de que forma o mecanismo pode ser exercitado na proteção dos direitos humanos.

Esse controle pode ser realizado com base nas disposições contidas tanto no art. 7.5 da CADH quanto no art. 9.3 do PIDCP, ao reconhecerem, em suas redações, a possibilidade de tutela do direito de liberdade por outras autoridades habilitadas por lei a exercer funções judiciais.

Como mencionado, o sistema brasileiro não contemplou o juiz de instrução, restando ao delegado de polícia a missão de desempenhar em regra a fase preliminar e extrajudicial da persecução penal.

Da leitura do dispositivo da CADH, compreende-se que é dirigido também a outras autoridades além do juiz propriamente dito.

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo²⁴¹.

²⁴⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 207.

²⁴¹ Art. 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O PIDCP, por sua vez, apresenta redação bastante semelhante:

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 sentença²⁴².

Os tratados e convenções internacionais de direitos humanos são normas com *status* constitucional, formal ou material, conforme quórum e rito de aprovação, e, por força do art. 5º, § 2º, diante da abertura do texto, ampliam o rol de direitos fundamentais previstos na CF/1988 que devem ser observados pelo operador do direito no caso concreto.

Em reforço ao dever de exercício do controle de convencionalidade pelo delegado de polícia, a redação do art. 5º, § 1º, da CF/1988, estabelece: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Sendo assim, depreende-se do dispositivo a intenção do legislador de que não haja óbice infraconstitucional pelo Estado em aplicar os mandamentos internacionais incorporados ao ordenamento jurídico pátrio.

Da lição de Piovesan e Cruz é possível projetar esse entendimento:

Isto é, as normas domésticas devem estar sob constante escrutínio das autoridades públicas. Ao elaborar, executar e julgar normas nacionais, os Poderes Legislativos, Executivos e Judiciário devem se assegurar que tais normas não contrariam as obrigações internacionais assumidas pelo Estado em matéria de direitos humanos. O controle de convencionalidade é a ferramenta que as autoridades estatais devem utilizar para realizar esta tarefa, verificando, dentro do âmbito de suas competências e a partir das normas processuais aplicáveis, a compatibilidade das normas nacionais com as obrigações internacionais do Estado²⁴³.

Os preceitos normativos trazidos no texto dos referidos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos reforçam as citadas disposições constitucionais e legais que outorgam ao delegado de polícia o poder-dever de interpretar o ordenamento jurídico na execução de suas atividades funcionais, sobretudo quando lida em seu labor com a liberdade individual e demais direitos fundamentais.

²⁴² Art. 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

²⁴³ PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. **Curso de direitos humanos**: sistema interamericano. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 161.

Como frisado, o delegado de polícia, pela função exercida, não se limita a homologar ou cancelar as ações efetivadas pelos demais agentes de segurança pública que lhes são apresentadas, cabendo-lhe analisar criteriosamente a satisfação de todos os requisitos normativos exigidos para a adoção de providências de polícia judiciária que poderão afetar direitos da pessoa. É ele o profissional do direito, nomeado pelo Estado a exercer com imparcialidade e independência essa tarefa, coibindo práticas ilícitas ou abusivas antes da apreciação judicial.

A exatidão da lição de Mazzuoli revela o dever da autoridade policial no que tange ao controle de convencionalidade:

A seguir os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de controle de convencionalidade, sabe-se que *todos* os órgãos do Estado têm o dever de aferir a compatibilidade da normativa doméstica com os direitos humanos decorrentes de tratados ratificados e em vigor no Estado. Portanto, também o Delegado de Polícia há de se vincular a esse *corpus juris* internacional de proteção dos direitos humanos, é dizer, ao chamado “bloco de convencionalidade”, que é paradigma e referencial ético para toda essa classe de agentes do Estado quando da análise de fatos que podem refletir na restrição ou privação da liberdade de um cidadão. Para tanto, o mister de Delegado de Polícia há de ser independente para o fim de exercer com tranquilidade e segurança suas funções institucionais²⁴⁴.

Logo na sequência, o autor acrescenta, para deixar longe de dúvidas esta relevante incumbência:

A Polícia Judiciária não só pode como deve aferir a convencionalidade das leis no caso concreto, sugerindo que sejam invalidados os dispositivos legais que violem tratados de direitos humanos em vigor no Estado ou o bloco de convencionalidade (costumes internacionais relativos a direitos humanos, sentenças e opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos etc.). Poderá o Delegado de Polícia, assim, detectar a inconvenção de norma interna que inviabilize, *v.g.*, a efetivação de uma garantia pessoal amparada pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos²⁴⁵.

Outro não é o entendimento de Del Preti e Lépre:

Portanto, no desempenho de suas atribuições legais e constitucionais, a autoridade policial tem o dever de aferir a convencionalidade das normas internas à luz dos tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Estado brasileiro e do bloco de convencionalidade, deixando de aplicar aquelas

²⁴⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 425.

²⁴⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 426.

inconvenções ou, quando necessário, relatando tais fatos ao Poder Judiciário e solicitando seja feito o devido *controle de convencionalidade*²⁴⁶.

Bastos também traz suas considerações a respeito desse dever da autoridade policial:

A coerência do sistema jurídico demanda, como visto, que se preserve a supremacia da Constituição e que se combata os atos inferiores que lhe contrariem. Para este mesmo fim (a harmonia do sistema), também se revela indispensável que a superioridade dos tratados de direitos humanos seja protegida ante a legislação ordinária que lhe desafie. Dessa forma, deve-se concluir que, no desempenho de seu mister, o delegado de polícia não pode fazer incidir atos que se contrapõem à Constituição ou aos tratados de direitos humanos. Assim, ante um ato que repare unconstitutional (ou não recepcionado) ou inconvenção, é dever do delegado negar-lhe aplicação²⁴⁷.

Ao comentar sobre as autoridades que podem fazer o controle de convencionalidade em âmbito nacional, sustenta Rocha: “Trata-se de um modelo de entrelaçamento claro de ordenamentos que desembocam nos agentes e servidores do Estado com poder decisório e que devem, por óbvio, aplicar o Direito como um todo, e não meramente a lei”²⁴⁸.

Adiante Rocha arremata:

O administrador público, outrossim, deve respeitar a Constituição, as leis e atender aos comandos dos tratados internacionais, sobretudo, se forem mais benéficos aos administrados. Enfatiza-se que a expedição dos atos administrativos ou a celebração de contratos amparam-se na supremacia constitucional e na presunção de legalidade, em respeito aos postulados do Direito Administrativo que, por óbvio, incluem os Pactos Internacionais²⁴⁹.

Ribeiro e Itinose também reconhecem o exercício do controle de convencionalidade pela autoridade pública:

²⁴⁶ DEL PRETI, Bruno; LÉPORE, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 644.

²⁴⁷ BASTOS, Pedro Henrique Palharini. **O delegado de polícia como fiscal da compatibilidade constitucional e convencional de leis e atos normativos**. Disponível em: <https://www.delegados.com.br/juridico/o-delegado-de-policia-como-fiscal-da-compatibilidade-constitucional-e-convencional-de-leis-e-atos-normativos>. Acesso em: 25 ago.2022.

²⁴⁸ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **O controle de convencionalidade e sua projeção no ordenamento jurídico brasileiro**: Uma mirada sobre a eficácia dos tratados de direitos humanos na positividade nacional. Disponível em: <file:///C:/Users/giuli/Downloads/16-Texto%20do%20Artigo-45-1-10-20211122.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2023.

²⁴⁹ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **O controle de convencionalidade e sua projeção no ordenamento jurídico brasileiro**: Uma mirada sobre a eficácia dos tratados de direitos humanos na positividade nacional. Disponível em: <file:///C:/Users/giuli/Downloads/16-Texto%20do%20Artigo-45-1-10-20211122.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2023.

Para a Corte IDH, o controle de convencionalidade não deve ser feito apenas pelo Poder Judiciário, mas sim por toda e qualquer autoridade pública, estendendo, inclusive, o alcance do controle difuso, realizado em uma situação concreta. Ou seja, qualquer órgão com investidura pública possui o condão de realizar a convencionalidade difusa, quando, ao analisar uma lei ou ato normativo interno, perceber a sua incompatibilidade com um tratado internacional que verse sobre direitos humanos, afastando tal normativa e inutilizando-a frente à norma internacional²⁵⁰.

Segundo os autores, a partir do Caso Gelman vs. Uruguai, julgado pela Corte IDH, a obrigação de controle de convencionalidade a todos os órgãos do Estado vinculados à administração da Justiça foi ampliada e passou a contemplar, além do Poder Judiciário, a Polícia Judiciária, o Ministério Público e a Defensoria Pública²⁵¹.

Em reforço ao entendimento exposto, Borges leciona:

O impacto do controle de convencionalidade nos ordenamentos jurídicos internos é tamanho que pode e deve ser exercido pelos órgãos de justiça nacionais ou autoridades públicas, conforme as funções conferidas por suas normas domésticas. A eles cabe, como afirmado, o respeito ao Direito Internacional dos direitos humanos por vínculos contraídos soberanamente na ratificação ou adesão de um tratado e no reconhecimento de sua competência jurisdicional.

Nesse sentido, o controle de convencionalidade constitui uma função e uma tarefa de qualquer autoridade pública e não somente do Poder Judiciário, e ao mesmo tempo, gera um autêntico diálogo multinível propiciador de uma viva interação, claramente constituída entre a jurisprudência nacionais e a interamericana²⁵².

Percebe-se, assim, que o controle de convencionalidade, em conformidade com o sistema jurídico brasileiro, alcança e compete também a outras autoridades do Estado, deixando de se restringir apenas aos órgãos jurisdicionais, sob pena de tornar inoperantes e inefetivos quaisquer dos instrumentos normativos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Cabe ao Estado Parte da CADH, na sua interpretação, assim como na dos demais tratados internacionais de direitos humanos e precedentes da Corte IDH, adequar a sua

²⁵⁰ RIBEIRO, Daniela Menengoti Gonçalves; ITINOSE, Caio Yamaguchi. **Controle de convencionalidade de tratados internacionais**: o exercício da Administração Pública na proteção dos dados pessoais e na efetividade dos direitos da personalidade. Disponível em: <file:///C:/Users/giuli/Downloads/10228-25-40354-1-10-20221216.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2023.

²⁵¹ RIBEIRO, Daniela Menengoti Gonçalves; ITINOSE, Caio Yamaguchi. **Controle de convencionalidade de tratados internacionais**: o exercício da Administração Pública na proteção dos dados pessoais e na efetividade dos direitos da personalidade. Disponível em: <file:///C:/Users/giuli/Downloads/10228-25-40354-1-10-20221216.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2023.

²⁵² BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no sistema interamericano**: Entre o conflito e o diálogo de jurisdições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 147.

estrutura, institucional e constitucionalmente estabelecida, aos dispositivos e mandamentos convencionais para que seja extraído o máximo do potencial protetivo convergente com o seu modelo jurídico.

Para Mac-Gregor, cabe ao Estado envolvido no processo internacional cumprir efetiva e integralmente a sentença da Corte IDH, pois, para ele, a decisão funciona como *jus judicata* e possui eficácia subjetiva. Ao passo que, ao Estado Parte da CADH que não integrou o processo, a decisão possui eficácia objetiva e indireta como *jus interpretata*, consubstanciada em *standard* interpretativo mínimo de efetividade da norma convencional, do qual ele não pode se afastar, salvo se as autoridades internas realizarem interpretação mais favorável aos direitos humanos²⁵³.

Sabe-se que, o regime jurídico brasileiro, em relação à persecução penal do Estado, não contemplou a figura do juiz de instrução como responsável pela fase investigatória, papel este atribuído pela CF/1988 ao delegado de polícia, que, na condição de autoridade policial, é o responsável pela presidência do inquérito policial e pela tutela dos direitos humanos fundamentais de vítimas e investigados nesta etapa extrajudicial. Por essa razão, o controle de convencionalidade pelo delegado de polícia é essencial na proteção dos direitos humanos durante um momento persecutório propício a impedir que a violação de direitos ocorra e se consuma de forma irreversível à dignidade da pessoa humana.

Em âmbito institucional, depreende-se, pela redação e essência de norma interna²⁵⁴ que contempla como missão o respeito à dignidade da pessoa humana e como visão a tutela dos direitos e garantias fundamentais, o cabimento do controle de convencionalidade pelo delegado de polícia como meio de se alcançar existência real aos direitos humanos.

²⁵³ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso gelman vs. Uruguay). **Estudios Constitucionales**, Santiago, v. 11, n. 2, p. 641-694, 2013. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200017&lng=en&nrm=iso&tlng=en. Acesso em 13 nov. 2023.

²⁵⁴ Artigo 1º. A Polícia Civil do Estado de São Paulo tem como missão exercer as funções de polícia judiciária, administrativa e preventiva especializada enquanto instituição permanente, essencial à justiça e à segurança pública, promovendo a solução ou composição de conflitos e garantindo o bem-estar coletivo e o respeito à dignidade da pessoa humana. Artigo 2º. Como visão, tem a Polícia Civil do Estado de São Paulo o escopo de ser referência como instituição policial democrática, jurídica, autônoma, imparcial, eficiente, eficaz e indispensável à tutela dos direitos e garantias fundamentais. **Portaria DGP-26, de 30 de outubro de 2023**. Institui, na Polícia Civil do Estado de São Paulo, a Consolidação das Normas de Serviço da Polícia Judiciária e dá outras providências. Disponível em: https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=%2f2023%2fexecutivo+sec+ao+i%2fotubro%2f31%2fpag_0021_2ef43dc46f2b66e8fd1adbc69430b7.pdf&pagina=21&data=31/10/2023&caderno=Executivo%20I&paginaordenacao=100021. Acesso em: 29 nov. 2023.

Em outros dispositivos, a norma²⁵⁵ enfatiza, dentre as atribuições do delegado de polícia, a avaliação e a decisão sobre os fatos, elementos probatórios e normas a serem aplicadas no caso concreto.

Com isso, não há como afastar o delegado de polícia da utilização desse mecanismo de proteção dos direitos humanos, haja vista que, durante a etapa preliminar da persecução penal, essa ferramenta pode se apresentar como uma das poucas a evitar o cometimento de injustiças ou danos irreparáveis à pessoa até que se obtenha um provimento jurisdicional.

Visando formalizar o poder-dever do delegado de polícia em realizar o controle difuso de constitucionalidade e de convencionalidade, foi apresentado perante o Senado Federal o Projeto de Lei n. 2.622/2019, para alterar a redação da Lei n. 12.830/2013. Esse propósito pode ser considerado como parâmetro referencial axiológico na convicção da existência dessa missão funcional da autoridade policial.

Nota-se que, em termos institucionais, vem adquirindo consistência o reconhecimento do delegado de polícia como operador da efetividade dos mandamentos constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, conforme se observa do texto correlato:

Os Delegados de Polícia, como autoridade de garantias, devem ser os primeiros a dar efetividade aos mandamentos constitucionais, bem como as sentenças e suas interpretações e os relatórios proferidos, respectivamente, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgãos do sistema regional de proteção aos direitos humanos, complementado pelo mesmo sistema no âmbito global²⁵⁶.

Em síntese, o delegado de polícia está habilitado perante o ordenamento jurídico a realizar o controle de convencionalidade em suas atividades institucionais, assegurando à

²⁵⁵ Artigo 5º. É inerente à atividade diuturna do Delegado de Polícia, enquanto titular isento e imparcial da investigação criminal, a autonomia intelectual para, de modo racional, motivado e no âmbito de suas atribuições legais, avaliar e decidir sobre fatos, elementos probatórios e normas a serem aplicadas ao caso concreto. [...] § 3º. Na qualidade de autoridade policial, consoante o artigo 2º, parágrafo 1º da Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013, impende ao Delegado de Polícia, no âmbito da sua esfera de responsabilidades, avaliar o mérito e a conveniência de como as ações e medidas de polícia judiciária serão operacionalizadas, bem como, exercer o respectivo controle de legalidade das mesmas, observada a legislação e as normas regulamentares pertinentes. **Portaria DGP-26, de 30 de outubro de 2023.** Institui, na Polícia Civil do Estado de São Paulo, a Consolidação das Normas de Serviço da Polícia Judiciária e dá outras providências. Disponível em: https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=%2f2023%2fexecutivo+sec+ao+i%2foutubro%2f31%2fpag_0021_2ef43dc46f2b66e8fd1adbc69430b7.pdf&pagina=21&data=31/10/2023&caderno=Executivo%20I&paginaordenacao=100021. Acesso em: 29 nov. 2023.

²⁵⁶ Enunciado n. 4 do 1º Encontro Nacional de Delegados de Polícia sobre Democracia e Direitos Humanos, realizado de 28 a 30 de novembro de 2014, em Foz do Iguaçu/PR. Disponível em: <https://sonhodeconcurseiro.blogspot.com/2014/12/enunciados-do-1-encontro-nacional-de.html>. Acesso em: 18 jul. 2023.

pessoa a aplicação da norma que maior respeito demonstre em relação à sua dignidade e a seus direitos, corolário da proteção dos direitos humanos.

5.5 Poder-dever da autoridade pública em avaliar a convencionalidade

Como demonstrado ao longo deste trabalho, o delegado de polícia exerce uma função primordial à persecução penal do Estado e, para essa tarefa, é investido de poderes típicos de potestade pública, ou seja, é um agente público em sentido amplo, com poder de decisão sobre as matérias que lhes são afetas.

Todo poder, no entanto, sofre limitações como forma de manutenção do equilíbrio do próprio sistema jurídico e, no caso, será caracterizado pela urgência da medida ou providência na tutela e salvaguarda de bens jurídicos fundamentais, e pela obrigatoria e indispensável apreciação em âmbito judicial.

O poder decisório para a autoridade policial se traduz em poder-dever, com o sentido de potestade pública, de maneira que não pode dele se afastar durante sua atividade funcional, pois impende a este agente adotar medidas para a proteção real dos direitos humanos. Na avaliação de Meirelles,

O poder-dever de agir da autoridade pública é hoje reconhecido pacificamente pela jurisprudência e pela doutrina. O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo²⁵⁷.

Esse entendimento também já foi reconhecido pelo Poder Judiciário ao se debruçar sobre a questão envolvendo o poder-dever da autoridade pública, destacando não se tratar de mera faculdade de agir²⁵⁸.

Logo, como autoridade pública pertencente à administração pública do Poder Executivo e inserida no sistema jurídico-penal brasileiro, possui o dever funcional de pautar suas decisões pelo princípio da juridicidade – o qual compreende a lei e o direito (art. 2º, I, da Lei n. 9.784/1999) –, atuando segundo o predomínio da norma jurídica a ela subordinado e agindo nas

²⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 115.

²⁵⁸ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RE n. 437.845-RJ (2002/0066224-7), Sexta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, j. 11-03-2003. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=397230&num_registro=200200662247&data=20030407&formato=PDF. Acesso em 30 nov. 2023. A revisão do processo de aposentadoria efetuada pelo INSS não consubstancia mera faculdade, mas um poder-dever da autoridade pública competente, no zelo pelo erário público e pela lisura dos procedimentos administrativos. Precedentes do STF e STJ. Recurso especial conhecido e provido.

hipóteses por ela autorizadas. No entanto, essa compreensão possui sentido amplo, pois, em verdade, o delegado de polícia está vinculado à observância do ordenamento jurídico como um todo.

Nessa conjuntura, é compulsório ao delegado de polícia nortear-se não só pelas leis infraconstitucionais, mas primeiramente analisar a adequação delas à CF/1988 como lei maior de um Estado de Direito. Ainda, não só isso, deve socorrer-se das espécies normativas previstas no art. 59 da CF/1988, ou seja, emendas à Constituição, leis complementares, ordinárias e delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções, além das normativas internas do poder público para a fiel execução do ordenamento jurídico e melhor desempenho da atividade sob o ponto de vista da eficiência.

É justamente nessa acepção que o art. 37 da CF/1988 estabelece o dever de obediência pela administração pública aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Em respeito à legalidade, deve-se atribuir significado amplo, contemplando as espécies normativas mencionadas e demais atos infralegais da Administração com elas compatíveis, de maneira a condicionar a ação ou decisão de todo agente público à conformidade com o ordenamento jurídico.

Nessa leitura, a autoridade pública não pode se esquecer, ainda, dos princípios gerais do direito e dos costumes. Subsiste, assim, o que se chama de bloco de legalidade²⁵⁹, consistente na obrigatoriedade de todos os agentes públicos de respeitarem a lei e os outros instrumentos e fontes normativas que compõem a ordem jurídica.

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, de acordo com o processo de aprovação ao qual se submetem, são incorporados ao ordenamento brasileiro com *status* de normas formal e/ou materialmente constitucionais, integrando-o e compelindo imediatamente a todos, inclusive o Estado em sua observância e cumprimento, por todos os seus Poderes, órgãos e entidades.

No âmbito interno, o Poder Judiciário já se posicionou ao afirmar que o delegado de polícia desempenha atividade garantidora de direitos humanos e fundamentais:

Percebe-se, de todo o conteúdo analisado que a pessoa quando presa em flagrante ou preventivamente já tem sua prisão analisada e filtrada, seja primeiramente por um delegado, ou posteriormente por um juiz, dando cumprimento ao que estabelece o artigo 310 do Código de Processo Penal, bem como ao “Pacto de San José”. Assim, não há necessidade de que o detido seja apresentado imediatamente ao juiz, pois, em conformidade com o referido “Pacto”, a norma interna já determina primeiramente a apresentação do preso à autoridade competente (delegado que também exerce funções judiciais pelo

²⁵⁹ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 126.

ordenamento nacional), visto que com o transcorrer do processo, será o detido apresentado ao juiz no momento do interrogatório, o qual deverá ser em prazo razoável, ou seja, sem demora²⁶⁰.

A citada decisão conduz à conclusão de que, nessa função garantista, o delegado de polícia deve exercer o controle difuso de convencionalidade em relação à análise da compatibilidade vertical das normas internas com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e demais tratados da matéria ratificados pelo Brasil.

Em razão do reconhecimento formal pela Lei n. 12.830/2013 da natureza jurídica e de Estado da atividade desempenhada pelo delegado de polícia, tornou-se inevitável admitir à citada autoridade pública essa tarefa de controle da compatibilidade das normas internas com os tratados internacionais como dever funcional e institucional na proteção dos direitos humanos.

Barbosa salienta que cabe à autoridade policial exercer esse papel durante a investigação criminal:

O Delegado de Polícia ao realizar a análise jurídica do fato, em especial, no auto de prisão em flagrante, por exercer função jurídica e exclusiva de Estado, se torna o único a poder realizá-lo. Não há nenhum óbice em se efetivar uma interpretação sistêmica e definir o resultado hermenêutico por meio de controle de convencionalidade. Sempre será cabível esta função, seja pelo Delegado de Polícia ou qualquer outra função jurídica na qual emane poderes decisórios²⁶¹.

O delegado de polícia, como garantidor dos tratados e convenções sobre direitos humanos, possui o dever de realizar o controle de convencionalidade e, com isso, concretamente assegurar as garantias fundamentais previstas a todos os que forem submetidos à persecução criminal, a fim de pôr em prática o maior grau de garantias não implementadas pelo legislador ordinário, sobretudo em relação às leis penais²⁶².

²⁶⁰ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Acre**. Habeas Corpus Criminal n. 0000670-49.2014.8.01.0000. Rel. Des. Denise Bonfim, j. 24-04-2014. Disponível em: <http://delegados.com.br/images/21mai14-acordao-hc-tjac-fabricio-santis-fianca-judicial.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2023.

²⁶¹ BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Controle de convencionalidade pelo delegado de polícia**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/215850894/control-de-convencionalidade-pelo-delegado-de-policia>. Acesso em: 25 ago. 2022.

²⁶² BARBOSA, Ruchester Marreiros. **O controle de convencionalidade pelo delegado de polícia diante da CADH**. Disponível em: <https://ruchesterbarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/121944198/o-control-de-convencionalidade-pelo-delegado-de-policia-diante-da-cadh#:~:text=Assim%2C%20o%20Delegado%20de%20Pol%C3%ADcia,se%20o%20m%C3%A1ximo%20n%C3%ADvel%20poss%C3%ADvel>. Acesso em: 25 ago. 2022.

Imperativo, portanto, que todos sob a jurisdição do Estado brasileiro obedeçam aos seus preceitos e mandamentos, tendo em vista que ao agirem assim estarão de acordo com a ordem jurídica estabelecida para aquela sociedade perante o momento.

Seria desarrazoado, portanto, que o delegado de polícia estivesse compelido, vinculado ao cumprimento das leis para o desempenho de sua atividade de polícia judiciária, mas dispensado de observar as normas constitucionais e internacionais de direitos humanos que integram o ordenamento jurídico brasileiro. Nunca é demais frisar que, em matéria processual penal, em razão de sua antiga edição, é indispensável a sua releitura à luz da CF/1988 e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

5.6 O controle de convencionalidade em grau de cognição sumaríssima

A Polícia Judiciária, sob a direção do delegado de polícia, desempenha sua função na etapa preliminar da persecução penal, consubstanciada na fase investigatória que antecede ao processo judicial no qual o estágio processual obriga e permite a observância de todas as garantias judiciais com a incidência delas em sua plenitude, corolários da ampla defesa e do devido processo legal.

Na fase de investigação criminal, cujo instrumento essencial é o inquérito policial, em razão da própria sistemática jurídica adotada, o conhecimento produzido se dá de forma sintetizada, partindo de um juízo de possibilidade para um juízo de probabilidade tanto no tocante à ocorrência do ilícito penal, quanto na sua autoria.

Nesse contexto, o delegado de polícia forma sua convicção dos fatos e de sua autoria com base nos elementos indiciários e probatórios que lhes são apresentados e possíveis de obtenção no respectivo ciclo procedimental. Isso ocorre substancialmente com a coleta de provas por meio de depoimentos testemunhais e técnicas periciais documentadas através de laudos oficiais que servirão de subsídio às suas decisões e adoção de providências de polícia judiciária.

Essa produção probatória deve ser realizada em conformidade ao ordenamento jurídico, sob pena de sua invalidação e imprestabilidade do conjunto angariado durante a fase da investigação criminal. No entanto, o avanço se verifica na partida de um quadro de possibilidade, no qual o indivíduo investigado é tido como possível autor ou suspeito da autoria da infração penal, para alcançar um cenário de probabilidade em que passa a ser considerado o provável responsável pelo cometimento do ilícito penal.

Assim, com exceção das provas insuscetíveis de repetição, seja pelo seu perecimento ou por sua própria natureza, o sistema brasileiro adotou a necessidade de que parte do conjunto informativo e probatório amealhado pela investigação criminal seja reproduzido em juízo com a incidência de contraditório pleno e exercício da ampla defesa pelo investigado e seu patrono.

A pretensão disso é a de que, ao final do percurso dessa via, o panorama de relatividade decorrente do juízo de possibilidade ou de probabilidade alcançado inicialmente, após exauriente instrução processual probatória, se transforme em juízo de certeza, apta a aferir a responsabilidade penal do indivíduo.

O grau de cognição sumaríssimo típico da fase policial é segmentado em duas vertentes, ou seja, com relação ao fato aparentemente reprovável e ao seu possível ou provável autor, tendo em vista que a investigação criminal pode ser iniciada a partir da simples possibilidade de existência de um fato suscetível ao poder punitivo do Estado, prescindindo de conhecimento prévio indicativo sobre a autoria, a qual será objeto de esclarecimento no curso do procedimento.

Ainda em matéria de sumariedade cognitiva típica da investigação criminal desenvolvida por meio do inquérito policial, é necessário distinguir os níveis de juízo exigidos em razão da forma de início do procedimento. Para a instauração de inquérito policial mediante portaria da autoridade policial, revela-se satisfatória a presença do juízo de possibilidade; já para a prisão em flagrante e outras medidas cautelares, é indispensável o juízo de probabilidade, tanto em relação ao fato aparentemente criminoso, quanto ao seu autor.

Esse ponto é bem observado por Santos:

Contudo, mesmo no curso da investigação, percebem-se diferentes juízos e graus de cognição, a depender do ato praticado. Como se disse acima, para a instauração de um procedimento investigativo, mediante portaria, necessita-se apenas de um juízo de possibilidade da prática de uma infração penal. Porém, para a instauração por auto de prisão em flagrante, ou para a representação por medidas cautelares ou meios de obtenção de prova, ou ainda, para o indiciamento do investigado, necessita-se de um juízo de probabilidade da prática da infração penal investigada²⁶³.

Segundo Lopes Jr.²⁶⁴, a cognição no inquérito policial é limitada no aspecto qualitativo: horizontal em relação à provável existência do fato aparentemente punível e sua autoria, e vertical acerca da aparente probabilidade de existência do ilícito penal como fato típico, ilícito

²⁶³ SANTOS, Cleopas Isaías. **Justa causa para a investigação criminal**: fundamentos e limites constitucionais da investigação policial no Brasil. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 59.

²⁶⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 162-163.

e culpável. Resta assegurada a cognição plena à fase processual com a exploração das teses e argumentos, visando à tutela de segurança pela sentença.

Aprofundando a abordagem, Lopes Jr. e Gloeckner assim lecionam:

A cognitio está limitada no plano horizontal pela impossibilidade de que sejam comprovadas com plenitude a existência do fato e a sua autoria. O órgão encarregado da instrução preliminar não poderá buscar a prova plena do fato delitivo, pois está limitado a comprovar a verossimilhança, a probabilidade do *fumus commissi delicti*. Além disso, há limitações que são intrínsecas à própria colheita da prova, como por exemplo a possibilidade de exercício pleno do contraditório nesta fase, a arguição e debates sobre a ilicitude da prova, etc., que ficarão jungidas ao cenário processual²⁶⁵.

Em relação ao plano vertical da sumariedade de cognição, complementam:

Também está limitada no plano vertical, pois o titular da investigação preliminar deverá contentar-se com um juízo superficial acerca da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade do fato do autor. A fase pré-processual está destinada apenas a formar um juízo de probabilidade, para justificar o processo ou o não processo. A certeza está reservada para a sentença, calcada na prova produzida em juízo²⁶⁶.

É nesta perspectiva que cabe ao delegado de polícia proceder ao controle difuso de convencionalidade, valendo-se dos elementos os quais dispõe à formação de sua convicção jurídica a respeito dos fatos que lhe são apresentados, seja sobre a imputação que inicialmente recai sobre a pessoa investigada ou acerca dos bens jurídicos lesados das vítimas, para verificar, à luz das normas internacionais, a incidência da maior proteção aos direitos da pessoa humana. Essa tendência em se reconhecer a possibilidade de incidência de garantias na fase do inquérito policial é necessária para conectá-lo ao cenário imposto pela ordem constitucional e convencional vigentes, afastando, assim, a indesejável reminiscência inquisitiva atribuída ao procedimento de polícia judiciária.

Santos conclui, com comentário preciso a respeito dessa característica imposta ao inquérito policial:

Se se pode falar em “misérias do processo penal”, mesmo que nele incidam obrigatoriamente o contraditório e ampla defesa, além de outras garantias constitucionais, pode-se falar também, e com mais razão, nas “misérias da investigação criminal”, as quais são ainda mais evidentes e potencializadas. A

²⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 179.

²⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 179.

consequência dessa herança autoritária da persecução criminal pátria traz como inevitável consequência a supressão de garantias individuais e a ampliação da violência estatal²⁶⁷.

Por isso, atuando o delegado de polícia e seus agentes em observância às normas constitucionais e internacionais de direitos humanos, não há dúvida de que a atividade de investigação criminal pela polícia judiciária, essencialmente representada através do inquérito policial, está em compasso com o respeito às garantias individuais e tem, no mencionado procedimento, um instrumento a serviço dessas garantias na busca da verdade durante a fase preliminar da persecução penal.

5.6.1 Modo de exercício na atividade de polícia judiciária

Em decorrência da natureza extrajudicial e preliminar da investigação criminal, sobretudo a desenvolvida pela polícia judiciária, o delegado de polícia, ao analisar o caso concreto, na subsunção do fato à norma penal e processual penal pátria em cotejo com as normas internacionais de direitos humanos incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, deve realizar o controle de convencionalidade e verificar a compatibilidade vertical delas com os tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados.

Isso se dá de modo difuso, pela via de exceção, no exame do caso concreto que lhe é levado à apreciação, no qual o dever de deliberação é compulsório, pois não lhe é atribuída a faculdade de decidir ou não decidir sobre a liberdade ou demais bens jurídicos fundamentais do indivíduo.

Essa decisão, em sua maioria, deve ser emitida em caráter urgente e com poucos elementos de informação e de prova inerentes a esta fase procedimental. Evidencia-se, assim, o seu aspecto precário, preliminar, provisório na salvaguarda do bem jurídico em risco.

Esse controle normativo em relação à convencionalidade deve ocorrer de forma oficiosa, como desdobramento consequente de suas atividades funcionais ou de forma provocada pelas partes envolvidas no procedimento investigatório sob sua presidência.

Quando ocorrer de ofício, o controle de convencionalidade deve ser precedido de despacho fundamentado nos autos do inquérito policial ou do procedimento legal investigatório, ou ao menos no histórico do boletim de ocorrência registrado em alusão aos fatos postos sob a análise do delegado de polícia para, sequencialmente, viabilizar a apreciação

²⁶⁷ SANTOS, Cleopas Isaías. **Justa causa para a investigação criminal**: fundamentos e limites constitucionais da investigação policial no Brasil. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 68.

pelos órgãos de controle da atividade policial pela remessa imediata ao Poder Judiciário quando o caso assim o exigir, ou posteriormente disponibilizados através da via correcional.

Na hipótese de controle feito pelo delegado de polícia em decorrência de provocação das partes relacionadas no procedimento em curso, seja postulado de forma oral em depoimentos ou por meio de petição nos autos da investigação, a autoridade policial deve proceder a despacho fundamentado em apreciação ao pleito, deliberando a respeito, e encaminhar os autos ao órgão jurisdicional competente para a prolação de um provimento sobre o assunto.

Esclarece-se que, o controle de convencionalidade realizado pelo delegado de polícia não possui caráter declaratório de inconvencionalidade da norma ou de sua não recepção, e não possui o condão de retirá-la do ordenamento ou torná-la inválida, como ocorrem nas decisões judiciais em sede de controle abstrato, por meio de ação direta ou declaratória perante o STF com efeitos *erga omnes* e vinculantes, ou pelo modo difuso pelos demais órgãos jurisdicionais, produzindo efeitos entre as partes processuais.

O delegado de polícia, ao analisar os fatos, para preservar os direitos individuais, afasta provisoriamente a incidência da norma doméstica considerada inconvencional para aquele caso concreto, conferindo-lhe a interpretação que maior proteção jurídica ofereça à pessoa cujo bem jurídico encontra-se em risco naquele momento, para submetê-la imediatamente ao crivo jurisdicional e ministerial competentes.

Nota-se, assim, que sua decisão é cautelar, preliminar, conforme a urgência requerida pelo caso, e destina-se exclusivamente à salvaguarda e proteção jurídica de bens jurídicos fundamentais violados ou sob ameaça de lesão, até que um provimento jurisdicional seja emitido e ofereça a segurança com a característica de definitividade contemplada no sistema brasileiro.

Por fim, durante o inquérito policial, são várias as oportunidades nas quais o delegado de polícia deve exercer o controle de convencionalidade, a começar do recebimento da *notitia criminis* e subsequente elaboração do boletim de ocorrência, na portaria inaugural do procedimento, nos despachos interlocutórios emitidos durante a investigação, na decisão de indiciamento, nas representações ao juiz por decretação de medidas cautelares e em seu relatório final.

5.6.2 O exame na subsunção típica e nas providências de polícia judiciária

Na esfera penal, encontram-se em vigor o Código Penal de 1940 e o Código de Processo Penal de 1941. Inobstante ocorridas alterações pontuais com o intuito de adequá-los à ordem constitucional de 1988, ambos os diplomas ainda possuem, em seus textos, dispositivos que não resistem a uma leitura compatível com os direitos e garantias fundamentais asseguradas pela lei maior, e com os direitos humanos consolidados pelas normas internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio.

Nesse contexto, de acordo com a abordagem feita em maior profundidade adiante, não raras vezes, no exercício da persecução penal estatal, sobretudo na fase preliminar de investigação criminal, o delegado de polícia se depara com disposições de direito material e processual descompassadas com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Cuidam-se de normas penais e processuais que, assim como o ordenamento jurídico como um todo, exigem um exame em cotejo com a dignidade da pessoa humana e outros valores e princípios estruturantes da persecução penal constitucional e convencional.

Nesse viés, cabe ao delegado de polícia, ao se deparar com o fato a ser apurado, buscar a adequação típica com a subsunção do caso às normas penais incriminadoras previstas na legislação existente no sistema penal pátrio, devendo afastar a incidência de tipos penais absolutamente incompatíveis com os preceitos de direitos humanos e com os consagrados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O direito penal também deve ser interpretado sob o viés da matriz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, consubstanciado nas declarações de direitos e nos tratados e convenções internacionais. Nesse sentido é a ponderação de Zaffaroni e Pierangeli:

Estes instrumentos devem ser levados em conta em qualquer interpretação que se faça do direito penal positivo interno, que não pode entrar em contradição com eles. Estes documentos têm criado, mediante uma base positiva, uma consciência jurídica universal. Pouco importa que alguns países não tenham ratificado todos eles, posto que, de fato, eles atuam universalmente, e nenhum país pode considerar-se desvinculado de seus princípios que, em definitivo, estão sistematizados na Carta das Nações Unidas e na Organização dos Estados Americanos²⁶⁸.

²⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro v. 1:** Parte geral. 9. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 68.

“Subsunção”, em sua concepção formal, significa a correspondência do fato ao tipo penal, porém, sob o aspecto da tipicidade material, prevê, ainda, a ocorrência de lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado²⁶⁹. Há também a teoria da tipicidade conglobante²⁷⁰, que considera o sistema normativo como um todo, compreendendo que, além da tipicidade formal, é exigida a material associada à antinormatividade, ou seja, aquilo que o direito não ordena ou não incentiva.

Nessas hipóteses, o delegado de polícia, ainda que em caráter precário, temporário e urgente, sempre visando à proteção da dignidade humana e à prevenção de lesão irreparável a este valor, reconhece atipicidade de determinada conduta confrontada com uma norma incriminadora contrária ao texto convencional, deixando de aplicá-la naquele caso concreto, para submetê-la à apreciação judicial com o provimento definitivo a respeito.

Sendo assim, observe-se que, além dos elementos tradicionais que compõem uma infração penal, os fatos e a conduta aparentemente ilícitos em questão devem ser avaliados à luz de fatores que conduzam à prevalência da dignidade humana, dos direitos humanos e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esse controle realizado pelo delegado de polícia no exame da subsunção típica de casos penais contempla o que é chamado teoria convencional ou humanista do delito.

Igualmente, o delegado deverá atuar em relação às normas processuais penais quando detectar, na legislação pátria, dispositivo conflitante com os tratados e convenções de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico pátrio. Assim procedendo, a autoridade policial impede a aplicação de uma norma interna com potencial capaz de violar direitos universais, indisponíveis e inalienáveis assegurados ao indivíduo no plano internacional, consoante os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro no cenário externo.

No âmbito processual, essencialmente procedimental relativo à primeira fase da persecução penal, o delegado de polícia deve, no exercício de seu mister, indeferir diligências requeridas pela parte (investigado, indiciado ou ofendido) com base no art. 14 do CPP²⁷¹, se julgar que – no caso concreto – a sua realização acarrete violação aos direitos humanos e fundamentais, e as que possuam o caráter meramente procrastinatório e que violem os arts.

²⁶⁹ ALVES, Jamil Chaim. **Manual de direito penal: parte geral e especial**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 279.

²⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro v. 1: Parte geral**. 9. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 399.

²⁷¹ BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Art. 14. O ofendido – ou seu representante legal – e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

8.1²⁷² e 11.1²⁷³ da CADH. Esta atuação do delegado revela o controle de convencionalidade sobre as normas processuais internas incidentes sobre determinado caso concreto em cotejo com dispositivos de tratados e convenções internacionais de direitos humanos. Podem funcionar como exemplos dessas hipóteses: o indeferimento de requerimento de instauração de inquérito policial, o indeferimento pelo Delegado Geral de Polícia quando da negativa do recurso administrativo sobre o inconformismo com a decisão que refutou a instauração do procedimento pleiteada pela parte, o indeferimento de requerimento de um dos envolvidos quando pleiteia a reprodução simulada dos fatos cuja realização afronte direitos humanos e fundamentais, além de outros que a autoridade policial reputar de acordo com a casuística.

Reforça-se que, o controle feito pelo delegado de polícia não se presta a revogar ou declarar inválida a norma considerada inconvenção – este apenas realiza o seu afastamento provisório à luz do caso concreto para a salvaguarda de valores supremos conferidos ao ser humano. O exame definitivo será feito pelo Poder Judiciário. Além disso, em casos outros nos quais é chamado a decidir por conta do ofício, a autoridade policial desenvolve uma interpretação conforme os direitos humanos, em consagração à teoria internacionalista dos direitos humanos.

Note-se que a CF/1988, em seu art. 5º, LIV, estabeleceu: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Conforme já exposto, o sentido de devido processo legal é aplicável à investigação criminal e ao inquérito policial como mecanismo capaz de afetar a liberdade individual, garantindo-se assim o formato adequado ao modelo democrático do Estado e de suas instituições.

Partindo dessa premissa, deve-se compreender a existência de um devido processo penal constitucional e convencional, cujo raio de alcance envolve, por paralelismo, uma devida investigação criminal constitucional e convencional²⁷⁴.

²⁷² CADH. Art. 8.1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

²⁷³ CADH. Art. 11.1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

²⁷⁴ Em decisão fundamentada em 1 de novembro de 2023 nos autos do expediente administrativo oriundo do Consulado da África do Sul contendo *notitia criminis* sobre aparente fato ilícito praticado em desfavor de cidadã estrangeira quando em solo brasileiro, autuado sob o n. 058.00023612/2023 no qual fomos instados a nos manifestar conclusivamente perante a hierarquia institucional, quando estivemos em exercício da titularidade da 3ª Delegacia de Polícia de Atendimento ao Turista – Aeroporto de Guarulhos – DEATUR/DOPE, acolhemos as razões do delegado de polícia Rodolfo Luiz Decarli pela insubsistência de fundamentos à adoção de providências de polícia judiciária por falta de condição de procedibilidade indispensável à apuração do crime de estelionato (art. 171 do CP/1940) e inconsistência formal do documento estrangeiro produzido na África do Sul, por inobservância das exigências legais e normativas previstas na Convenção de Haia (em vigor no Brasil desde 2016) para o apostilamento e posterior tradução juramentada, conforme disciplina o art. 192 do Código de Processo Civil e art. 27 da Lei n. 14.195, de 26 de agosto de 2021 e demais atos normativos arrolados: Decreto n.

5.6.3 Limites e efeitos do controle pelo delegado de polícia

Ao contrário da atividade jurisdicional na qual o juiz decide o caso aplicando o direito com caráter de definitividade, o controle de convencionalidade realizado pelo delegado de polícia se dá no âmbito extrajudicial, prévio em relação ao processo penal; portanto, o delegado encontra limites no sentido de que sua decisão não tem o condão de tornar inválida ou declarar uma norma interna como inconvencional. No entanto, o exercício desse mecanismo pelo delegado de polícia durante a etapa sumaríssima que lhe compete permite que direitos humanos e fundamentais do indivíduo sejam preservados até a análise judicial.

Nessa perspectiva, reconhecer ao delegado de polícia o poder-dever de realizar o controle de convencionalidade na forma descrita representa uma garantia a todos os cidadãos, no sentido de que, mesmo precária e provisoriamente, estes terão seus direitos assegurados pelo Estado.

Referido controle demonstra, também, que o Estado é subordinado aos compromissos pertinentes ao tema dos direitos humanos assumidos na seara internacional, na medida em que todos os seus órgãos e Poderes estão vinculados ao cumprimento dessas normas, viabilizando sua projeção juridicamente profícua no cenário externo, além de evitar que responsabilidades sejam impostas por eventual inobservância.

Alinhado ao cenário descrito, esse aspecto é ressaltado por Sayeg:

Certo é que, aceitar a avaliação da convencionalidade das leis pelo delegado de polícia, tendo como parâmetro para tanto decisões ou firme orientação das Cortes ou juízos nacionais ou internacionais, que coloque em xeque a convencionalidade daquelas, é reconhecer o caráter democrático e garantista

6.975/2009 – Acordo sobre Residência para nacionais dos Estados Partes do Mercosul, Bolívia e Chile; Decreto n. 5.852/2016 – Acordo sobre Dispensa de Tradução de Documentos Administrativos para Efeitos de Imigração entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile; Decreto n. 5.851/2006 – Acordo sobre Dispensa de Tradução de Documentos Administrativos para Efeitos de Imigração entre os Estados Partes do Mercosul; Decreto n. 9.089/2017 – Acordo Brasil/Uruguai sobre Residência Permanente com o objetivo de alcançar livre circulação de pessoas; Decreto n. 6.736/2009 – Acordo Brasil/Argentina, para concessão de permanência a detentores de vistos temporários ou a turistas; Decreto n. 3.598/2000 – Promulga o Acordo de cooperação em matéria civil entre Brasil e França; Portaria Interministerial MJSP/MRE n. 19, de 23 de março de 2021 – Dispõe sobre a concessão de autorização de residência ao imigrante que esteja em território brasileiro e seja nacional de país fronteiriço, onde não esteja em vigor o Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL e países associados, a fim de atender a interesses da política migratória nacional, nos seguintes termos: DESPACHO. Comigo Hoje: Respeitosamente acolho a manifestação da autoridade policial que subscreveu no feito e restituiu o presente expediente com as razões anexas, explicitando a impossibilidade de demais providências de polícia judiciária por esta unidade, bem como pela ausência de condição de procedibilidade exigida por lei para a persecução penal da referida infração penal. Saliento que o documento enviado pelo Consulado Sul Africano não atende aos requisitos legais e às normas internacionais ratificadas e em vigor no Estado brasileiro pela ausência de apostilamento e de tradução juramentada (Convenção de Haia), por tais razões, incapaz de produzir efeitos jurídicos no âmbito interno. Diante do exposto, estando a Administração Pública sujeita ao primado da legalidade e da juridicidade, impõe-se o acatamento do arcabouço normativo supramencionado, como corolário do regime jurídico administrativo brasileiro.

do inquérito policial, em especial na efetividade dos direitos humanos, justamente pelo fato de que, em tal decisão, estará ajustando sua decisão à normativa internacional pela hermenêutica, construindo interpretações para se compatibilizar com parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos; bem como, estará agindo preventivamente à responsabilização do Estado Brasileiro no plano internacional diante de eventual ofensa aos direitos humanos²⁷⁵.

Dessa forma, a inserção deste mecanismo no contexto das atividades de polícia judiciária desempenhadas pelo delegado de polícia representa a adequação da atuação estatal às normas internacionais e seus preceitos na proteção dos direitos humanos.

5.6.4 A proteção dos direitos humanos no controle pelo delegado de polícia

O controle de convencionalidade efetivado pelo delegado de polícia viabiliza a tutela de bens juridicamente fundamentais da pessoa, à medida que a análise e as providências adotadas em âmbito da Polícia Judiciária – respeitadas as limitações já mencionadas e diante do possível – promovem o restabelecimento do *status quo* existente antes da prática da infração penal.

O caráter ininterrupto das atividades de polícia judiciária postos à disposição da população funciona como canal de facilitação para o conhecimento dos fatos por demais órgãos, inclusive jurisdicionais, permitindo que, em tempo oportuno, sejam adotadas medidas para a tutela provisória e urgente de direitos violados ou ameaçados de lesão, oferecendo uma possibilidade de resposta instantânea ao seu titular.

A função de polícia judiciária compreende o manuseio de medidas cautelares, como a prisão em flagrante e a apreensão de coisas ilícitas ou obtidas por meios criminosos, funcionando como instrumentos para a proteção de bens juridicamente tutelados e impedindo a consumação ou agravamento do fato. Sob essa perspectiva, menciona-se a hipótese segundo a qual o indivíduo é surpreendido e capturado em flagrante por um agente da autoridade quando iria dar o golpe final para ceifar a vida de uma vítima, ou tem um instrumento que seria utilizado para ação delitiva apreendido formalmente, ou ainda, quando um bem subtraído e recuperado é restituído logo em seguida devido à ação policial.

Essencialmente quando os fatos penalmente ilícitos vitimizam grupos em vulnerabilidade ou minorias, destaque-se que a solução pela ação policial e providências de

²⁷⁵ SAYEG, Ronaldo. **O inquérito policial democrático**: uma visão moderna e contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 84.

polícia judiciária, em muitos casos, além de servirem de óbice à continuidade da prática delitiva, propiciam a repressão às condutas criminosas atentatórias a esse público.

5.7 Hipóteses passíveis de controle de convencionalidade no âmbito da polícia judiciária

Em relação às questões de ordem racial, o STF, no julgamento do HC n. 154.248²⁷⁶, entendeu que a infração penal de injúria racial, prevista no art. 140, § 3º, do CP/1940, corresponde à espécie do gênero racismo e constitui-se em expressão de sua manifestação, conduta repugnante que recebe a capitulação legal pela Lei n. 7.716/1989, atribuindo-lhe a característica da imprescritibilidade consoante determina o art. 5º, XLII, da CF/1988.

A prática de polícia judiciária já confirmou o exercício do controle de convencionalidade em âmbito administrativo, como no caso em que a autoridade policial, ao encontro do entendimento da decisão acima, reconheceu em solo de cognição sumaríssima a incidência de normas internacionais ratificadas pelo Estado brasileiro e considerou a infração penal de injúria racial, além de imprescritível, inafiançável e sujeita à ação penal pública incondicionada, efetivando concretamente a tutela penal dos direitos humanos das vítimas. Referida decisão foi homologada pelo Poder Judiciário²⁷⁷.

Pois bem, o parâmetro referencial para essa interpretação em sede de providências de Polícia Judiciária é a Convenção interamericana contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância, firmada pelo Brasil em 5 de junho de 2013, na Guatemala, passando pela aprovação congressional conforme o art. 5º, § 3º, da CF/1988, em 18 de fevereiro de 2021, ratificada em 12 de maio de 2021, depósito do instrumento perante a OEA em 28 de maio de 2021, adquirindo vigor em 27 de junho de 2021 (30º dia após o depósito, nos termos do art. 20) e promulgada internamente pelo Decreto n. 10.932/2022.

O fundamento para viabilizar esse raciocínio é o disposto no art. 4º do texto convencional, ao estabelecer como deveres do Estado prevenir e punir, conforme suas normas

²⁷⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC n. 154.248/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 28-10-2021, Public. 23-02-2022. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349811889&ext=.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2023.

²⁷⁷ Cuida-se de decisão em ocorrência apresentada em 14 de janeiro de 2022, no plantão policial da 3ª Delegacia de Polícia de Atendimento ao Turista do Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP, em que a Delegada de Polícia Civil do Estado de São Paulo Greice Renata Gandolphi adotou o julgado acima, que equiparou a infração penal de injúria racial ao racismo para fins de imprescritibilidade, utilizando-o como parâmetro por extensão hermenêutica; considerou, também, o delito inafiançável, sujeito à ação penal pública incondicionada, com os efeitos citados, autuando em flagrante delito, indivíduo conduzido sob imputação de ofender verbalmente a honra subjetiva da vítima no tocante à cor da pele (RDO n.69/2022 – 3ª D.P. AEROP/TUR-GUARULHOS – CNJ n.1500111-85.2022.8.26.0535).

constitucionais e disposições da citada Convenção, todos os atos e manifestações de racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância.

Depreende-se, assim, que a autoridade policial, tendo como premissa o mandamento convencional, afastou no caso concreto a incidência da norma processual relativa à fiança, para aplicar os efeitos processuais penais previstos no dispositivo constitucional, submetendo sua decisão ao crivo do Poder Judiciário.

A questão hoje está superada em razão da superveniência da Lei n. 14.532/2023, a qual inseriu o delito de injúria racial na Lei n. 7.716/1989 e alterou a redação do Código Penal.

Em matéria de direito antidiscriminatório, nota-se que tanto a CF/1988 (art. 3º, IV), quanto a Convenção Interamericana contra o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância (arts. 7º e 9º) irradiam textualmente mandamentos de repúdio a todas as formas de discriminação, contendo mandados de criminalização a respeito de condutas ilícitas.

Referida norma interamericana foi assinada pelo Brasil em 5 de junho de 2013, na Guatemala, aprovada pelo Congresso Nacional em 18 de fevereiro de 2021, com equivalência à emenda constitucional; teve seu instrumento de ratificação depositado em 18 de maio de 2021 e foi promulgada internamente pelo Decreto n. 10.932/2022.

Esse espírito de combate à discriminação é dirigido a todos os Poderes e órgãos do Estado, cada qual no âmbito de sua competência constitucional, a fim de que essas práticas repugnantes sejam erradicadas e, com isso, se viabilize a construção de uma sociedade plural. Nesse viés, marca presença importante a Lei n. 7.716/1989, voltada para a repressão aos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

No entanto, o legislador restringiu o alcance da norma, sem se atentar ao contexto amplo consagrado pela Constituição e pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁷⁸, deixando

²⁷⁸ **Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.** Artigo 1. Para os efeitos desta Convenção: 1. Discriminação racial é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. [...] 4. Racismo consiste em qualquer teoria, doutrina, ideologia ou conjunto de ideias que enunciam um vínculo causal entre as características fenotípicas ou genotípicas de indivíduos ou grupos e seus traços intelectuais, culturais e de personalidade, inclusive o falso conceito de superioridade racial. [...] 6. Intolerância é um ato ou conjunto de atos ou manifestações que denotam desrespeito, rejeição ou desprezo à dignidade, características, convicções ou opiniões de pessoas por serem diferentes ou contrárias. Pode manifestar-se como a marginalização e a exclusão de grupos em condições de vulnerabilidade da participação em qualquer esfera da vida pública ou privada ou como violência contra esses grupos. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.** Antígua, 5 jun. 2013. Disponível em: https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-68_Convencao_Interamericana_racismo_POR.pdf. Acesso em: 5 fev. 2023.

de prever sua aplicação às demais formas discriminatórias e de intolerância, e, com isso, de oferecer a mesma proteção legal às outras categorias vulneráveis e minorias. Essa omissão legislativa foi reconhecida pelo STF por ocasião da apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 e Mandado de Injunção n. 4.733, restando declarada a extensão desse rol para albergar condutas homofóbicas e transfóbicas.

Assim, de acordo com essa inclinação para a proteção dos direitos humanos, o delegado de polícia deve valer-se da teoria da interpretação aberta da Constituição para reconhecer, no caso concreto, a inconstitucionalidade e a inconveniência por omissão na hipótese de prática das condutas criminosas descritas na Lei n. 7.716/1989 quando perpetradas no contexto discriminatório e de segregação em face de outras pessoas em vulnerabilidade, a exemplo das pessoas com deficiência ou idosos, aplicando referido diploma à situação.

Já no tocante às questões relacionadas à violência doméstica e familiar contra a mulher, o CP/1940, em seu art. 181, I e II, estabelece as “escusas absolutórias”, isentando de pena o autor que perpetrar, em face de cônjuge na constância do casamento ou ascendente ou descendente, um dos crimes previstos no título II do estatuto repressivo.

Cuida-se de imunidade material ou imunidade penal absoluta em que subsiste o crime como fato típico, ilícito e culpável, mas sem haver possibilidade de imposição de pena, restando a autoridade policial impedida de instaurar inquérito policial ou oferecimento de denúncia pelo titular da ação penal, por força da ausência de justa causa que viabilize a persecução penal de um fato cujo direito de punir o Estado não poderá exercer.

O art. 182, I, II e III, por sua vez, traz imunidades relativas e exige representação do ofendido como condição de procedibilidade para o exercício da persecução penal quando o fato é cometido em prejuízo do cônjuge desquitado ou separado judicialmente, de irmão ou de tio ou sobrinho com quem o agente coabita.

Saliente-se que o art. 183, I, II e III, do CP/1940, é expresso no sentido de vedar a aplicação dos dispositivos acima nos casos de roubo e extorsão ou quando haja violência ou grave ameaça à vítima, ou ainda, ao terceiro partícipe, e quando praticado contra pessoa idosa.

Todavia, no contexto de violência doméstica, a Lei n. 11.340/2006, em especial o art. 7º, IV, previu a subtração ou lesão ao patrimônio da vítima como forma de violência doméstica e familiar contra a mulher, atendendo aos mandamentos da Convenção – conhecida como Convenção de Belém do Pará²⁷⁹ – para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.

²⁷⁹ Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. Adotada em Belém do Pará em 9 de junho de 1994 e internalizada em 1º de agosto de 1996 pelo Decreto n. 1.973.

A questão relativa à aplicabilidade das escusas absolutórias nos casos de violência patrimonial contra a mulher é controversa, pois há quem entenda que, se desejasse o legislador que essas imunidades incidissem nas situações fáticas contempladas pela lei especial, o teria feito expressamente, a exemplo do ocorrido com o Estatuto do Idoso, que alterou a redação do dispositivo no Código Penal para acrescentar a vedação delas quando a vítima for pessoa idosa (idade igual ou superior a 60 anos)²⁸⁰. Discorda-se nesse ponto, pois o abalo familiar já se faz presente a partir do momento em que ocorre qualquer violência contra a mulher no âmbito das relações familiares ou domésticas, razão pela qual se exige o afastamento preliminar da norma interna no caso concreto, visando à proteção mais eficaz diante de sua condição vulnerável.

A Convenção foi adotada em 09 de junho de 1994, na cidade de Belém/PA, recebeu aprovação congressional em 31 de agosto de 1995 através do Decreto Legislativo n.107 e teve a carta do instrumento de ratificação depositada em 27 de novembro de 1995; ao final, fora promulgada internamente em 01 de agosto de 1996, por meio do Decreto n. 1.973, quando passou a incorporar o ordenamento brasileiro.

O texto convencional, em seu art. 7, “b”, destaca como dever dos Estados a atuação para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher. Sob essa perspectiva e com fundamento no princípio *pro homine*, deve imperar a necessidade de aplicação da norma que ofereça maior proteção à vítima em vulnerabilidade, pois cabe ao operador interpretar os fatos e as leis internas à luz da CF/1988 e das normas internacionais de proteção dos direitos humanos²⁸¹.

Masson argumenta outro aspecto em defesa do afastamento das escusas absolutórias para os casos em tela:

Com efeito, após a entrada em vigor da Lei Maria da Penha, todo crime patrimonial praticado com violência doméstica ou familiar contra a mulher é executado com violência à pessoa, afastando os benefícios estatuídos pelos arts. 181 e 182 do Código Penal²⁸².

É justamente nesse cenário que a Polícia Judiciária, em suas atividades, sob a responsabilidade do delegado de polícia, possui o dever de realizar o controle de convencionalidade das normas penais previstas pelos citados dispositivos do estatuto material, deixando de aplicá-las em face das normas convencionais adotadas pelo Brasil, de modo a

²⁸⁰ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha** – 11.340/2006 comentada artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021, p. 105.

²⁸¹ IBRAHIN, Francine Imene Dias. O controle da convencionalidade diante das escusas absolutórias dos crimes patrimoniais praticados no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher. In: BELIATO, Araceli Martins; IBRAHIN, Francini Imene Dias (org.). **Lei Maria da Penha no direito policial**. Leme-SP: Mizuno, 2021, p. 122.

²⁸² MASSON, Cléber. **Código Penal comentado**. 10. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022, p. 1.009.

oferecer maior proteção à mulher vítima de crimes patrimoniais praticados no âmbito da Lei n. 11.340/2006²⁸³.

Esse controle ocorre a partir da decisão da autoridade policial que recepciona a *notitia criminis*, tipificando a conduta do agente de subtração do bem da vítima como furto, seguido das demais providências de polícia judiciária urgentes ao caso no momento, com a instauração do inquérito policial respectivo e submissão ao crivo jurisdicional e ministerial, o que representa um passo concreto a caminho da aplicação efetiva dos direitos humanos.

Não se pode tampouco olvidar dos casos em que o controle de convencionalidade pelo delegado de polícia se dá pela aplicação da norma que oferece maior proteção sob a perspectiva do bem juridicamente tutelado pela lei penal, essencialmente quando referido aos crimes de *jus cogens* ou delitos de lesa humanidade, imprescritíveis à luz da normatização internacional pertinente.

Os referidos delitos compõem o rol de crimes sujeitos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, órgão jurisdicional permanente, instituído pelo Estatuto de Roma em 17 de julho de 1998 durante a Conferência das Nações Unidas em Haia, na Holanda – vale dizer, tratado do qual o Brasil é parte por tê-lo ratificado e, posteriormente, promulgado seu texto internamente pelo Decreto n. 4.388/2002.

Dentre as infrações penais abrangidas pela competência material do citado órgão internacional, destacam-se a escravidão, a tortura e os crimes contra a humanidade caracterizados por um quadro de ataque sistemático ou generalizado contra qualquer população civil. Nessa linha, como expressão do gênero relativo à escravidão, na legislação brasileira há o crime de redução à condição análoga à de escravo (art. 149 do CP/1940), e a tortura, em suas modalidades (Lei n. 9.455/1997).

Outro tipo penal relativo a essa categoria é o crime de genocídio (Lei n. 2.889/1956), também contemplado pela norma internacional citada²⁸⁴ e merecedor de reprimenda por parte do Estado por ser inconcebível a sua prática atualmente.

Sobre a mencionada infração penal, observa Lafer:

²⁸³ Essa prática tem sido efetivada pela Polícia Judiciária, sobretudo nas Delegacias de Defesa da Mulher, com o registro de ocorrências versando sobre furtos e danos praticados nesse cenário de violência doméstica e familiar especificamente contra a mulher, o que viabiliza a instauração de inquéritos policiais para apurar esses fatos típicos e ilícitos, os quais, submetidos a controle judicial e ministerial, em boa parte, resultam em oferecimento e recebimento de denúncia pelo juizado de violência doméstica.

²⁸⁴ Decreto n. 4.388/2002. Art. 6º. Crime de Genocídio. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “genocídio”, qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal: a) homicídio de membros do grupo; b) ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; c) sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; d) imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e) transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Conforme se verifica nos termos do Direito Internacional Público Positivo, o genocídio e a participação no genocídio é crime internacional por força da Convenção de 1948 – que é pacificamente considerada norma imperativa geral do Direito das Gentes, uma vez que a prevenção e a repressão ao genocídio são vistas pela comunidade internacional como uma necessidade de ordem pública, uma exigência básica da vida na sociedade internacional²⁸⁵.

As citadas infrações penais não receberam do constituinte a outorga da imprescritibilidade, tampouco pela legislação ordinária brasileira, todavia, como ostentam gravidade capaz de afetar a comunidade internacional, não devem ficar impunes, devendo recair sobre elas a repressão efetiva através da adoção de medidas em âmbitos nacional e internacional.

Assim, é imperativo que o intérprete faça o cotejo da norma internacional com a interna, extraíndo a que maior proteção ofereça ao bem jurídico sob a perspectiva da tutela dos direitos humanos, apta a afastar a impunidade desses crimes e reclamar a devida reprimenda. Deve, assim, prevalecer o instrumento internacional, cujo dispositivo assegura a imprescritibilidade.

A Corte IDH, inclusive, já se pronunciou a respeito:

[...] Além disso, a Corte constatou o caráter imprescritível do delito de escravidão e de suas formas análogas no Direito Internacional, como consequência de seu caráter de delitos de Direito Internacional, cuja proibição alcançou o *status* de **jus cogens** (par. 249 supra). Ademais, a Corte recorda que, de acordo com sua jurisprudência constante, os delitos que representem graves violações de direitos humanos não podem ser objeto de prescrição. Consequentemente, o Brasil não pode aplicar a prescrição a este caso e a outros similares²⁸⁶ (grifo nosso).

Em outros precedentes, a Corte IDH²⁸⁷ reafirmou o entendimento sobre o rótulo de imprescritibilidade que deve ser atribuído a estes crimes – especificamente nos casos envolvendo a prática de tortura –, por considerá-los como delitos de lesa-humanidade, cabendo ao Estado o perene dever de investigar e punir seus responsáveis.

²⁸⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 237.

²⁸⁶ (...) *Asimismo, la Corte ha constatado el carácter imprescriptible del delito de esclavitud y de sus formas análogas en el derecho internacional, como consecuencia de su carácter de delitos de derecho internacional, cuya prohibición alcanzó el estatus de jus cogens (supra párr. 249). Además, la Corte recuerda que, de acuerdo con su jurisprudencia constante, los delitos que impliquen graves violaciones de derechos humanos no pueden ser objeto de prescripción. En consecuencia, Brasil no puede aplicar la prescripción a este caso y otros similares.* CORTE IDH. Caso Trabajadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 22 de outubro de 2016, Série C, nº 318, § 454. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf. Acesso em 16 set. 2023.

²⁸⁷ CORTE IDH. Caso Vladimir Herzog vs. Brasil, sentença de 15.03.2018, série C, n. 353, § 372.

Houve, também, o posicionamento do órgão²⁸⁸ de que o estupro de mulheres em condições de vulnerabilidade agravada por estarem sob custódia de agentes do Estado seria equivalente à tortura, portanto, insuscetível de leis de anistia e prescrição como óbices à investigação de graves violações de direitos humanos.

Note-se que, os precedentes da Corte IDH²⁸⁹ têm como direcionamento a adoção de um conceito mais amplo de graves violações de direitos humanos, abrangendo também ilícitos praticados em regimes democráticos, relativos à tortura, maus tratos, execuções extrajudiciais, sumárias e arbitrárias, desaparecimento forçado, submissão a condições análogas à escravidão e violência sexual e de gênero, de modo a impedir a impunidade destes crimes.

Neste contexto de normatividade complexa, o delegado de polícia deve, como primeiro braço do Estado na aplicação do direito, reconhecer e afastar a incidência do instituto da prescrição previsto pelo art. 109 e seguintes do CP/1940 diante dessas duas hipóteses no exercício do controle de convencionalidade pela interpretação *pro homine*, adotando providências de polícia judiciária para o início ou continuidade das investigações para a submissão à justiça.

Outra hipótese na qual o delegado de polícia, durante seu mister, possui o poder-dever de realizar o controle de convencionalidade na preservação dos direitos humanos do indivíduo diz respeito à possibilidade de dispensar a fiança prevista na lei como medida contra cautelar ao indiciado, de forma a garantir o seu comparecimento aos demais atos do inquérito policial e do processo quando regularmente notificado.

Essa possibilidade é extraída do próprio diploma processual penal, que, em seu art. 3º, estabelece: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Desse modo, fica claro que o legislador de 1941 permitiu ao operador do direito o uso desses mecanismos para a resolução de casos que estão além ou são semelhantes aos previstos pelos seus dispositivos legais, mas buscam solução no próprio sistema do ordenamento jurídico. É justamente o que ocorre com o instituto da fiança, uma garantia processual, mas também consubstanciada em direito público subjetivo do investigado ou acusado durante a persecução penal.

²⁸⁸ CORTE IDH. Caso Fazenda Nova Brasília vs. Brasil, sentença de 05.02.2018, série C, n. 345, §§ 27-29.

²⁸⁹ CORTE IDH. Caso Gutierrez Soler vs. Colômbia, sentença 12.09.2005, série C, n. 132, §§95-100; CORTE IDH. Caso Bulacio vs. Argentina, sentença 19.09.2003, série C, n. 100, §§110-121; CORTE IDH. Caso Villagran Morales e outros vs. Guatemala, sentença 19.11.1999, série C, n. 63, §§ 228-238; CORTE IDH. Caso Gonzalez e outras (campo algodoneiro) vs. México, sentença 16.11.2009, série C, n. 205, § 455.

Nessa abordagem, enfatiza-se o estudo nos aspectos envolvendo o instituto da fiança sob a perspectiva de sua fixação em sede de etapa policial²⁹⁰, preliminar, extrajudicial da persecução penal do Estado, de modo a demonstrar como se opera o manejo desse instrumento legal que reflete diretamente no direito de liberdade do indivíduo.

Mais uma vez, evidencia-se o importante papel do delegado de polícia como agente estatal garantidor de direitos fundamentais da pessoa, na medida em que sua decisão é capaz de acarretar a constrição da liberdade individual ou restabelecer esse direito, conforme observa Decarli:

A função exercida pelo delegado de polícia exige um enorme preparo jurídico por parte deste operador do Direito, já que durante o exercício de suas funções, em especial num plantão policial, pode se deparar com inúmeras ocorrências, das mais diversas possíveis, cabendo a ele decidir com isenção e técnica jurídica em um curto espaço de tempo²⁹¹.

O autor prossegue destacando outro ponto fundamental a ser observado pelo intérprete da norma – a igualdade de todos perante a lei:

A Polícia Judiciária, no desempenho de sua atividade, é órgão instrumental à propositura de ações penais, exercendo atribuição essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica. O caráter republicano de sua atuação demonstra claro que durante a investigação criminal, todos devem possuir tratamento isonômico²⁹².

Diante disso, o delegado de polícia, em sua atuação funcional, deve também rigorosamente ficar atento ao princípio da isonomia sob a ótica da igualdade, sob seu prisma material, com olhar direcionado às condições de desigualdades de cada pessoa, essencialmente no que toca ao valor arbitrado ao indivíduo como fiança. Isso segue ao encontro do CPP/1941, ao fixar, em seu art. 326: “Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as

²⁹⁰ BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites: I – de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, quando se tratar de infração cuja pena privativa de liberdade, no grau máximo, não for superior a 4 (quatro) anos; § 1º Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser: I – dispensada, na forma do art. 350 deste Código; II – reduzida até o máximo de 2/3 (dois terços); ou III – aumentada em até 1.000 (mil) vezes.

²⁹¹ DECARLI, Rodolfo Luiz. **A prisão em flagrante delito e os detentores de foro por prerrogativa de função**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59198/a-prisao-em-flagrante-delito-e-os-detentores-de-foro-por-prerrogativa-de-funcao>. Acesso em: 28 jan. 2023.

²⁹² DECARLI, Rodolfo Luiz. **A prisão em flagrante delito e os detentores de foro por prerrogativa de função**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59198/a-prisao-em-flagrante-delito-e-os-detentores-de-foro-por-prerrogativa-de-funcao>. Acesso em: 28 jan. 2023.

circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento”.

Depreende-se, disso, que arbitrar a fiança em valor superior às condições econômicas do indivíduo, impossibilitando-o de efetivar o seu pagamento e, com isso, inviabilizar o exercício desse direito, é o equivalente a não a arbitrar, violando o direito de liberdade pessoal e de locomoção previstos tanto no cenário jurídico interno quanto no internacional.

Indo mais além, havendo a permissão legal ao indivíduo para que, mediante prestação dessa garantia, permaneça sob liberdade até decisão judicial em contrário, e, tratando-se de um direito público subjetivo seu, pois preenchidos os requisitos legais, a autoridade policial deve fixar o valor a ser pago.

Diante disso, algumas reflexões se apresentam sobre a exigência de fiança, ainda que irrisório o valor, de uma pessoa absolutamente incapacitada sob o aspecto econômico. Nessa perspectiva, ela estaria destituída desse mesmo direito que assiste ao indivíduo financeiramente mais favorecido. Por maior que seja a redução legal permitida à autoridade policial para arbitrá-la, exigir a citada medida contra cautelar de uma pessoa em situação de rua, privada até mesmo da mínima condição de segurança alimentar e sobrevivendo à base de doações, obriga à ponderação de que, sob a ótica da lei, existem categorias de seres humanos: uns com mais e outros com menos direitos.

Com base nisso, impõe-se ao operador do direito – essencialmente, no caso, ao delegado de polícia – analisar as circunstâncias à luz não só do ordenamento jurídico interno, mas, sobretudo, sob a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, na observância das normas internacionais incorporadas ao sistema pátrio.

Note-se que o art. 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) estabelece aos Estados Partes o compromisso de respeitar os direitos e liberdades nela previstos sem discriminação alguma, dentre elas, a posição econômica ou qualquer outra condição social da pessoa. O art. 1.2 do texto convencional prossegue definindo: “Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”.

Também devem nortear a decisão da autoridade policial, nesse caso, os arts. 7.1, 7.2, 7.5 e 8.2 da CADH, e o art. 5º, LXVI, da CF/1988, atribuindo aos dispositivos da lei processual penal que tratam do assunto (fiança) interpretação conforme os preceitos aqui indicados.

Ademais, observa-se que o art. 325 do CPP/1941 faz referência ao termo “autoridade” quando menciona o valor para fixar fiança, estabelecendo, na sequência, os limites para tanto. No entanto, em várias outras passagens do CPP/1941, quando o legislador desejou distinguir entre a autoridade policial e a autoridade judiciária, ele o fez expressamente, para deixar claro

que determinada questão está reservada a uma ou outra dessas autoridades – a exemplo dos arts. 321 e 322 do CPP/1941.

É sabido que os parágrafos e incisos devem sempre ser interpretados em conformidade com o *caput* do artigo de uma lei, de maneira que busquem expressar o real sentido da norma. Dessa forma, não houve por parte do legislador de 1941 qualquer distinção de “autoridades” nesse sentido, logo, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Ainda, a alusão feita pelo § 1º, I, do art. 325 do CPP/1941 ao referir-se à forma do art. 350 do mesmo diploma, está relacionada à situação econômica do preso e não propriamente à autoridade competente para conceder a dispensa.

Nicolitt também admite possível a dispensa da fiança pelo delegado de polícia:

A segunda controvérsia consiste em saber se é possível que a própria autoridade policial aplique analogicamente o art. 350 do CPP, em caso de indiciado preso. A resposta também é afirmativa. A prisão em flagrante destina-se à sua conversão em prisão preventiva. Em caso de pena não superior a 4 anos, o juiz não poderia decretar a prisão, não sendo razoável recolher o indiciado ao cárcere até que o juiz o isente de recolhimento, nos termos do art. 350 do CPP. Por tal razão, sustentamos que a própria autoridade policial poderá dispensar a fiança e colocar o réu em liberdade. Tal posição encontra amparo, inclusive, em uma interpretação histórica, já que na Lei 1.060/1950, na antiga redação de seu art. 4º, §1º, a autoridade policial atestava a pobreza²⁹³.

Adotando esse entendimento quanto à possibilidade de dispensa da fiança pelo delegado de polícia, o 1º Congresso Jurídico dos Delegados da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro editou o Enunciado n. 6: “O Delegado de Polícia poderá, mediante decisão fundamentada, dispensar a fiança do preso para não recolhimento ao cárcere do indiciado pobre”²⁹⁴.

Esse posicionamento é minoritário, porém, deixar de reconhecê-lo na prática de polícia judiciária significa admitir a indesejável seletividade e discriminação do sistema penal em razão da condição socioeconômica da pessoa detida – ser benevolente com os mais abastados e rígido com os menos favorecidos²⁹⁵.

Em matéria de direito de liberdade de locomoção, o terreno é bastante fértil para que o delegado de polícia exercite o controle de convencionalidade da disciplina jurídica interna em

²⁹³ NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 11. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’ Plácido, 2023, p. 1033.

²⁹⁴ Evento realizado em 17 e 18 de novembro de 2014. Disponível em: http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=19860. Acesso em: 29 jan. 2023.

²⁹⁵ VERGAL, Sandro. A possibilidade de dispensa do pagamento de fiança pela autoridade policial. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, ano 25, n. 6181, 3 jun. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82768>. Acesso em: 14 jan. 2023.

cotejo com as normas internacionais relativas aos direitos humanos. A antiga redação do art. 322 do CPP/1941, anterior à reforma da Lei n. 12.403/2011, previa a possibilidade de arbitramento de fiança pelo delegado de polícia às infrações penais apenadas com detenção ou prisão simples, independentemente do limite de pena abstratamente cominada ao delito.

A reforma pontual na legislação processual penal inovou ao permitir que a autoridade policial conceda a fiança aos crimes cuja pena máxima abstratamente cominada não for superior a quatro anos, sem fazer distinção em relação ao qualitativo da pena – se detenção ou reclusão.

Por isso, parte da doutrina defende que a sistemática processual penal já conferia ao delegado de polícia a possibilidade de fixar fiança às infrações penais punidas com pena de detenção e que a superveniência da nova regra não poderia restringir a essência do direito de liberdade. Essa é a compreensão de Nicolitt:

A derradeira controvérsia surge do seguinte: o antigo art. 322 do CPP possibilitava à autoridade policial conceder fiança nos crimes punidos com detenção ou prisão simples. Imaginemos, então, um crime punido com detenção de 5 anos, como é o caso do art. 7.º da Lei 8.137/1990 (crime contra as relações de consumo). Teria a Lei 12.403/2011 impedido a fiança pela autoridade policial em tais casos? Parece-nos que não. A referida lei veio ampliar a dimensão da liberdade e esta deve ser sua matriz interpretativa. Desta forma, não se pode admitir uma interpretação da referida lei, que venha representar um retrocesso em relação ao direito fundamental de liberdade, sob pena de violar o princípio da vedação do retrocesso. Portanto, entendemos possível a concessão de fiança pela autoridade policial nos crimes punidos com detenção, independentemente da quantidade da pena²⁹⁶.

Rangel compartilha o mesmo pensamento:

Se a autoridade policial sempre pôde conceder fiança nos crimes punidos com detenção e agora a lei a legitima a fazê-lo em crimes cuja pena não seja superior a quatro anos, autorizando, inclusive, por exemplo, a conceder fiança no crime de furto simples (punido com reclusão), não faz sentido que não possa conceder nos crimes punidos com detenção, seja o máximo de pena superior ou não a quatro anos²⁹⁷.

Um pouco mais adiante, argumenta o autor:

Logo, é claro que a autoridade policial poderá conceder fiança em todos os crimes punidos com detenção, seja qual for a pena imposta. O critério adotado pelo legislador é o da qualidade da pena porque sempre foi assim no sistema jurídico brasileiro, não fazendo sentido que ao aumentar o rol de crimes em

²⁹⁶ NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 11. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D' Plácido, 2023, p. 1.033.

²⁹⁷ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 866.

que a autoridade policial possa conceder fiança não se inclua os punidos com detenção²⁹⁸.

A restrição imposta à autoridade policial decorrente do art. 322 do CPP/1941 colide com as disposições internacionais e nacionais e fere os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, revelando-se, assim, inconveniente diante da possibilidade de controle de convencionalidade²⁹⁹.

O fundamento para se reconhecer a proibição da vedação ao retrocesso é a Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), que, em seu preâmbulo, já estabelece o compromisso de caminhar no sentido de alcançar progressos substanciais em matéria dos direitos humanos. Além disso, em seu I. 26, congratula-se com os avanços feitos na codificação de instrumentos nesse mesmo sentido, considerando tal vedação como processo dinâmico e evolutivo e estimulando os Estados a evitarem o uso de reservas³⁰⁰.

Embora o instrumento não seja propriamente um tratado de direitos humanos, a tendência que segue o caminho da interpretação internacionalista vem atribuindo a estes documentos uma força vinculante cada vez maior aos Estados para obrigá-los a observarem seus preceitos.

Santos traça relevante paralelo ao comentar a proibição ao retrocesso, empregando a expressão “efeito *cliquet*”, termo utilizado no alpinismo quando, em determinado ponto da escalada, não é mais possível retroceder, caracterizando, assim, uma proibição ao retrocesso³⁰¹.

Além disso, precedentes da Corte IDH, embora pronunciados em matérias de direitos fundamentais sociais, reconhecem a vedação ao retrocesso como um impeditivo aos Estados face a direitos já alcançados³⁰², que não sejam suscetíveis a atos que reduzam a dimensão construída.

²⁹⁸ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 866.

²⁹⁹ MARQUES, Fábio. **Arbitramento de fiança para penas privativas de liberdade superiores a 4 anos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-18/fabio-marques-fianca-penas-superiores-anos>. Acesso em: 3 fev. 2023.

³⁰⁰ DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA. **Conferência Mundial sobre Direitos Humanos**. 14-25.06.1993, Viena – Áustria. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 23 set. 2023.

³⁰¹ SANTOS, Poadson. **Direitos humanos no Brasil e a legislação do retrocesso**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/347726/direitos-humanos-no-brasil-e-a-legislacao-do-retrocesso>. Acesso em: 23 set. 2023.

³⁰² CORTE IDH. Caso Hernández vs. Argentina, sentença 22.11.2019, série C, n. 395, §81; CORTE IDH. Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile, sentença 08.03.2018, série C n. 349, §104; CORTE IDH. Caso Muelle Flores vs. Peru, sentença 06.03.2019, série C, n. 375, §190; CORTE IDH. Caso Comunidades indígenas membros da Associação Lhaka vs. Argentina, 06.02.2020, série C, n. 420, §§ 227, 272 e 281.

Na Opinião Consultiva n. 04/84, da CIDH, o Juiz Rodolfo Piza se posicionou, durante seu voto, sobre o que entende pela distinção de direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais:

Por outro lado, a referência ao artigo 26 da Convenção decorre da minha convicção de que a distinção entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, deve-se apenas a razões históricas e não a diferenças de natureza jurídica de um e outro; então, na realidade, o que importa é distinguir, com um critério técnico-jurídico, entre os direitos subjetivos plenamente exigíveis, isto é, “diretamente exigíveis por si mesmos”, e direitos de natureza progressiva, que na verdade se comportam mais como direitos reflexos ou interesses legítimos, ou seja, indiretamente exequíveis, através de demandas positivas de natureza política ou pressão, por um lado, e ação legal de contestação do que lhes opõe ou do que lhes concede discriminação³⁰³.

A indivisibilidade dos direitos humanos é sua característica nuclear em matéria de direitos fundamentais, a funcionar como mecanismo para rechaçar a segmentação da tutela destes direitos³⁰⁴.

Interessante é a conclusão oferecida por Barbosa sobre o dispositivo legal:

Assim, o Delegado de Polícia deve no exercício de sua função garantidora dos tratados e convenções sobre direitos humanos realizar o controle de convencionalidade e efetivar concretamente tais garantias, em especial aqui mencionada, da liberdade, sendo forçoso concluir, que neste diapasão, considerar o artigo 322 do CPP vigente é limitar a expansão do direito de liberdade, é manter uma arbitrariedade tal qual se mantém a decretação de ofício da prisão pelo judiciário em sede de investigação criminal, por ser violadora dos direitos humanos, que não sobrevive ao referido controle, seja pelo diálogo das fontes, seja pela, hoje retrógrada lógica piramidal de Kelsen³⁰⁵.

³⁰³ *Por otra parte, la alusión al artículo 26 de la Convención se deriva de mi convicción de que la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos 5 económicos, sociales y culturales, obedece meramente a razones históricas y no a diferencias de naturaleza jurídica de unos y otros; de manera que, en realidad, lo que importa es distinguir, con un criterio técnico jurídico, entre derechos subjetivos plenamente exigibles, valga decir, "exigibles directamente por sí mismos", y derechos de carácter progresivo, que de hecho se comportan más bien como derechos reflejos o intereses legítimos, es decir, 'exigibles indirectamente', a través de exigencias positivas de carácter político o de presión, por un lado, y de acciones jurídicas de impugnación de lo que se les oponga o de lo que los otorgue con discriminación.* CIDH. OC n. 04/84, de 19.01.1984, série A, n. 04. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acesso em: 23 set. 2023.

³⁰⁴ GARABINI, Daniel Brocanelli. **O Princípio da proibição do retrocesso e sua aplicação aos direitos civis e políticos no âmbito do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/879/873>. Acesso em: 23 set. 2023.

³⁰⁵ BARBOSA, Ruchester Marreiros. A função materialmente judicial do delegado de polícia na audiência de custódia. In: HOFFMANN, Henrique *et. al.* **Investigação criminal pela polícia judiciária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 172.

Nessa toada, o art. 322 do CPP/1941 deve ser lido em compasso com as normas internacionais de proteção dos direitos humanos, sob pena de se neutralizar a função garantidora da expressão do direito de liberdade prevista nos tratados e convenções.

Portanto, há que se reconhecer ao delegado de polícia o dever de exercer esse controle de convencionalidade, atribuindo à norma processual penal interna a melhor interpretação à luz da CF/1988 e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, procedendo no caso à leitura da norma processual conforme os dispositivos convencionais, em consagração aos valores da dignidade da pessoa humana e do princípio *pro homine*.

A liberdade é a regra na sistemática processual penal brasileira desde que não haja vedação constitucional nesse sentido – a prisão é a exceção. Dessa forma, a inovação legislativa produzida por ocasião da Lei n. 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), introduziu no ordenamento jurídico pátrio uma previsão genérica de proibição à liberdade provisória, criando uma espécie de “prisão preventiva compulsória, obrigatória, vinculando o juiz, invadindo a sua esfera de atuação e violando a separação dos poderes”³⁰⁶.

Na hipótese trazida pelo legislador, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, impossibilitado de conceder a liberdade provisória com ou sem medidas cautelares por conta dessa vedação, deverá decretar a conversão automática em prisão preventiva, situação que não se coaduna à sistemática vigente no processo penal contemporâneo. Isso ocorre em função da redação do art. 310, § 2º, do CPP/1941³⁰⁷, ao estipular que o juiz deverá denegar a liberdade provisória com ou sem medidas cautelares, se verificar que o agente é reincidente, integre organização criminosa armada ou milícia ou, ainda, porte arma de fogo de uso restrito.

Diante disso, observa-se que, embora a norma seja dirigida ao juiz, ela indiretamente produz reflexo e norteia o delegado de polícia em sua deliberação acerca da liberdade provisória mediante fiança nesses casos. Em todas as oportunidades nas quais o constituinte de 1988 desejou descrever hipóteses de não cabimento de fiança, ele o fez expressamente no art. 5º, XLII, XLIII e XLIV, da CF/1988, estabelecendo, no texto, as hipóteses insuscetíveis desta concessão. Assim, sob essa ótica, impôs-se ao legislador infraconstitucional uma limitação referente à sua produção legislativa, de maneira a não criar restrições além das já textualmente previstas pela CF/1988.

³⁰⁶ SANNINI NETO, Francisco. **Delegado de polícia e o direito criminal**: teoria geral do direito de polícia judiciária. Leme: Mizuno, 2021, p. 121-122.

³⁰⁷ BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Art. 310, § 2º. Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019).

E não só isso: a decretação de prisão preventiva deve estar escorada na demonstração concreta de seus pressupostos de *fumus comissi delicti e periculum libertatis*, da existência dos fundamentos descritos pelo art. 312, e das condições de admissibilidade do art. 313 do CPP/1941, requisitos que deverão ser demonstrados na decisão fundamentada da autoridade judicial (art. 93, IX, da CF/1988).

A vedação à liberdade provisória por meio dessa restrição imposta pontualmente pelo legislador implica violação ao princípio da presunção de inocência, consagrado pelo art. 5º, LVII, da CF/1988, e afronta os preceitos contidos nos arts. 7.1, 7.2 e 8.2 da CADH e art. 14.2 do PIDCP, revelando-se medida inconstitucional e inconvenção.

Sannini exemplifica o caso:

Com o objetivo de reforçar a importância desse controle feito pelo Delegado de Polícia, nos socorremos de um exemplo prático. Imagine que uma pessoa seja capturada em flagrante pelo crime de embriaguez ao volante. O delito do artigo 306, do CTB, é afiançável na esfera policial, nos termos do artigo 322, do CPP. Contudo, se o suspeito ostentar condenação com trânsito em julgado pelo crime de injúria, considerado de menor potencial ofensivo, não teria direito à fiança devido ao novo regramento imposto pelo artigo 310, § 2º, do CPP, que veda liberdade provisória ao reincidente³⁰⁸.

Com isso, ao delegado de polícia, durante a lavratura do auto de prisão em flagrante avaliar no âmbito dos limites previstos pelo art. 322 do CPP/1941, compete afastar o dispositivo incompatível com o princípio da presunção de inocência consolidado constitucionalmente e por normas internacionais, fixar a fiança e possibilitar a liberdade provisória por meio desse instituto.

O controle de convencionalidade pela Polícia Judiciária, na prática da atividade institucional, deve ser realizado também quanto às questões envolvendo a restrição da liberdade do menor infrator, seja em decorrência do auto de apreensão em estado flagrancial pela prática de ato infracional ou em razão do cumprimento de ordem judicial de busca e apreensão expedida pela autoridade judiciária competente.

O art. 171 da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) estabelece que o adolescente apreendido por força de ordem judicial deverá ser encaminhado à autoridade judiciária, ao passo que o art. 172 determina que, em razão da apreensão em flagrante de ato infracional, será encaminhado à autoridade policial e, em caso de não liberação, ao

³⁰⁸ SANNINI NETO, Francisco. **Delegado de polícia e o direito criminal**: teoria geral do direito de polícia judiciária. Leme: Mizuno, 2021, p. 122.

Ministério Público com a cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência (art. 175 da Lei n. 8.069/1990).

Primeiramente, em que pese a lei nada dispor a esse respeito, a autoridade policial deverá proceder além da comunicação ao juízo da infância e da juventude, ou seja, enviar cópia integral do procedimento envolvendo o adolescente infrator à defensoria pública, objetivando possibilitar o pleno exercício de seu direito de defesa, em cumprimento aos arts. 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e 8.2 “d” e “e” da CADH. Trata-se do primeiro controle de convencionalidade a ser efetivado pelo delegado de polícia na tutela dos direitos humanos do menor infrator.

No entanto, visando atender ao mandamento do art. 9.3 do PIDCP e do art. 7.5 da CADH, o CNJ, por meio da Resolução n. 213/2015, disciplinou as audiências de custódia, de maneira que todo indivíduo preso em flagrante deva ser apresentado à autoridade judiciária no prazo de 24 horas da comunicação do flagrante e ouvido sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão.

Assim, a partir de 2015, passou-se a apresentar o preso em flagrante, com cópia integral dos autos ao juiz no prazo de 24 horas, a fim de que, com a participação do Ministério Público e da Defensoria Pública, fosse avaliada a legalidade e as circunstâncias da prisão, e as condições em que se encontra o detido.

Considerando o sentido amplo de proteção à pessoa humana dos textos convencionais citados, essa providência deve ser aplicada também ao adolescente infrator apreendido, pois às expressões “pessoa presa” e “flagrante delito” não pode ser conferida uma interpretação restritiva, no sentido de guardar relação apenas com a prisão em flagrante delito.

A melhor interpretação à luz das normas internacionais de proteção dos direitos humanos é a de que a autoridade policial, ao lavrar auto de apreensão em flagrante de ato infracional perpetrado por adolescente, ao cumprimento de ordem judicial de busca e apreensão ou, ainda, a não liberação do menor nas hipóteses legais, deve comunicar imediatamente o juiz responsável pelo plantão de audiências de custódia da comarca, colocando o adolescente infrator à disposição para realizar essa etapa de controle jurisdicional.

Considerando que o tema é norteado pelo princípio da proteção integral, a Convenção sobre os Direitos da Criança oferece, em seu texto, maior tutela jurídica a essas pessoas pela sua condição de vulnerabilidade. Isso fica evidente já em seu art. 1º, que compreende como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, exceto quando a lei doméstica estipule

que, para ela, a maioria seja alcançada antes³⁰⁹. Além disso, em seu art. 37, “b” e “d”, a Convenção estabelece garantias judiciais das quais faz emergir a obrigatoriedade de apresentação do menor perante a autoridade judiciária competente para avaliar a legalidade da apreensão.

Pelo exposto, constata-se a necessidade de que, tão logo seja efetivada a apreensão de um adolescente infrator pela Polícia Judiciária, o delegado de polícia imediatamente comunique o juiz de plantão responsável pelas audiências de custódia na comarca, providenciando a apresentação do menor ao Poder Judiciário, como providência compatível com as normas internacionais de direitos humanos. Em alguns Estados da federação, a exemplo de São Paulo, isso já foi implementado.

O delegado de polícia, com o escopo de atender às normas constitucionais e internacionais, também tem o dever de realizar o controle de convencionalidade para afastar a incidência no caso concreto, do art. 9º, II e III, § 2º, do Decreto-Lei n. 1.001/1969 – Código Penal Militar (CPM) – com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 13.491/2017, a qual ampliou o conceito de crime militar e, por consequência, a competência da justiça militar da União para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civis quando praticados por militares das forças armadas em atividades determinadas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa, a exemplo das missões de Garantia da Lei e da Ordem (GLO).

Além disso, ao considerar também crimes militares aqueles previstos na legislação penal quando praticados nas hipóteses contempladas pelo novo texto, o legislador deu azo à possibilidade de que inúmeras infrações penais previstas em leis penais especiais passassem a ser da competência da justiça castrense. Esse tipo de situação pode ocorrer, por exemplo, na prática de crime de abuso de autoridade previsto na Lei n. 13.869/2019, praticado por militar das forças armadas ou estaduais em face de cidadão civil.

Essa alteração legislativa, promovida pela Lei n. 13.491/2017, viola os mandamentos previstos pelos arts. 9.3 do PIDCP, 7.5 e 8.1 da CADH, e pelo art. 5º, XXXVIII, “d”, da CF/1988, na medida em que afasta a competência constitucional do júri para julgar militares da União; não respeita a garantia do investigado em ser julgado por um juiz ou tribunal independente e imparcial; e desrespeita a igualdade material, pois fixa a competência do

³⁰⁹ Convenção sobre os Direitos da Criança. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, entrou em vigor em 2 de setembro de 1990. Foi aprovada pelo Congresso Nacional em 14 de setembro de 1990 por meio do Decreto Legislativo n. 28. Foi ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990 e promulgada internamente pelo Decreto n. 99.710 de 21 de novembro de 1990.

tribunal do júri para julgar integrantes das forças militares estaduais por fatos idênticos ou análogos sob as mesmas condições operacionais.

Outra questão a ser observada pelo delegado de polícia no caso concreto a merecer o controle de convencionalidade pela Polícia Judiciária é a hipótese descrita pelo art. 9º, III, do CPM, que considera crime militar o praticado por civis contra instituições militares e faz referência ao inciso II do diploma em tela, ampliando o conceito da infração penal. Isso permite o entendimento de que civis podem ser julgados pela justiça militar, o que é inaceitável em face das normas internacionais de proteção dos direitos humanos. Ademais, a alteração produzida pelo legislador retira da Polícia Civil a sua atribuição natural conferida pelo art. 144, § 4º, da CF/1988, para apurar as infrações penais, como o exercício da função de polícia judiciária.

Portanto, ao delegado de polícia, quando se deparar com uma infração penal praticada por militar contra civil, impõe-se, pelo controle em estudo, afastar a aplicação da norma aqui abordada, visando a manter-se o cenário disciplinado pelo CPP/1941, e desempenhar a regular investigação criminal por meio dos procedimentos legais de polícia judiciária para a apreciação do juiz natural, singular ou júri. Da mesma forma deve proceder quando tiver notícia do cometimento de uma infração penal perpetrada por civil contra militar ou instituição castrense nas circunstâncias descritas pelo CPM. Esse entendimento encontra amparo em precedente da Corte IDH ao pronunciar-se pela incompatibilidade de julgamento de civis pela justiça militar em face do art. 8.1 da CADH³¹⁰.

A Lei n. 13.491/2017³¹¹, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5901, enfrenta questionamento perante o STF no tocante à compatibilidade de seus dispositivos em face do texto constitucional, especialmente contra o art. 9º, § 2º e seus incisos, por violar a autoridade do júri, as regras de julgamento imparcial, o princípio da igualdade perante a lei

³¹⁰ CORTE IDH. Caso Castilho Petrucci e outros vs. Perú, Sentença de 30.05.1999, Série C, n. 52, § 128 e 129.

³¹¹ BRASIL. Lei n. 13.491/2017. Art. 1º. O art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 9º [...] [...] II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: [...] § 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri. § 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: a) Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica; b) Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999; c) Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar; e d) Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral” (NR) Art. 2º (VETADO). Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 13 de outubro de 2017; 196º da Independência e 129º da República.

(privilegio de uma categoria ou segmento social em detrimento da coletividade) e por relativizar o devido processo legal.

Com efeito, a competência da jurisdição militar deve ser interpretada de forma restritiva, pois a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos garantem a todas as pessoas julgamento por tribunais competentes, independentes e imparciais.

Na esteira de se vislumbrar o convencionalismo da investigação criminal, com base na aplicação do bloco de convencionalidade, por força da Opinião Consultiva n. 16/99 da CIDH, estabelece-se a necessidade de comunicação *oportune tempore* ao consulado do estrangeiro preso ou detido, para que lhe seja ofertada assistência consular como decorrência da cláusula do devido processo legal.

Note-se que, o diploma processual pátrio não estabeleceu essa obrigatoriedade quando da lavratura do auto de prisão, ou durante o indiciamento de estrangeiro em procedimento de investigação criminal; contudo, esta providência pela autoridade policial espelha o almejado modelo convencional de investigação criminal.

Outro caso prático em que, no cotidiano da atividade de polícia judiciária, o delegado de polícia deve exercitar o controle de convencionalidade diz respeito ao crime de desacato (art. 331 do CP/1940)³¹² em cotejo com o direito fundamental à liberdade de expressão e de manifestação do pensamento (art. 13.2 da CADH e art. 5º, IV, da CF/1988). Em que pese a liberdade de expressão, assim como outros, não se consubstanciar em direito absoluto, deve ter sua envergadura e espaço respeitados no contexto social vigente, servindo de referencial ao intérprete na aplicação das normas penais incriminadoras, não o inverso.

Recorda-se que, o Código Penal brasileiro data de 1940, adequado ao modelo constitucional de 1937 e consentâneo às diretrizes autoritárias típicas do regime ditatorial imposto pelo Estado Novo à época. Nesse contexto, o tipo penal em apreço foi previsto tendo por objetividade jurídica a Administração Pública e sua regularidade, procurando resguardar as características da autoridade e do poder de império do Estado nas relações com os particulares e com o segmento privado em geral. Diante disso, questiona-se se o tipo penal em tela comporta adequação ao modelo democrático atual, em que a sociedade participa da vida política do Estado e da administração pública em muitas de suas atividades, conforme os mecanismos previstos pela CF/1988 e pelas leis.

³¹² BRASIL. Código Penal (1940). Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Ressalte-se que, a configuração da infração penal em destaque, por conta dos valores tutelados naquela época, exigia muito menos para que determinadas condutas fossem subsumidas ao preceito primário da norma penal, segundo o qual o rigor estabelecido pela égide do regime governamental poderia considerar como desacato uma crítica ou manifestação mais incisiva, o que seguramente não condiz com o panorama atual.

A celeuma em torno do delito de desacato previsto pelo art. 331 do CP/1940 foi analisada por Mazzuoli: “Portanto, à semelhança do art. 331 do Código Penal, os arts. 299 e 300 do CPM são, igualmente inconventionais, porque violam o direito à liberdade de expressão garantido constitucional e convencionalmente.”³¹³.

A questão foi debatida no STJ, verificando-se entendimentos nos dois sentidos sobre a convencionalidade do crime de desacato previsto no estatuto repressivo³¹⁴.

Mais adiante, Mazzuoli ressalta:

Destaque-se, por fim, que o Conselho Federal da OAB, na intenção de resolver definitivamente o tema no Brasil, propôs perante o STF a ADPF n. 496, até o momento ainda pendente de julgamento (abril de 2018). Espera-se que o STF compreenda a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e lhe atribua aplicabilidade no Brasil, para o fim de descriminalizar o tipo penal do desacato do art. 331 do Código Penal³¹⁵.

Posteriormente, o STF se posicionou a respeito, declarando improcedente a destacada ADPF, por entender que a norma do art. 331 do CP/1940 havia sido recepcionada pela CF/1988 e apresenta conformidade com a CADH³¹⁶.

³¹³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 205.

³¹⁴ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.640.084-SP (2016/0032106-0). Quinta Turma. Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 15-12-2016, Public. 01-02-2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1564541&num_registro=201600321060&data=20170201&formato=PDF. Acesso em: 8 fev. 2023; BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus n. 379.269 – MS (2016/0303542-3). Terceira Seção. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, R.p/acórdão. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 24-05-2017, Public. 30-06-2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595452&num_registro=201603035423&data=20170630&formato=PDF. Acesso em: 8 fev. 2023.

³¹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 208.

³¹⁶ Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ADPF e fixou a seguinte tese: “Foi recepcionada pela Constituição de 1988 a norma do art. 331 do Código Penal, que tipifica o crime de desacato”, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber. Falaram: pelo requerente, o Dr. Juliano Breda; pelo *amicus curiae* Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o Dr. Orlando Carlos Neves Belém, Procurador de Justiça do Estado; pelo *amicus curiae* Defensoria Pública da União, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor Público Federal; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, o Dr. Mauricio Stegemann Dieter; e, pelo *amicus curiae* Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Domingos Barroso da Costa, Defensor Público do Estado. Plenário, Sessão Virtual de 12.6.2020 a 19.6.2020. Embargos de declaração rejeitados pelo Tribunal nos termos do voto do Min. Rel., vencido Min. Edson Fachin, Plenário, sessão virtual de 14-10-2022 a 21-10-2022. Decisão: O Tribunal, por maioria, rejeitou os embargos de

Brene assim observa sobre a inconveniência do delito de desacato:

Destarte, a partir do panorama esboçado, é possível falar-se no controle de convencionalidade realizado pelo delegado de polícia, afastando, assim, a aplicação do tipo penal do desacato, considerando a eficácia normativa e paralisante dos tratados internacionais, sem prejuízo da incidência de outras normas penais, considerando que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e que o funcionário público é sujeito de direitos no contexto da democracia³¹⁷.

O entendimento adotado pelo autor encontra alinhamento ao relatório³¹⁸ produzido pela Comissão IDH, corroborando a ideia de que os Estados devam suprimir de suas legislações internas a figura penal do crime de desacato.

Pensa-se que, em relação à análise do caso, outro recurso, somando-se aos posicionamentos expendidos, pode ser colocado à disposição do intérprete para solucionar o problema, norteando a decisão do delegado de polícia a respeito da adequação típica. Cuida-se da Teoria Tridimensional do Direito, elaborada por Miguel Reale, cuja ideia central é a compreensão do direito como fato, valor e norma, correlacionados em uma dialética de implicação e polaridade que, complementada por fatores históricos, sociais e culturais, lhe conferem fundamento, eficácia e vigência³¹⁹.

Ao avançar nesse estudo, o autor explica:

A norma jurídica, assim como todos os modelos jurídicos, não pode ser interpretada com abstração dos fatos e valores que condicionaram seu advento, nem dos fatos e valores supervenientes, assim como da totalidade do ordenamento em que ela se insere, o que torna superados os esquemas lógicos tradicionais de compreensão do direito (*elasticidade normativa e semântica jurídica*)³²⁰.

Pois bem, face ao quadro e à essência trazida pela descrita teoria, revela-se compulsória a ponderação sobre os aspectos sociais e axiológicos preponderantes à época da edição do

declaração, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin. Plenário, Sessão Virtual de 14.10.2022 a 21.10.2022. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF n. 496. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 22-06-2020, Public. 01-07-2020. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5300439>. Acesso em: 10 fev. 2023.

³¹⁷ BRENE, Cleyson. **Ativismo policial: O papel garantista do delegado de polícia**. 2. ed. Leme: Mizuno, 2021, p. 171.

³¹⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. (CIDH). **Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de consentimento e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 24 abr. 2009. Disponível em:

<http://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm#CAPITULO%20V>. Acesso em: 8 fev. 2023.

³¹⁹ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 57.

³²⁰ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 62.

CP/1940. Isto porque, decorridas oito décadas, o diploma permanece com a mesma redação, apesar das mudanças proporcionadas pela evolução social e dos valores relevantes ao contexto atual.

Impõe-se, portanto, a necessária atualização da norma a fim de que esta possa atender aos anseios da sociedade sob a perspectiva dos bens jurídicos que efetivamente almeja ver tutelados. Diante da inércia do legislador, cabe ao operador do direito esse trabalho, com a finalidade de extrair dela o significado que mais corresponda ao momento.

O direito à liberdade de expressão, em sua dimensão individual e coletiva, representa função essencial à democracia por permitir a aliança com outros direitos fundamentais, possibilitando a formação de opiniões e o compartilhamento de ideias. Dessa forma, o desacato possui potencial para violar o direito à liberdade de expressão previsto no art. 13 da CADH, pois restringe indevidamente discursos especialmente protegidos, além de provocar um deletério efeito inibidor à liberdade de expressão de toda a sociedade.

O crime de desacato é um tipo demasiadamente aberto a juízos de valor, vago em sua redação, razão pela qual possibilita interpretações abusivas e segue no sentido contrário ao princípio da intervenção mínima do direito penal como *ultima ratio* para a solução dos conflitos sociais.

Segundo os padrões do sistema interamericano, com base em precedentes da Corte IDH³²¹, as leis de desacato violam a liberdade de expressão assegurada pela CADH e não se ajustam às diretrizes estabelecidas pela citada estrutura de proteção regional dos direitos humanos³²².

Pelo exposto, cabe ao delegado de polícia, como operador do direito responsável pela tipificação de condutas durante a etapa investigatória, ao se deparar com uma ocorrência capaz de permitir a incidência ao menos em tese do tipo penal aqui discutido, verificar o eixo da conduta ofensiva praticada e analisar se, à luz do art. 13.2 da CADH, a sua aplicabilidade deve ser afastada no caso concreto, sem prejuízo de eventual caracterização e responsabilidade penal do autor por crime contra a honra do servidor público.

³²¹ CORTE IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentença de 22 de novembro de 2005, série C, n. 135, §§67-95; CORTE IDH. Caso Rios e outros vs. Venezuela. Sentença de 28 de janeiro de 2009, série C, n. 194, §§112-149; CORTE IDH. Caso Tristan Danoso vs. Panamá. Sentença de 27 de janeiro de 2009, série C, n. 193, §§110-134.

³²² Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão. Aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000. Princípio n. 11 – Os funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como “leis de desacato”, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/principiosLE.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

A infração penal prevista pelo art. 176 do CP/1940, capitulada como “outras fraudes”, traz como uma das modalidades delitivas a conduta de tomar refeição em restaurante sem dispor de recursos necessários para efetuar o pagamento. Cuida-se de tipo penal doloso, contudo, o assunto deve ser analisado não somente sob a perspectiva da fraude peculiar às modalidades de estelionato, mas sob o viés humanista do fato e sempre no caso concreto.

Em um momento pós-pandêmico, em que milhares de pessoas estão privadas de qualquer tipo de alimento – seja por questões econômicas, pelo desabastecimento que possa acometer determinadas regiões ou pelo quadro de fome, miséria e pobreza que infelizmente cresceu nos últimos tempos e é ilustrado por pessoas buscando ossos ou peles de frango como meio de preparar alguma refeição para sobreviver –, não se pode desconsiderar que a infração penal mencionada pode apresentar no mínimo certo descompasso com a conjuntura atual.

Imagine-se a hipótese de uma pessoa nessas condições que, após esgotar todas as tentativas de obter algum gênero alimentício, resolve desesperadamente se alimentar em um determinado estabelecimento, sem, no entanto, dispor de dinheiro para pagar pela refeição feita, apenas pela necessidade emergencial de suprir sua necessidade decorrente da insegurança alimentar que a atinge naquela fase da vida. Neste caso, é insubsistente razão para a sua autuação e responsabilização penal.

Pondera-se, antes de tudo, que não se está a tratar aqui daquele indivíduo que, maliciosamente, se aproveita de determinada circunstância para fazer uma refeição específica cujo valor não teria condições econômicas de arcar; tampouco dos casos de alunos universitários que realizam o chamado “pendura”, no dia 11 de agosto, em comemoração ao Dia do Advogado³²³. O foco da questão centraliza aquele que busca saciar sua fome e angústia por não possuir o que comer naquela ocasião e não saber se irá se alimentar nos dias seguintes.

O fundamento para afastar a incidência penal neste caso é o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)³²⁴, norma internacional

³²³ Cuida-se de um costume dos universitários do Direito, os quais, na data mencionada, deixam de efetuar o pagamento pela consumação realizada em estabelecimentos que fornecem gêneros alimentícios.

³²⁴ Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Artigo 11.1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. 2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para: a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais; b) Assegurar uma

integrante do ordenamento jurídico, da qual o intérprete pode se valer para deixar de aplicar o tipo penal em discussão em prestígio à dignidade humana e ao viés humanista que norteia o direito.

Observa-se que o direito penal cuida de matéria similar quando estuda o furto famélico, aplicado ao indivíduo que subtrai determinada mercadoria para dela se alimentar e suprir suas necessidades ou de sua família, deixando de responsabilizá-lo por essa conduta. Ora, com maior razão, há que se afastar a incidência da norma, reconhecendo-a por inconvenção diante da situação concreta para aquela pessoa que, ao invés de subtrair, desesperadamente se alimentou sem recursos financeiros para tanto.

A inconvenção marca presença inclusive na Lei das Contravenções Penais – Decreto-Lei n. 3.688/1941 –, produzida durante período ditatorial brasileiro e enraizada com as características do regime da época, forjando tipos penais em descompasso com os contornos trazidos pela CF/1988 e com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Um tipo contravenção cuja inconstitucionalidade e inconvenção pode ser detectada sem grandes esforços – e nele se mantém o foco desta abordagem – é a contravenção penal prevista pelo art. 59: “Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita”, que prevê pena de prisão simples de quinze dias a três meses.

A referida infração penal viola a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), a igualdade material e a vedação à discriminação prevista pelo art. 5º, XLI, da CF/1988, tornando-se visível a sua não recepção pela lei maior.

O dispositivo ainda envolve o aspecto da liberdade individual, tendo em vista que suprime a liberdade de escolha do modo de vida da pessoa. Ademais, o diploma foi pensado e elaborado para proteger valores tidos como relevantes à sociedade naquele contexto, cuja objetividade jurídica diz respeito aos costumes, carecendo de adequação ao modelo atual de sociedade plural com a qual se convive atualmente.

Mais uma vez, ressalta-se a importância dos valores ao direito, direcionando a atualização das normas, seja pela interpretação ou pela reforma legislativa, ambas necessárias ao atendimento dos anseios da sociedade por justiça.

O momento atual coloca a norma contravenção mencionada em choque ou em colisão com a existência de milhares de pessoas em situação de rua pelo país, em vulnerabilidade,

repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

caracterizadas pela pobreza extrema, laços familiares fragilizados ou interrompidos e sem habitação “convencional” regular. Essa condição, além de gerar enorme discriminação em relação a essas pessoas, não possibilita ao indivíduo o mínimo das condições básicas existenciais, razão pela qual não se pode dizer que possuam liberdade.

Por essa razão, a infração penal é inconvenção, na medida em que viola a vedação à discriminação consagrada pelas normas internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial ao art. 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A aplicação do tipo contravenção destacado deve ser afastada no plano concreto pelo delegado de polícia, não apenas pelas razões e fundamentos apontados, mas também porque sua redação consagra a teoria do direito penal do autor decorrente da condição de vida da pessoa – vale dizer, sem correspondência ao direito penal do fato.

Além de tudo, em atenção aos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da lesividade, o direito penal deve ocupar-se em tutelar somente os bens juridicamente relevantes, destinado a reprimir infrações penais de média, grande ou gravíssima ofensividade, cujas práticas extrapolem o âmbito do próprio agente e atinjam terceiros, acometendo o equilíbrio e a estabilidade social. A solução para as ilicitudes de menores proporções deve ficar reservada aos demais ramos do direito.

Pelo exposto, cabe ao delegado de polícia, no exercício de sua atividade, reconhecer que o ordenamento jurídico pátrio, consubstanciado nos valores constitucionais e humanistas, não recepcionou a contravenção penal aqui discutida.

6 CONCLUSÕES

1. Com o aperfeiçoamento do Estado de Direito, os direitos humanos passaram por um processo de evolução que culminou com a sua internacionalização e formalização através de tratados e convenções sobre a matéria, os quais necessitam sua concretização para além do plano meramente formal.
2. Este processo viabilizou um saudável e necessário diálogo, que deve existir entre os ordenamentos jurídicos nacionais e o internacional, introduzindo princípios que servem de vetor ao intérprete na aplicação das normas e atos que afetam os direitos da pessoa humana.
3. O diálogo mencionado se produz em termos normativos e judiciais, nos quais não somente os preceitos das normas internacionais devem ser observados, mas também os precedentes oriundos dos órgãos jurisdicionais internacionais responsáveis pela tutela dos direitos humanos em âmbito global e regional.
4. Essa relação com o direito interno, essencialmente no cenário jurídico brasileiro, é reflexo da abertura proporcionada pelo texto constitucional, ao admitir o ingresso de outros direitos constantes em documentos internacionais reconhecidos pelo Estado, e do seu compromisso em aplicá-los perante o seu sistema.
5. A simbiose da temática é verificada em várias passagens no texto constitucional de 1988 e em suas emendas constitucionais, pois os direitos humanos aparecem redigidos com essa terminologia autêntica, além de serem apresentados com outras roupagens que os adjetivam com o escopo de manter e ressaltar sua essência.
6. A interpretação das normas internacionais dos tratados e convenções, essencialmente aquelas sobre direitos humanos, exige maior atenção, especialmente por parte do Estado, em razão dos compromissos assumidos no contexto externo, de modo que todos os seus Poderes, órgãos, autoridades e agentes estejam vinculados a pautarem suas ações e decisões em conformidade com os referidos instrumentos normativos, tendo sempre como premissa a dignidade da pessoa humana.
7. Nessa sistemática de proteção dos direitos humanos, a Polícia Judiciária, como órgão administrativo estatal, durante a primeira fase da persecução penal, adquire espaço de proeminência pela prática de atos envolvendo direitos humanos e fundamentais da pessoa, na tutela provisória de bens jurídicos essenciais, cuja violação, pela ação ou omissão do Estado, pode acarretar consequências irreparáveis.

8. As violações aos direitos humanos e fundamentais podem ocorrer por agentes do Estado, por particulares em suas relações privadas ou, ainda, por estes, ao usurparem as atribuições e competências constitucionalmente deferidas aos órgãos estatais.
9. Para a proteção dos direitos humanos, a Polícia Judiciária, por sua autoridade responsável durante a persecução penal, dispõe de mecanismos e procedimentos legais que não devem ser vistos apenas como instrumentos ao processo judicial, mas como garantia que reproduz a essência do devido processo legal.
10. Nesse cenário, o poder-dever decisório do delegado de polícia se consubstancia em fundamental ferramenta para a adequada aplicação de institutos de direito processual penal e de direito material na preservação de direitos e bens jurídicos de elevado relevo, sempre tendo como norte o valor da dignidade da pessoa humana, a CF/1988 e os tratados e convenções internacionais de direitos humanos. São eles o filtro normativo pelo qual qualquer ato estatal que afete direitos deve passar em um cenário de persecução penal democrática.
11. No desempenho dessa missão, tendo em vista que o direito não é estático, mas suscetível às alterações normativas e interpretativas, o ordenamento jurídico disponibiliza institutos que devem acompanhar as etapas de evolução percorridas pelo sistema brasileiro, sempre no sentido de viabilizar respostas mais eficientes e adequadas à sociedade e ao contexto atual.
12. O inquérito policial, a prisão em flagrante e o indiciamento consistem em institutos do direito processual penal, vinculados à primeira fase da persecução criminal, que adquiriram nova roupagem perante o quadro vigente normativo. Eles não podem mais ser concebidos somente como mecanismos legais a serviço do aparelho do Estado na busca da verdade, mas devem funcionar como veículos de proteção dos direitos humanos e fundamentais da pessoa durante a fase extrajudicial.
13. São institutos que, sob a perspectiva dos direitos humanos, representam as primeiras etapas formais da ação estatal no exercício de seu *jus persecuendi*, pois, por este olhar, o inquérito policial se presta a observar exigências para a garantia de direitos do investigado e legítima produção de provas que irão subsidiar as decisões da justiça; a prisão em flagrante é um meio de obstar a consumação delitiva e a preservação do bem juridicamente ameaçado; e o indiciamento é uma oportunidade preliminar para o investigado apresentar sua versão e influenciar na convicção da autoridade que dá início à persecução penal através dos atos de polícia judiciária.

14. No desempenho da persecução penal estatal, tendo como premissa a dignidade da pessoa humana e princípios universalmente reconhecidos, não há como o Estado deixar de exercer o controle de convencionalidade como corolário da garantia do devido processo legal perante o sistema acusatório e democrático, impondo-se a verificação da compatibilidade das normas internas com os tratados e convenções internacionais dos quais ele faz parte.
15. O controle de convencionalidade deve ocorrer no plano externo e interno. Ele consolida os anseios de que o Estado resolva e apresente as soluções adequadas aos casos no seu âmbito doméstico, deixando a atuação internacional para uma etapa subsidiária caso não possua meios suficientes para responder às demandas exigidas no caso concreto.
16. O controle de convencionalidade interno deve ser realizado de forma concentrada, abstrata, pelo órgão máximo do Poder Judiciário – no Brasil, o STF. No entanto, de modo difuso, à luz dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e de sólidos posicionamentos, esse controle deve ser efetivado por todos os órgãos e poderes do Estado.
17. Em matéria de persecução penal, consistente em indispensável ferramenta jurídica a preservar direitos e evitar violações irreparáveis, o controle administrativo de convencionalidade se consolida como mecanismo de proteção dos direitos humanos e fundamentais da pessoa.
18. Sob esta perspectiva, cabe ao delegado de polícia, pelas suas atribuições constitucionais e legais, realizar, no desempenho de sua função, o controle difuso de convencionalidade para afastar a aplicação de uma norma interna incompatível com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil.
19. O controle de convencionalidade pelo delegado de polícia, face à vetusta legislação pertinente, deve ocorrer na verificação da aplicação da norma de natureza processual no caso concreto e a partir de uma visão humanista do direito penal, na tipificação da conduta do investigado, no sentido de afastar, ao menos provisoriamente, a incidência para determinadas hipóteses fáticas.
20. O controle de convencionalidade pelo delegado de polícia deve encontrar limites compatíveis com o seu âmbito de atuação e não possui a mesma eficácia da decisão judicial no sentido de declarar a invalidade de determinada norma ou extirpá-la do ordenamento jurídico, mas apenas de viabilizar que, provisoriamente, através de uma decisão em sede de cognição sumaríssima pela autoridade administrativa, não se produzam efeitos deletérios à pessoa até a apreciação judicial.
21. O fundamento para o exercício do controle de convencionalidade pelo delegado de polícia, além do reconhecimento, da relevância e do *status* ostentados pelos tratados e convenções

internacionais no ordenamento jurídico, é o mesmo que alicerça todos os demais atos de polícia judiciária envolvendo os direitos fundamentais de uma pessoa e legitima o agente em questão a restringir a liberdade, apreender bens, inquirir pessoas, produzir provas, usar legalmente da força, ou seja, é o controle jurisdicional.

22. O controle de convencionalidade pelo delegado de polícia consolida a busca pela efetividade dos direitos humanos, na medida em que a aplicabilidade deles independe de norma infralegal. Ininterruptamente, e nos mais variados rincões do país, é a primeira autoridade pública – às vezes a única naquele momento – a ter contato com os fatos e pessoas envolvidas, ainda no transcorrer dos acontecimentos aquecidos pela chama social que almeja justiça.
23. Conclui-se que o delegado de polícia, por meio do controle difuso de convencionalidade, pode assegurar o desenvolvimento da investigação criminal em conformidade com as normas internacionais, proteger bens jurídicos essenciais à pessoa, além de garantir que o juízo de imputação preliminar feito ao investigado seja realizado de acordo com os padrões internacionais estabelecidos, de modo a conferir proteção efetiva aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

ALVES, Jamil Chaim. **Manual de direito penal: parte geral e especial**. Salvador: JusPodivm, 2020.

ARRUDA, Eloísa de Souza; POMPEO, Monize Flávia; CORRERA, Marcelo Carita. A soberania estatal e a proteção dos direitos humanos no âmbito internacional. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, ano 10, v. 19, jan.-jun. 2021, p. 22-46. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/456. Acesso em: 16 mar. 2024.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: Método, 2021.

BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial: doutrina, prática, jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Método, 2011.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **O controle de convencionalidade pelo delegado de polícia diante da CADH**. Disponível em: <https://ruchesterbarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/121944198/o-controle-de-convencionalidade-pelo-delegado-de-policia-diante-da-cadh#:~:text=Assim%2C%20o%20Delegado%20de%20Pol%C3%ADcia,se%20o%20m%C3%A1ximo%20n%C3%ADvel%20poss%C3%ADvel>. Acesso em: 25 ago. 2022.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Controle de convencionalidade pelo delegado de polícia**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/215850894/controle-de-convencionalidade-pelo-delegado-de-policia>. Acesso em: 25 ago. 2022.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. A função materialmente judicial do delegado de polícia na audiência de custódia. In: HOFFMANN, Henrique *et. al.* **Investigação criminal pela polícia judiciária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BARRETTO, Rafael. **Direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

BASTOS, Pedro Henrique Palharini. **O delegado de polícia como fiscal da compatibilidade constitucional e convencional de leis e atos normativos**. Disponível em: <https://www.delegados.com.br/juridico/o-delegado-de-policia-como-fiscal-da-compatibilidade-constitucional-e-convencional-de-leis-e-atos-normativos>. Acesso em: 25 ago. 2022.

BELIATO, Araceli Martins; IBRAHIN, Francini Imene Dias (org.). **Lei Maria da Penha no direito policial**. Leme-SP: Mizuno, 2021.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 2. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no sistema interamericano: Entre o conflito e o diálogo de jurisdições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRASIL. Governo do Estado de São Paulo. **1ª Delegacia de Defesa da Mulher do país completa 36 anos de atuação na capital**. 06 ago. 2021. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/1a-delegacia-de-defesa-da-mulher-do-pais-completa-36-anos-de-atuacao-no-centro-de-sp/#:~:text=Nesta%20sexta-feira%20%286%29%2C%20a%201%C2%AA%20Delegacia%20de%20Pol%C3%ADcia,de%20identidade%20de%20g%C3%AAnero%20feminino%2C%20crian%C3%A7as%20e%20adolescentes>. Acesso em: 17 mar. 2024.

BRASIL. Poder Executivo. **Portaria DGP-26, de 30 de outubro de 2023**. Institui, na Polícia Civil do Estado de São Paulo, a Consolidação das Normas de Serviço da Polícia Judiciária e dá outras providências. Disponível em: https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=%2f2023%2fexecutivo+secao+i%2foutubro%2f31%2fpag_0021_2ef43dc46f2b66e8fd1adbc69430b7.pdf&pagina=21&data=31/10/2023&caderno=Executivo%20I&paginaordenacao=100021. Acesso em: 15 mar. 2024

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei n. 2848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei n. 3.688 de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 22 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 23 jan. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-Lei n. 1.001 de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em: 2 fev. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto n. 591 de 6 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 26 set. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992**. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 31 jan. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto n. 4.388 de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 3 out. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto n. 7.030 de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 7 nov. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em 15 jan. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n. 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n. 12.830 de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em 19 nov. 2022.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 213 de 15 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2023.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 123 de 7 de janeiro de 2022**. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/files/original1519352022011161dda007f35ef.pdf#:~:text=RECOMEND A%C3%87%C3%83O%20No%20123%2C%20DE%207%20DE%20JANEIRO%20DO,da%20jurisprud%C3%Aancia%20da%20Corte%20Interamericana%20de%20Direitos%20Humanos>. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n. 13.869 de 5 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869compilado.htm. Acesso em: 23 jan. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus n. 379.269 – MS (2016/0303542-3). Terceira Seção. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, R.p/acórdão. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 24-05-2017, Public. 30-06-2017. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1595452&num_registro=201603035423&data=20170630&formato=PDF. Acesso em: 8 fev. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RE n. 437.845-RJ (2002/0066224-7), Sexta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, j. 11-03-2003. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=397230&num_registro=200200662247&data=20030407&formato=PDF. Acesso em 30 nov. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.640.084-SP (2016/0032106-0). Quinta Turma. Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 15-12-2016, Public. 01-02-2017. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1564541&num_registro=201600321060&data=20170201&formato=PDF. Acesso em: 8 fev. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus n.103.566-RJ (2008/0072731-2) Rel. Min. Jane Silva (Des. convocada do TJ/MG), j. 1-12-2008. Impetrante: Joel Corrêa de Lima e outro impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Pacientes: Marcos Serra Xavier; Sérgio Macário Abrantes; José Francisco Costa e Silva. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200800727312&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RHC n.14.434, j. 1-4-2004. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200300710471&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 18 jun. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 496. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 22-06-2020, Public. 01-07-2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5300439>. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 73.271-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19-03-1996. Public. 4-10-1996. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2073271%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 23 jan. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE n. 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03-12-2008, Public. 5-6-2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante n. 14. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula762/false>. Acesso em: 23 jan. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE n. 477554 Ag. R/MG, Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma, j. 16-08-2011, Public. 26-08-2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC n. 154.248/DF, Rel. Min. Edson Fachin, Pleno, j. 28-10-2021, Public. 23-02-2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. MI n. 4.733 ED/DF, Rel. Min. Edson Fachin, pleno, j. 22-08-2023, Public. 11-09-2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 466343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 3-12-2008, Public. 5-6-2009, Tribunal Pleno. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 349703/RS, Rel. Min. Carlos Britto, Red. do acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 03-12-2008, Public. 5-6-2009, Tribunal Pleno. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 87585/TO – Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03-12-2008, Public. 26-06-2009, Tribunal Pleno. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 13 set. 2023.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Acórdão 1301119, 07232110920208070016, Rel. Cruz Macedo, Primeira Turma Criminal, j. 19-11-2020, Public. 21-11-2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/lei-maria-da-penha-na-visao-do-tjdft/sujeitos-e-requisitos/sujeitos/relacoes-homoafetivas#:~:text=Tema%20atualizado%20em%2017%2F12,de%20vulnerabilidade%20o u%20de%20subordina%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 27 nov. 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Acre**. Habeas Corpus Criminal n. 0000670-49.2014.8.01.0000. Rel. Des. Denise Bonfim, j. 24-04-2014. Disponível em: <http://delegados.com.br/images/21mai14-acordao-hc-tjac-fabricio-santis-fianca-judicial.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Habeas Corpus Criminal n. 2016152-70.2015.8.26.0000, 16ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Guilherme de Souza Nucci, j. 12-05-2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=6F2DEBDD53AE200D734532BF728E23FE.cposg1?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2016152-70.2015&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2016152-70.2015.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO>. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRENE, Cleyson. **Ativismo policial**: O papel garantista do delegado de polícia. 2. ed. Leme: Mizuno, 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

COELHO, Emerson Ghirardelli. **Investigação criminal constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSTITUIÇÃO DA FEDERAÇÃO DA RÚSSIA. Disponível em: http://nerus.unb.br/images/constituicao/Constituicao_da_Russia_em_Portugues.pdf. Acesso em: 9 set. 2023

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. VII Revisão Constitucional 2005. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>. Acesso em: 8 set. 2023.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ITALIANA. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 8 set. 2023.

CORTE IDH. **Caso del Tribunal Constitucional vs. Peru**. Sentencia de 31 de enero de 2001, série C, n. 71, § 71. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf. Acesso em: 3 out. 2023.

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 14 set. 2023.

CORTE IDH. **Caso Vélez Loor vs. Panamá**. Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/ver_expediente.cfm?nId_expediente=137&lang=es. Acesso em: 21 nov. 2022.

CORTE IDH. **Caso Gomes Lund vs. Brasil**, sentença de 24.11.2010, série C, n. 219, §176.

Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf. Acesso em: 16 set. 2023.

CORTE IDH. **Caso Gelman vs. Uruguai**. Sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C, n.222, § 193. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em: 15 set. 2023.

CORTE IDH. **Caso Gelman vs. Uruguai**, supervisão de cumprimento de sentença 20 de março de 2013, § 69. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf. Acesso em: 25 set. 2023.

CORTE IDH. **Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina**, sentença de 29.11.2011, série C, n. 238, § 93.

CORTE IDH. **Caso Andrade Salmón vs. Bolívia**, sentença de 01 de dezembro de 2016, Série C, n. 330, § 93. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf. Acesso em: 15 set. 2023.

CORTE IDH. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**, sentença de 20 de outubro de 2016, Série C, n. 318, § 408. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf. Acesso em: 16 set. 2023.

CORTE IDH. **Caso Chacrón Chacrón vs. Venezuela**, sentença de 01 de julho de 2011, série C, n. 227, §175.

CORTE IDH. **Caso Jesus Velez Loor vs. Panamá**, sentença de 23 de novembro de 2010, Série C, n. 218, §108. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf. Acesso em: 16 set. 2023.

CORTE IDH. **Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil**, sentença de 07 de setembro de 2021, série C, n. 435, §109.

CORTE IDH. **Caso Vladimir Herzog vs. Brasil**, sentença de 15.03.2018, série C, n. 353, § 372.

CORTE IDH. **Caso Fazenda Nova Brasília vs. Brasil**, sentença de 05.02.2018, série C, n. 345, §§ 27-29.

CORTE IDH. **Caso Gutierrez Soler vs. Colômbia**, sentença 12.09.2005, série C, n. 132, §§95-100.

CORTE IDH. **Caso Bulacio vs. Argentina**, sentença 19.09.2003, série C, n. 100, §§110-121.

CORTE IDH. **Caso Villagran Morales e outros vs. Guatemala**, sentença 19.11.1999, série C, n. 63, §§ 228-238.

CORTE IDH. **Caso Gonzalez e outras (campo algodoneiro) vs. México**, sentença 16.11.2009, série C, n. 205, § 455.

CORTE IDH. **Caso Hernández vs. Argentina**, sentença 22.11.2019, série C, n. 395, § 81.

CORTE IDH. **Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile**, sentença 08.03.2018, série C n. 349, § 104.

CORTE IDH. **Caso Muelle Flores vs. Peru**, sentença 06.03.2019, série C, n. 375, § 190.

CORTE IDH. **Caso Comunidades indígenas membros da Associação Lhaka vs. Argentina**, 06.02.2020, série C, n. 420, §§ 227, 272 e 281.

CORTE IDH. **Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Perú**, Sentença de 30.05.1999, Série C, n. 52, § 128 e 129.

CORTE IDH. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**. Sentença de 22 de novembro de 2005, série C, n. 135, §§ 67-95.

CORTE IDH. **Caso Rios e outros vs. Venezuela**. Sentença de 28 de janeiro de 2009, série C, n. 194, §§112-149.

CORTE IDH. **Caso Tristan Danoso vs. Panamá**. Sentença de 27 de janeiro de 2009, série C, n. 193, §§110-134.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de execução penal comentados artigo por artigo**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha – 11.340/2006 comentada artigo por artigo**. 11. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DECARLI, Rodolfo Luiz. **A prisão em flagrante delito e os detentores de foro por prerrogativa de função**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59198/a-prisao-em-flagrante-delito-e-os-detentores-de-foro-por-prerrogativa-de-funcao>. Acesso em: 28 jan. 2023.

DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria geral do Estado e ciência política**. 9 ed. São Paulo: RT, 2022.

DEL PRETI, Bruno; LÉPORE, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

1º ENCONTRO NACIONAL de Delegados de Polícia sobre Democracia e Direitos Humanos, realizado de 28 a 30 de novembro de 2014, em Foz do Iguaçu/PR. Disponível em: <https://sonhodeconcurseiro.blogspot.com/2014/12/enunciados-do-1-encontro-nacional-de.html>. Acesso em: 18 jul. 2023.

FACHIN, Melina Girardi; CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. **Constituição e direitos humanos**. São Paulo: Almedina, 2022.

FERREIRA NETTO, Letícia Rodrigues. Capacitismo. **Infoescola**. Disponível: <https://www.infoescola.com/sociologia/capacitismo/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

GARABINI, Daniel Brocanelli. **O princípio da proibição do retrocesso e sua aplicação aos direitos civis e políticos no âmbito do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/879/873>. Acesso em: 23 set. 2023.

GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. **Do Estado de Direito constitucional e transnacional: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça)**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

GUERRA, Sidney. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

GUITTON, Guilherme. Arremesso de anões e a dignidade da pessoa humana. **JusBrasil**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/arremesso-de-anoes-e-a-dignidade-da-pessoa-humana/1633603531>. Acesso em: 25 set. 2023.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HOFFMANN, Henrique; BARBOSA, Ruchester Marreiros. “Delegado pode e deve aferir convencionalidade das leis”. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-07/academia-policia-delegado-aferir-convencionalidade-leis>. Acesso em: 25 ago. 2022.

HOFFMANN, Henrique *et. al.* **Investigação criminal pela polícia judiciária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

HOFFMANN, Henrique *et. al.* **Polícia judiciária no Estado de direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

HOFFMANN, Henrique. Autonomia da polícia judiciária. In: HOFFMANN, Henrique *et al.* **Polícia Judiciária no Estado de Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

IBRAHIN, Francine Imene Dias. O controle da convencionalidade diante das escusas absolutórias dos crimes patrimoniais praticados no contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher. In: BELIATO, Araceli Martins; IBRAHIN, Francini Imene Dias (org.). **Lei Maria da Penha no direito policial**. Leme-SP: Mizuno, 2021.

JORNAL DA USP. **Etarismo é o mais frequente e universal dos preconceitos**. 16 mar. 2023. Disponível em: <https://jornal.usp.br/radio-usp/etarismo-e-o-mais-frequente-e-universal-dos-preconceitos/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso gelman vs. Uruguay). **Estudios Constitucionales**, Santiago, v. 11, n. 2, p. 641-694, 2013. Disponível em: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200017&lng=en&nrm=iso&tlng=en. Acesso em 13 nov. 2023.

MANINO JÚNIOR, Antônio *et al.* Direitos humanos e cidadania. In: QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. **Manual de polícia judiciária**: doutrina, legislação, modelos. 6. ed. São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2010.

MARIANO, Enio da Silva. **Controle de (in)convencionalidade das leis penais e processuais penais brasileiras**. Florianópolis: Habitus, 2020.

MARQUES, Fábio. **Arbitramento de fiança para penas privativas de liberdade superiores a 4 anos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-18/fabio-marques-fianca-penas-superiores-anos>. Acesso em: 3 fev. 2023.

MASSON, Cléber. **Código Penal comentado**. 10. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. **Pensar** – Revista de Ciências Jurídicas, v. 12, n. 1, 2007. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/1084/1667>. Acesso em: 25 jun. 2023.

MIGUELI, Giuliano Rossi de. **Inquérito policial** – efetividade à luz do princípio da dignidade humana. Curitiba: Juruá, 2021.

MIGUELI, Priscilla Milena Simonato de. **Proteção previdenciária do filho socioafetivo na pensão por morte**. Indaiatuba, SP: Foco, 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais** – teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: Doutrina e jurisprudência. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MOTA, Juliana Rosa Gonçalves. A formação em direitos humanos a partir de um olhar sobre o corpo docente da Academia da Polícia Civil de São Paulo. **Revista Brasileira de Segurança Pública**. São Paulo v. 16, ed. especial, p. 108-127. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/1523/497>. Acesso em: 18 mar. 2024.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 11. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Processo penal convencional e fundamentos das obrigações positivas do Estado em matéria penal**. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU. Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**. Nova Iorque, 20 nov. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 1 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Pacto de San José da Costa Rica. San José, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 21 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. (CIDH). **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. San Salvador, 17 nov. 1988. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/sansalvador.asp>. Acesso em: 26 set. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. Convenção de Belém do Pará**. Belém, 9 jun. 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/m.belem.do.para.htm>. Acesso em: 3 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). **Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância**. Antigua, 5 jun. 2013. Disponível em: https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-68_Convencao_Interamericana_racismo_POR.pdf. Acesso em: 5 fev. 2023.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PIOVESAN, Flávia; CRUZ, Julia Cunha. **Curso de direitos humanos: sistema interamericano**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTOCARRERO, Cláudia Barros; FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. **Leis penais extravagantes: teoria, jurisprudência e questões comentadas**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

PRETI, Bruno Del; LÉPORE, Paulo. **Manual de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RIBEIRO, Daniela Menengoti Gonçalves; ITINOSE, Caio Yamaguchi. **Controle de convencionalidade de tratados internacionais**: o exercício da Administração Pública na proteção dos dados pessoais e na efetividade dos direitos da personalidade. Disponível em: <file:///C:/Users/giuli/Downloads/10228-25-40354-1-10-20221216.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2023.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **O controle de convencionalidade e sua projeção no ordenamento jurídico brasileiro**: Uma mirada sobre a eficácia dos tratados de direitos humanos na positividade nacional. Disponível em: <file:///C:/Users/giuli/Downloads/16-Texto%20do%20Artigo-45-1-10-20211122.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2023.

ROSSI, Lícínia. **Manual de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SANNINI NETO, Francisco. **Delegado de polícia e o direito criminal**: teoria geral do direito de polícia judiciária. Leme: Mizuno, 2021.

SANTOS, Cleopas Isaías. **Justa causa para a investigação criminal**: fundamentos e limites constitucionais da investigação policial no Brasil. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

SANTOS, Poadson. **Direitos humanos no Brasil e a legislação do retrocesso**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/347726/direitos-humanos-no-brasil-e-a-legislacao-do-retrocesso>. Acesso em: 23 set. 2023.

SÃO PAULO. Governo do Estado. **Secretaria da Segurança Pública**. Polícia Civil do Estado de São Paulo. Disponível em: www.policia-civ.sp.gov.br/portal/faces/pages_home/institucional/departamentosOrgaos/departamentosOrgaosDetalhes?titulo=DHPP&collectionId=358412565221001180&_afLoop=775842721532706&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#!%40%40%3F_afWindowId%3Dnull%26collectionId%3D358412565221001180%26_afLoop%3D775842721532706%26titulo%3DDHPP%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D13tyo59dt8_29. Acesso em: 17 mar. 2024.

SÃO PAULO. Governo do Estado. **Secretaria da Segurança Pública**. SP tem delegacia especializada em atender pessoas com deficiência. 24 abr. 2017. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/sp-tem-delegacia-especializada-em-atender-pessoas-com-deficiencia/>. Acesso em: 17 mar. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAYEG, Ronaldo. **O inquérito policial democrático**: uma visão moderna e contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; TEIXEIRA, Paulo. **Admitir provas ilícitas significa estimular o descumprimento da lei**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-27/admitir-provas-ilicitas-estimular-descumprimento-lei/>. Acesso em: 21 mar. 2024.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

TEIXEIRA, Carla Noura. **Manual de direito internacional público e privado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Princípios do direito internacional contemporâneo**. 2. ed. Brasília: Funag, 2017.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

VERGAL, Sandro. A possibilidade de dispensa do pagamento de fiança pela autoridade policial. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, ano 25, n. 6181, 3 jun. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82768>. Acesso em: 14 jan. 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro v. 1: Parte geral**. 9. ed. São Paulo: RT, 2011.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 10520: 2023 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2021 – Informação e documentação – Resumo, resenha e resensão – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ANEXO

MODELO DE AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE

No dia XX de XXXXXX de 2024, no XX Distrito Policial, presente o(a) Excelentíssimo(a) Senhor(a) Delegado(a) de Polícia signatário(a), comigo, Escrivão(ã) de Polícia, compareceu o condutor qualificado nos autos, apresentando capturado FULANO DE TAL e BELTRANO DE TAL, por suspeita de prática delitiva, fatos ocorridos no complexo do Aeroporto Internacional de Guarulhos/SP. Após audiência de apresentação e garantias (CPP, art. 304 e **CADH –Decreto 678/92, art. 7.5**), examinadas as versões e demais elementos amealhados, o(a) Exmo(a) Delegado(a) de Polícia exarou sua decisão e convicção jurídica, nos comandos do artigo 140, parágrafo 3º, da Constituição do Estado de São Paulo e artigo 2º, parágrafo 6º da Lei Federal n. 12.830/2013: Nesta etapa urgente de cognição sumaríssima, considero configurado o estado flagrancial. A fundada suspeita, juízo técnico-jurídico consubstanciado nos elementos de autoria e materialidade delitivas emerge das oitivas e demais substratos coligidos. Destarte, reputo que a conduta se amolda à figura típica do artigo 155, § 4º, I e IV cc art. 14, II do CPB, razões pelas quais decreto a PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO e determino o formal indiciamento do agente, com entrega da correspondente nota de culpa. Comunique-se a Autoridade judiciária competente, com promoção das demais comunicações e cerimônias legais pertinentes. Juntem-se, ademais, oitivas e documentação pertinente, integrantes deste. Instaura-se Inquérito Policial. Nada mais havendo, determinou a Autoridade o encerramento do auto, devidamente assinado.

Delegado de Polícia _____

Escrivão de Polícia _____