Opinião: uso ilegítimo de convenções nas prisões da “lava jato”

No âmbito da chamada “operação lava jato” no Rio de Janeiro tem sido utilizada de forma contínua Convenções Internacionais contra a Corrupção e o Crime Organizado Transnacional como fundamentos normativos supostamente capazes de embasar a decretação da prisão preventiva para a “garantia da ordem pública” na sua função teleológica que visaria obstar a “reiteração delitiva” do agente. (art. 312, CPP).

A título exemplificativo colaciona-se abaixo trecho extraído de um dos decretos prisionais proferidos pelo mencionado juízo:

> No mesmo sentido, *a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, aqui promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002*, deixa claro o entendimento comum dos Países de nosso continente de *“que a corrupção solapa a legitimidade das instituições públicas e atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como contra o desenvolvimento integral dos povos”*.
>
> Cabem mais algumas considerações que considero pertinentes a partir dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.
>
> De fato, uma vez ratificadas pela República Federativa do Brasil, as Convenções internacionais assumem o mesmo status das demais leis federais (Resp. 426495/PRSTJ, Rel. *Min* Teori Zavaski, DJ 25/08/2004). Em sendo assim, é de rigor a observância das referidas Convenções Contra a Corrupção, bem como da Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção Palermo – Decreto 5.015/2004), que trazem disposições específicas sobre a prisão cautelar no curso de processos criminais relativos a esses temas.
>
> *Dispõe o artigo 30, item ‘5’, da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção: 5. Cada Estado Parte terá em conta a gravidade dos delitos pertinentes ao considerar a eventualidade de conceder a liberdade antecipada ou a liberdade condicional a pessoas que tenham sido declaradas culpadas desses delitos.*
>
> Repare que o instrumento normativo internacional, cujo texto genérico se explica pela possibilidade de ser observado por muitos e distintos sistemas jurídicos ao redor do mundo, permite também sua incidência a um momento processual anterior a eventual condenação. Ou seja, o que a norma convencional estatui é que, em caso de processo por crimes de corrupção e outros relacionados, *o reconhecimento da gravidade do caso deve dificultar a concessão de liberdade provisória, consideradas sua lesividade extraordinária para a sociedade*.[3] (grifos nossos)

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Conforme os decretos prisão, as denúncias ofertadas pelo Ministério Público Federal tratariam de uma espécie de "corrupção qualificada", o que habilitaria a utilização da carga normativa extraída das Convenções Internacionais contra a Corrupção e o Crime Organizado Transnacional incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante, a pretensão decisória inspirada por esse desiderato não ultrapassa os limites impostos pelo Controle de Convencionalidade junto ao art. 312, do CPP, a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

CADH e o Artigo 312 do CPC

Após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004, o e. Supremo Tribunal Federal definiu que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro sem a observância do art. 5º, § 3º, da CR/88, possuem o *status* normativo de norma supra legal (acima da legislação ordinária federal).[4]

Já os decretos presidencial e legislativo[5] que internalizam as Convenções e Tratados Internacionais que não disponham sobre direitos humanos possuem o *status* normativo de lei federal.[6]

De seu turno, a CADH cuida em preceito específico tanto do regramento interno do Estado parte a respeito da privação da liberdade física do indivíduo (*hipótese da prisão preventiva*), quanto da orientação interpretativa *Pro Homine* de suas normas, inerente ao estatuto jurídico daquela Convenção e vinculativa aos Estados que a ratificaram.

Em seu art. 7º, ao tratar do "Direito à liberdade pessoal", a CADH prevê que "2. *Ninguém pode ser privado de sua liberdade física*, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas *pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.* (…)" De seu turno o art. 29 dispõe que: "*Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de 'a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista'; ou '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.'" (grifamos)

Com efeito, o manuseio das disposições normativas das Convenções Internacionais contra a Corrupção e o Crime Organizado Transnacional[7] (todas da hierarquia de Lei Ordinária Federal) não passa pelo Controle de Convencionalidade junto aos artigos. 7.2 e 29, 'a' e 'd', da Convenção Americana de Direitos Humanos. Seja porque o art. 7.2 da CADH veda que a liberdade física do indivíduo possa ser suprimida quando a lei que a autorize não tenha sido promulgada de acordo com a Constituição Política do Estado parte, seja em virtude de que o art. 29, 'a' e 'd' da CADH obsta a que as suas disposições sejam interpretadas no âmbito do Estado parte para o efeito de supressão da liberdade do indivíduo de modo a limitar algum de seus preceitos e garantias.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A inspiração da prisão preventiva sob o argumento de garantia da ordem pública sem fundamento em lei ordinária promulgada consoante o Texto Constitucional (art. 59, III, CR/88[8]) não supre a exigência do art. 7.2 da CADH. A expressão "lei" referida por esse preceito alude à exigência lei ordinária, e não à norma produzida por intermédio de Decretos Presidencial e Legislativo mediante a incorporação ao ordenamento brasileiro de Convenções e Tratados Internacionais contra a Corrupção e Organização Criminosa. Interpretação diversa limitaria o alcance da garantia insculpida pelo art. 7.2 da CADH e infirmaria o Princípio Pro *Homine* disposto pelo art. 29, 'a' e 'd', da mesma CADH.

Isso porque a prisão preventiva para a garantia da ordem pública sob o argumento de se obstar a reiteração delitiva possui natureza eminentemente penal[9]. A instrumentalização da prisão, nesse caso, não visa assegurar o resultado/provimento final de um processo penal, mas sim antecipar um dos efeitos da própria pena, qual seja, a prevenção especial sobre o agente.

Gustavo Badaró destaca a natureza essencialmente penal do pressuposto cautelar da garantia da ordem pública, por se tratar de "*uma nítida e inconteste antecipação parcial de um dos efeitos da condenação penal, qual seja, de prevenção especial*", razão pela qual *"parece evidente que nessas situações a prisão não é um 'instrumento a serviço do instrumento', mas uma antecipação da punição, dita por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade*."[10](grifamos)

Revelada a natureza substancialmente penal do pressuposto cautelar para a garantia da ordem pública que visaria travar a reiteração delitiva, a orientação principiológica de interpretação dessa norma é extraída do Direito Penal. [11]

Assim como a irretroatividade penal mais gravosa, a exigência de lei formal em sentido estrito para a tipificação de delitos e cominação de penas na esfera penal se alinha à principiologia do Direito Penal, diferenciando-a daquela que é específica ao Direito Processual Penal. Nessa linha, o e. Supremo Tribunal Federal[12] já fixou o entendimento pelo qual os Tratados e Convenções Internacionais não podem dispor sobre matéria penal.

Ainda que assim não fosse, afora a discussão sobre o caráter híbrido do art. 312, do CPP, Fauzi Hassan Choukr[13], ao discorrer sobre o art. 2º do Código de Processo Penal, ensina que *a própria norma processual penal* não pode ser produzida por qualquer outro processo legislativo que não aqueles previstos na CR/88 para a elaboração das leis ordinárias.

Assim, qualquer um dos pressupostos cautelares previstos pelo art. 312, do CPP, não podem receber um "tratamento qualificado" decorrente da internalização de Convenções e Tratados Internacionais sobre Corrupção e Organização Criminosa, sob pena de se criar, via Poder Judiciário, um pressuposto cautelar inovador e ilegítimo para a decretação da prisão preventiva.

Em suma, para se validar constitucional e convencionalmente leis penais e processuais penais, suas elaborações devem se ater com exclusividade à produção via Congresso Nacional, descabendo ao Poder Judiciário, em sede de prisão preventiva (especialmente para a garantia da ordem pública), se valer de atalhos junto às Convenções Internacionais contra a Corrupção e Organização Criminosa.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[1] A decisão foi proferida no âmbito da chamada Operação Rio 40 Graus, deflagrada em 03 de agosto de 2017.

[2]. RE 466343, Relator(a): Min. Cezar PeluzoTribunal Pleno julgado em 03/12/2008

[3] Neste cerne, ressalta-se que as Convenções e Tratados dessa espécie integram o ordenamento jurídico sem a observância formal de elaboração legislativa inerente às leis ordinárias e complementares, se situando mais próximo das Medidas Provisórias, já que o Decreto Presidencial é condição de validade do seu processo de entrada no ordenamento jurídico brasileiro junto com o Decreto Legislativo. (conforme arts. 49, I, e 84, IV, da CF/88).

[4] Conforme Resp. 426.495/PRSTJ, Rel. Min Teori Zavaski, DJ 25/08/2004.

[5] Em observância à Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, promulgada no Direito brasileiro através do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, Convenção Interamericana Contra a Corrupção, aqui promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002 e Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção Palermo – Decreto 5.015/2004);

[6] Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: (…) III – leis ordinárias;

[7] O art. 312, do CPP, ao cuidar dos pressupostos cautelares para a prisão preventiva se constitui em norma processual de natureza mista

[8] Medidas Cautelares no Processo Penal, Prisões e suas alternativas – Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011, Coordenação Og Fernandes, ed. RT, 2011, São Paulo, pgs. 212, 213 e 216.

[9]Nesse sentido: PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 28-29.

[10]*"As convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, não se qualificam, constitucionalmente, como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais."* (RHC 121835 AgR, Relator(a): Min. Celso DE Mello, Segunda Turma, julgado em 13/10/2015

[11]*"Dúvidas não restam quanto a ser a lei 'ordinária' a forma obviada pela Constituição para disciplinar o processo penal e, cuja tramitação exige várias intervenções até que se culmine com sua efetiva entrada em vigor (…) não sendo possível, pois, tentar fazer caber a figura infraconstitucional a qualquer custo na ordem constitucional; a operação lógica é a inversa: primeiro o conhecimento da CR (e da CADH) e, depois, a adequação do Código de Processo Penal àquelas normas."* CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal, Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 11; 17.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Bibliografia:

CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal, Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. V.2, Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2010.

LOPES JR., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PRADO, Geraldo. Medidas Cautelares no Processo Penal, Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. Og Fernandes (Coord.). São Paulo: , ed. RT, 2011.

Date Created
30/09/2019

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.