

Caso Favela Nova Brasília: A convencionalidade de uma imposição (in)constitucional

De Prof. Dr. **Mauro Fonseca Andrade***, Prof. **Rodrigo da Silva Brandalise****, Porto Alegre

A Corte Interamericana dos Direitos Humanos condenou o Estado Brasileiro, em 16 de fevereiro de 2017, entre outras providências, a alterar a legitimidade investigatória criminal do país nas hipóteses em que a pessoa investigada for agente dos órgãos de segurança pública e a infração penal houver sido cometida no exercício de suas funções. O presente estudo pretende, portanto, fazer uma análise dos termos desse ponto da condenação e averiguar a viabilidade constitucional da imposição ser efetivada em nossa legislação. De igual modo, serão averiguadas as providências tomadas pelo Estado Brasileiro até o momento e se elas se ajustam à real preservação dos direitos objeto de atenção por parte daquela Corte. Por fim, far-se-á proposta de solução, ainda que parcial, para o cumprimento imediato daqueles termos da condenação, sem a necessidade de percorrermos o longo caminho do processo legislativo.

On February 16, 2017, the Inter-American Court of Human Rights convicted the Brazilian State to grant an impartial agency the legitimacy for criminal investigations in cases where public security agents commit some types of crimes in the fulfilment of their duties. For the Court, these cases do not allow an effective investigation by the police. As a consequence, this study intends to analyze this injunction according to its constitutional conformation in Brazil, looking for its effectiveness in our legislation. Furthermore, it intends to present the steps taken by the Brazilian State to verify whether or not they obey the Inter-American Court of Human Rights determinations, especially to preserve the rights discussed in the decision. Finally, one solution will be proposed to attend the conviction, because it could prevent a long legislative process in Brazil.

I. Introdução

A relação do Estado Brasileiro com o tema *direitos humanos* vem sendo alvo de atenção por parte de sua doutrina nacional, passando por olhares de cunho sociológico, histórico e jurídico. No que diz respeito a este último, alertas vêm sendo dados quanto à difícil relação mantida pelo país com os textos internacionais que ele internalizou, o que se dá por meio do Poder Executivo, do Poder Legislativo¹ e, até mesmo, do Poder Judiciário.²

* O autor é Pós-Doutor em Direito Processual pela Universidade do Rio dos Sinos no Brasil, Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de Barcelona na Espanha, Professor Titular da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul no Brasil, Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul no Brasil e Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul, Brasil.

** O autor é Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa em Portugal, Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul no Brasil e Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul, Brasil.

O exemplo mais atual dessa *virada de costas* para os tratados e convenções que o Brasil se comprometeu em respeitar pode ser encontrado no instituto aqui conhecido como *audiência de custódia*, nome dado pela doutrina brasileira à audiência de apresentação de toda pessoa presa ou detida. Embora o Brasil tenha ratificado a Convenção Americana dos Direitos Humanos³ – mais conhecida como *Pacto de São José da Costa Rica* – no ano de 1992⁴, ele somente tomou algum tipo de providência voltada à aplicabilidade daquele instituto no ano de 2011, com a apresentação do Projeto de Lei do Senado nº 544⁵, cuja tramitação ainda segue na Câmara dos Deputados⁶, mas sem uma perspectiva de finalização.

Foi preciso que o Poder Judiciário, por meio do Conselho Nacional de Justiça, publicasse a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015⁷, para que, de alguma forma, a audiência de custódia, que possui assento convencional, passasse a ser realizada no país. Mesmo assim, diversos Tribunais (estaduais e federais) criaram atos normativos que, sob o argumento de regulamentar a audiência de custódia, acabaram por restringir a necessidade daquela apresentação em suas localidades, restrição esta que não encontra amparo seja na regulamentação nacional (Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça), seja na jurisprudência internacional voltada à proteção dos direitos humanos.

Essa (anti)cultura do poder público vem fazendo com que o Estado Brasileiro esteja, em um número cada vez maior,

¹ No que diz respeito à relação dos Poderes Executivo e Legislativo com essa temática, ver: *Chaimovich*, Legislativo e Executivo brasileiros na internalização de tratados de Direitos Humanos: convergências e divergências na ditadura e na democracia, 2017.

² No que diz respeito à relação do Poder Judiciário com essa temática, ver: *Cunha*, in: *Cunha* (Org), *Direitos Humanos. Poder Judiciário e Sociedade*, 2011, p. 13–51; *Cunha*, in: *Cunha* (Org), *Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade*, 2011, p. 53–113.

³ Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm (30.9.2019).

⁴ Essa internalização se deu por meio do Decreto nº 678, de 09 de julho de 1992.

⁵ Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4451474&disposition=inline> (30.9.2019).

⁶ Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_imp.jsp?sessao_id=AE21BC99BA36D56E46CF580A86831308.proposicoesWebExterno2?idProposicao=2120017&ord=1&tp=completa (30.9.2019).

⁷ Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234> (10.10.2019).

frequentando a pauta da Corte Interamericana dos Direitos Humanos.⁸

O episódio mais recente dessa relação conflitiva com a Convenção Americana dos Direitos Humanos foi o *Caso Favela Nova Brasília*, ocasião em que aquela Corte condenou o Brasil a uma série de obrigações de fazer e não fazer, dentre as quais se destaca a determinação de medidas para que as investigações criminais, nas hipóteses por ela analisadas, sejam conduzidas por autoridades independentes e imparciais. Com isso, houve a exclusão explícita da investigação criminal presidida pela autoridade policial, que é a modalidade dominante naquele país.

Em sua decisão, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos estabeleceu o prazo de um ano para o cumprimento de suas determinações, prazo este que teria início a partir da notificação do Brasil em relação àquele *decisum*, tendo ela ocorrido em 15 de maio de 2017, e expirado, assim, em 15 de maio de 2018.

A análise que se pretende aqui fazer diz respeito ao conteúdo daquela condenação e a submissão desse ponto específico da decisão a uma filtragem por parte da Constituição brasileira, de modo a ver se há a viabilidade de seu válido cumprimento, nos justos termos emitidos por aquela Corte. De igual forma, averiguar-se-ão quais providências foram tomadas pelo Estado Brasileiro após sua notificação e será apresentada uma proposta de solução para o pronto cumprimento daquela condenação, *a latere* das eventuais medidas tomadas pelo Estado Brasileiro.

II. Caso Favela Nova Brasília e suas repercussões sobre o estado brasileiro

O *Caso Favela Nova Brasília* chegou à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos em razão da provocação feita pelo *Centro pela Justiça e o Direito Internacional* e pela *Human Rights Watch Americas*, em datas de 3 de novembro de 1995 e 24 de julho de 1996.⁹

⁸ A título de exemplo, lembremos as seguintes condenações proferidas pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos: *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentença de 6 de julho de 2006, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_p0_r.pdf (30.9.2019); *Caso Nogueira de Carvalho e outros vs. Brasil*, Sentença de 28 de novembro de 2006, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_161_p0_r.pdf (30.9.2019); *Caso Escher e outros vs. Brasil*, Sentença de 6 de julho de 2009, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_p0_r.pdf (30.9.2019); *Caso Garibaldi vs. Brasil*, Sentença de 23 de setembro de 2009, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_p0_r.pdf (30.9.2019); *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*, Sentença de 24 de novembro de 2010, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_p0_r.pdf (30.9.2019).

⁹ *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, Sentença de 17 fev. 2017, disponível em

Tendo sua tramitação iniciado perante a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, ele versou sobre a demora e diversas falhas ocorridas na investigação policial instaurada para apurar uma série de crimes praticados pela polícia do Rio de Janeiro, quando da realização de incursões naquela localidade. Sob o abrigo das famosas *atas de resistência à prisão*, foram contabilizadas 26 mortes nos dias 18 de outubro de 1994 e 8 de maio de 1995. Além disso, quando da incursão em outubro de 1994, também foram contabilizadas torturas e violência sexual em três mulheres, sendo que, duas delas, eram adolescentes.

Após a regular tramitação perante aquela Comissão, o processo foi remetido à Corte, que, em decisão de 16 de fevereiro de 2017, condenou o Estado Brasileiro pelos fatos narrados na demanda, reconhecendo que a investigação criminal esteve voltada a justificar o uso da força policial, revitimizar as pessoas mortas e impedir uma apuração correta dos fatos. Nessa decisão, diversas foram as obrigações de fazer e não fazer impostas ao país, merecendo especial destaque – ao menos, para o presente estudo – a determinação de alteração normativa (podendo ser de caráter legal ou administrativo), destinada a atingir o direito processual penal brasileiro.¹⁰

Essa determinação¹¹ disse respeito a quem deveria caber a presidência da investigação criminal sempre que o crime fosse praticado por agentes policiais, no exercício de suas funções, e estivessem eles envolvidos em mortes, tortura ou violência sexual. Em tais situações, de modo a evitar a ocorrência de novas investigações tendenciosas – como as verificadas no *Caso Favela Nova Brasília* –, a imposição foi no sentido de que futuros casos de igual natureza deveriam ser apurados por uma autoridade independente e diversa da força policial envolvida nos fatos a serem apurados. Por isso, a indicação foi de que a investigação criminal deveria ser de responsabilidade do Ministério Público ou de uma autoridade judicial.^{12,13}

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_p0_r.pdf (30.9.2019).

¹⁰ Em âmbito doutrinário, tais determinações são chamadas de *obrigações processuais penais positivas*. Para uma melhor compreensão desse instituto, que só agora está chamando a atenção em nosso país, recomenda-se a leitura de: *Fischer/Pereira*, *Obrigações Processuais Penais Positivas*, 2018.

¹¹ A imposição de obrigações de fazer e não fazer, por parte da CIDH, poderia ser vista como uma ingerência na soberania dos Estados. Contudo, tem lugar, aqui, o *princípio* ou *referencial da subsidiariedade*, ou seja, “certas instituições ou normas interamericanas somente se tornam operativas se as instituições ou normas nacionais forem ineficazes ou insuficientes à realização de certos fins” (*Garcia*, *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro* 67, p. 33). Para um aprofundamento sobre o tema, recomenda-se: *Martins*, *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*, 2003.

¹² “16. O Estado, no prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença, deverá estabelecer os mecanismos normativos necessários para que, na hipótese de supostas mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de

O prazo estabelecido pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, para que o Estado Brasileiro implementasse essa obrigação, foi de um ano, contado a partir de sua notificação da decisão, o que ocorreu em 15 de maio de 2017.

Premido pelo tempo, o Poder Executivo brasileiro, por meio da Advocacia-Geral da União, optou por promover reformas de cunho legislativo – conforme se viu, esse não foi o único caminho apontado pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos –, e levou ao conhecimento do Senado Federal, ainda no ano de 2017, aqueles pontos da decisão que estão relacionados à competência das Casas Legislativas do país. Resultado disso foi a apresentação, por parte do Senado Federal brasileiro, do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 135/2018,¹⁴ destinado a alterar o Código de Processo Penal naqueles pontos indicados pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, dentre os quais, encontra-se a condução das investigações criminais nas hipóteses tratadas na decisão.

A seguir, veremos se a proposição legislativa se ajusta à lógica constitucional brasileira.

III. Condução da investigação criminal

Como apontado acima, o Estado Brasileiro optou por adotar uma postura de reforma de sua legislação processual penal, a fim de dar executividade ao comando emitido pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos. Assim o foi a partir da notificação feita pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo, especificamente, ao Senado Federal, que apresentou, ainda que tardiamente, o PLS nº 135/2018.

A opção dada por aquela Corte foi de que a investigação criminal, nos casos em que, alegadamente, envolvessem policiais em homicídios, estupro e tortura, deveria ser presidida por uma autoridade com independência e imparcialidade, sendo indicados, assim, o Ministério Público e o Poder Judiciário. Diante dessa dupla sugestão de legitimidade investigatória, o Senado Federal entendeu ser mais adequado

intervenção policial, em que *prima facie* policiais apareçam como possíveis acusados, desde a *notitia criminis* se delegue a investigação a um órgão independente e diferente da força pública envolvida no incidente, como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico criminalístico e administrativo alheio ao órgão de segurança a que pertença o possível acusado, ou acusados, em conformidade com os parágrafos 318 e 319 da presente Sentença.”

¹³ Curiosamente, junto à doutrina internacional, a independência do Ministério Público brasileiro, assentada constitucionalmente, não vem sendo apontada como um fator determinante para a credibilidade de sua investigação criminal. Abordando a realidade italiana, encontramos: *Di Federico*, Revista del Poder Judicial 48, 1997, p. 31. No mesmo sentido, mas abordando a realidade brasileira, encontramos: *Andrade*, Ministério Público e sua Investigação Criminal, 2006, p. 224–234.

¹⁴ Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7651107&ts=1535544831892&disposition=inline&ts=1535544831892> (30.9.2019).

conceder a presidência da investigação criminal, nas hipóteses tratadas por aquela decisão, ao Ministério Público, e não ao Poder Judiciário.

Parece-nos, portanto, haver a necessidade de se buscar uma justificação constitucional para a opção realizada pelo legislador, como forma de entender a não aderência à ideia de uma investigação criminal judicial. De igual modo, é preciso ver se a exclusão da investigação criminal policial, nas hipóteses aventadas pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, poderá ser executada pela via legislativa ordinária, dadas as previsões de nossa Constituição Federal.

1. Modelos constitucionais de investigação criminal

Fruto dos problemas verificados no *Caso Favela Nova Brasília*, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos entendeu que a polícia judiciária não seria a instituição mais adequada para a apuração de eventos delitivos envolvendo agentes dos órgãos de segurança pública. De maneira a evitar a repetição dos problemas verificados naquele caso, sua indicação foi de que o Ministério Público ou o Poder Judiciário deveriam se encarregar daquele tipo de investigação criminal.

No que diz respeito à investigação criminal do Ministério Público brasileiro, grande impacto não ocorre, em âmbito interno, com essa indicação. Afinal de contas, após longos anos de discussão no meio doutrinário¹⁵ e jurisprudencial, a composição plena do Supremo Tribunal Federal deu-a por encerrada no ano de 2015, não só julgando sua constitucionalidade, senão também conferindo, à sua decisão, o caráter de repercussão geral.¹⁶ Além do mais, a opção do legislador brasileiro vai ao encontro dos movimentos reformistas processuais penais europeu e latino-americano, que vêm, cada vez mais, valorizando a figura do Ministério Público como condutora da investigação criminal, capitaneados, em grande medida, pela reforma alemã da década de setenta do século passado.¹⁷

A dúvida que pode pairar, em relação à sua constitucionalidade, diz respeito à investigação criminal presidida pelo Poder Judiciário.

Mais conhecida como *juizado de instrução*, a investigação criminal judicial foi adotada em larga escala na Europa, primordialmente, em razão da influência que o *Code d’Instruction Criminelle* francês, de 1808, provocou em todo aquele continente no início do século XIX¹⁸, substituindo o temido *juiz inquisidor* – como autoridade investigante – pela

¹⁵ Os primeiros estudos monográficos, em âmbito nacional, dedicados à investigação criminal do Ministério Público, foram: *Andrade*, Ministério Público e sua Investigação Criminal, 2001; *Santin*, O Ministério Público na investigação criminal, 2001.

¹⁶ *Brasil*, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.º 593.727-5, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233> (30.9.2019).

¹⁷ Comentando a aludida reforma alemã, encontramos: *Maier*, La investigación penal preparatoria del Ministerio Público, Instrucción sumaria o citación directa, 1975.

¹⁸ *França*, Code D’Instruction Criminelle, 1811. p. 499–594.

figura do *juiz instrutor*.¹⁹ Por essa razão, é compreensível que a Corte Interamericana dos Direitos Humanos, de uma hora para outra, não fechasse os olhos para um modelo de investigação criminal francamente utilizado em países de língua espanhola, sobretudo, em virtude de seu colonizador (Espanha) ainda manter o juiz de instrução à frente da investigação criminal.²⁰

Apesar de toda essa tradição, a figura do juiz instrutor – ou juiz investigador – não foi acolhida em nosso país. Mais que isso, em que pese a existência de controvérsia entre autores defendendo²¹ e rechaçando²² a implantação desse modelo de investigação no Brasil, em substituição à investigação policial, o certo é que o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, já se manifestou por sua inviabilidade frente aos termos de nossa Constituição Federal, por ferimento à imparcialidade do juiz.²³

É por isso que, dentre as opções dadas, o Senado Federal corretamente escolheu a investigação criminal do Ministério Público, adequando-se convencional e constitucionalmente pela decisão proferida pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos.

¹⁹ Art. 9. La police judiciaire sera exercée sous l'autorité des cours impériales, et suivant les distinctions qui vont être établies,

Par les gardes champêtres et les gardes forestiers,
Par les commissaires de police,
Par les maires et les adjoints de maire,
Par les procureurs impériaux et leurs substituts,
Par les juges de paix,
Par les officiers de gendarmerie,
Par les commissaires généraux de police,
Et par les juges d'instruction.

²⁰ A discussão doutrinária, sobre o Ministério Público assumir a condução da investigação criminal em solo espanhol, teve início ainda antes de seu atual diploma processual penal, que data de 1882. Sobre essa discussão, ver: *Pacheco*, Estudos de Legislación y Jurisprudencia, 1843, p. 231–232. *Casas y Moral*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia n° XI, 1857, p. 105. Nos dias de hoje, a doutrina vem dando sequência a essa discussão, como pode se ver em: *Villegas Fernández*, Fiscal Investigador contra Juez Instructor, La lógica de la investigación criminal, 2012.

²¹ *Lazzarini*, Revista de Informação Legislativa n° 101, 1989, p. 197–206; *Nassaro*, Revista A Força Policial n° 41, 2004, p. 79–85; *Santoro Filho*, Cadernos Jurídicos n° 27, 2006, p. 101–109; *Costa*, Revista CEJ n° 40, 2008, p. 81–90.

²² *Geraci*, Revista da EMERJ v. 7, n° 26, 2004, p. 278–286. *Choukr*, Processo à Luz da Constituição, Temas Escolhidos, 1999, p. 91–92.

²³ *Brasil*, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1570-2, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546> (30.9.2019).

2. A (in)constitucionalidade da exclusão da polícia judiciária como condutora de investigações criminais

Embora o Brasil haja ratificado a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) em 1992, somente no ano de 2002 é que ele reconheceu a competência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos quanto à interpretação ou aplicação daquele texto.²⁴ Com esse ato, o país admitiu respeitar e cumprir eventuais imposições feitas por aquela Corte, em processos originários de demandas contra ele apresentadas.

Havendo, portanto, uma posição política e um instrumento jurídico firmados pelo Brasil, no sentido de acatar eventuais condenações da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, o questionamento que fazemos é: haveria algum empecilho de ordem constitucional, impedindo-o de cumprir a imposição feita no *Caso Favela Nova Brasília*, no que diz respeito ao ponto que aqui é objeto de nossa atenção?

Como visto até o momento, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos impôs ao Brasil a realização de alterações normativas (legislativas ou não) voltadas à deslegitimação da polícia judiciária para investigar determinadas infrações penais envolvendo agentes de segurança pública, repassando essa legitimidade, de forma exclusiva, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário em tais hipóteses. Frente a isso, é importante vermos o que diz nossa Constituição Federal, em relação à legitimidade investigatória da polícia judiciária.

Por *polícia judiciária*, a Carta Maior se refere a duas polícias em específico: a polícia federal (§ 1º do artigo 144) e a polícia civil (§ 4º do artigo 144). Conforme ali se vê, há uma delimitação das funções apuratórias de cada uma delas, de maneira a evitar a sobreposição entre as atividades de uma em relação às atividades de outra. Mais que isso, a ambas não foi conferida a legitimidade apuratória quando da prática de crimes militares, pois, em relação a eles, fez-se menção às polícias militares (inciso V do artigo 144). Essa distinção de legitimidade apuratória fica ainda mais clara quando do trato da polícia civil, oportunidade em que, de modo expresso, foram-lhe reconhecidas “as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares” (§ 4º do artigo 144).

Essa breve análise das funções da polícia judiciária nos faz ver que, em momento algum, a Constituição Federal restringiu a legitimidade investigatória das polícias federal e civil para além das infrações militares. Resultado disso é que a proibição apuratória da polícia judiciária está adstrita a infrações penais alheias à competência das Justiças Federal e Estadual, ficando limitada à Justiça Militar da União ou do Estado.²⁵

²⁴ Decreto n° 4.463/2002, artigo 1º. É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para os fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

²⁵ Apontando a limitação da atuação da polícia judiciária às infrações penais mais comuns, vemos: *Bastos/Martins*, Co-

Chegando-se a esse resultado constitucionalmente assentado, não vemos como a imposição feita pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos possa ser implementada por meio do PLS nº 135, de 2018. A grosso modo, o projeto importa na exclusão da polícia judiciária, a partir da alteração do Código de Processo Penal, em relação à apuração de fatos ligados à competência das Justiças Federal e Estadual. O que se identifica, portanto, é o choque entre uma interpretação e condenação feitas a partir da CADH e o texto de nossa Constituição Federal. Teríamos, com isso, uma decisão – aquela proferida no *Caso Favela Nova Brasília – convencional* aos olhos do direito internacional, mas uma proposição reformista *inconstitucional* aos olhos da Constituição brasileira.

Não há dúvidas que o problema apresentado necessita ser superado, sobretudo, porque a Corte Interamericana dos Direitos Humanos não indicou, em sua decisão, qual o caminho a ser seguido pelo Brasil para implementar os termos da condenação. Ao contrário, aquela Corte deixou claro que não lhe interessava o instrumento utilizado para chegar ao resultado apontado – se por meio de alteração legislativa ou outro de ordem administrativa.

O rumo que nos parece mais adequado, para que haja conciliação entre a convencionalidade e a constitucionalidade da resposta dada pelo Brasil àquela condenação, é a alteração de sua Constituição Federal, criando-se uma limitação investigatória à polícia judiciária para além das infrações militares. Sem tal alteração, qualquer intento, em restringir a atuação policial, padecerá de grave mácula de constitucionalidade.

IV. A efetividade dos meios extralegais para o cumprimento da condenação imposta ao estado brasileiro

Em sua decisão, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos impôs ao Estado Brasileiro a realização de alterações na presidência da investigação criminal. Ao assim fazê-lo, também deixou claro que tais alterações poderiam se dar com uma reforma legislativa tradicional ou por meio de qualquer outro instrumento que lhe permitisse chegar àquele fim.

O caminho escolhido pelo país foi o de dar início a um regular processo legislativo, tendo em vista que o tema é de ordem processual, e a Constituição brasileira atribui à União a competência *exclusiva* para legislar sobre direito processual (inciso I do seu artigo 22). O problema é que o caminho até aqui eleito, na nossa visão, mostra-se claramente inconstitucional. Além disso, ele é por demais lento, e o prazo fixado por aquela Corte já finalizou, sem que o processo legislativo sequer haja sido concluído em sua Casa de origem.

Frente a isso, surge a seguinte questão: poderia o Estado Brasileiro adotar alguma medida, de natureza *extralegal* e com respeito à sua Constituição, que pudesse, validamente, concretizar os objetivos pretendidos pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos? A resposta vai em sentido positivo, ainda que de modo parcial.

Ao condenar o Brasil a alterar a legitimidade investigatória criminal para situações como a tratada no *Caso Favela Nova Brasília*, a Corte Interamericana dos Direitos Humanos

afirmou que essa alteração deveria se dar por meio dos “mecanismos normativos necessários” (Ponto Resolutivo 16), sem indicar, no entanto, quais seriam eles.

A busca por uma facilitação na colocação em prática das decisões da Corte Interamericana dos Direitos Humanos não foi algo adotado de modo inovador no *Caso Favela Nova Brasília*. Em outra oportunidade, essa Corte já havia se posicionado em igual sentido,²⁶ mas a base normativa para assim decidir está na própria Convenção, mais especificamente, em seu artigo 2º.²⁷

Encontrado o suporte *convencional* para a possibilidade de o Estado Brasileiro tomar medidas extralegais voltadas à execução da decisão da Corte Interamericana dos Direitos Humanos – suporte que conta com o apoio de sua doutrina nacional²⁸ –, resta-nos encontrar quais disposições *de outra natureza* poderiam ser utilizadas por ele.

Com relação à presidência da investigação criminal, não há como, válida e constitucionalmente, excluir a legitimidade investigatória da polícia judiciária. Entretanto, é possível que o Ministério Público se encarregue da investigação relativa aos fatos e pessoas mencionados naquela decisão e no PLS nº 135/2018, sem a necessidade do processo legislativo, mas com a condição de não exclusão da atividade apuratória policial. Referimo-nos, portanto, ao ingresso do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) na busca de efetividade à condenação imposta ao Brasil no *Caso Favela Nova Brasília*.

A partir do momento em que a investigação criminal do Ministério Público foi vista como um instrumento a serviço da preservação e proteção dos direitos humanos, o CNMP poderia, naquilo que lhe cabe, prestar grande auxílio à sociedade brasileira, demonstrando uma verdadeira vocação do Ministério Público para a defesa dos direitos humanos. Isso se daria com a alteração da Resolução nº 181, do CNMP, publicada em 2017 para dar nova roupagem à regulamenta-

²⁶ *Costa Rica*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, Sentença de 26 de setembro de 2006, disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_es_p.pdf (30.9.2019).

²⁷ Artigo 2º. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

²⁸ Sobre o tema, encontramos: “Não somente por disposições legislativas podem os direitos previstos na Convenção Americana restar protegidos, senão também por medidas ‘de outra natureza’. Tal significa que o propósito da Convenção é a proteção da pessoa, não importando se por lei ou outra medida estatal qualquer (v.g., um ato do Poder Executivo ou do Judiciário etc.)” (*Gomes/Mazzuoli*, Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica, 4. ed., 2013, p. 33).

mentários à Constituição do Brasil (promulgada em 05 de outubro de 1988), 2000, p. 281.

ção da investigação criminal presidida pelo acusador público brasileiro.²⁹

Ao que se observa daquela regulamentação feita na seara administrativa, o CNMP não apontou quais fatos ou pessoas deveriam ser objeto de atenção na referida investigação criminal. Contudo, essa foi uma opção política daquele Conselho, frente à existência de independência funcional dos membros do Ministério Público brasileiro. Ou seja, à época, ele entendeu não poder impor, por simples opção política e por meio de um ato administrativo, qualquer forma de atuação investigativa obrigatória.

Situação diversa se vê, no entanto, em razão da condenação imposta ao Estado Brasileiro.

Partindo-se dos termos contidos na condenação imposta pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, aquele Conselho poderia, sem grandes dificuldades, alterar sua própria resolução (que se trata de um ato administrativo), nela inserindo a obrigatoriedade de o Ministério Público instaurar sua investigação nas hipóteses delitivas mencionadas no *Caso Favela Nova Brasília*. Em uma realidade como essa, a obrigatoriedade da atuação investigatória do Ministério Público decorreria não de uma opção política, mas do cumprimento de uma imposição feita ao país, cuja executividade – esta sim – dar-se-ia por meio de um ato administrativo, preservando, com isso, a independência funcional, constitucionalmente assentada, dos membros do Ministério público brasileiro.

V. Entre a constitucionalidade e a convencionalidade: É possível criar limites à investigação criminal do ministério público?

Estabelecida a opção do Estado Brasileiro pela investigação criminal do Ministério Público, e sendo superados os obstáculos de ordem constitucional hoje presentes, uma dúvida que poderá assolar a doutrina brasileira é quanto ao futuro alcance das apurações realizadas por seu acusador público nacional. Mais concretamente, o questionamento que se poderá fazer é: o *Caso Favela Nova Brasília* e o PLS nº 135/2018 – se aprovado –, para efeitos práticos, restringirão a atuação apuratória do Ministério Público aos casos objeto de atenção daqueles textos, ou poderá ele seguir investigando de forma livre, independentemente do tipo de infração penal e da pessoa a serem investigadas?

Essa preocupação não se mostra desarrazoada, em especial, quando nos atemos ao teor da proposta de redação, presente naquele projeto, dada ao artigo 5º-A do Código de Processo Penal. Em sua textualidade, diz ele: “A investigação da infração penal será atribuição do órgão do Ministério Público se houver suspeita de autoria por parte de agentes dos órgãos da segurança pública, no exercício de suas funções”.

Na nossa visão, a melhor forma de evitar interpretações restritivas sobre a investigação do Ministério Público seria o legislador brasileiro promover uma alteração naquele texto,

deixando claro, a título de exemplo, que “A investigação da infração penal será atribuição do órgão do Ministério Público, dentre outras hipóteses, sempre que houver suspeita de autoria por parte de agentes dos órgãos da segurança pública, no exercício de suas funções”. Entretanto, até o momento, essa alteração sequer foi proposta e acreditamos que, caso o seja, maior será a exposição do Brasil no cenário internacional, em razão da já expiração do prazo fixado pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos e a necessidade de retomada de todo o processo legislativo até aqui trilhado pelo PLS nº 135/2018. Por isso, a pergunta feita acima segue necessitando de uma resposta.

A chave para se afastar todo e qualquer alarme em relação ao risco que mencionamos está na origem da legitimidade investigatória reconhecida pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos ao acusador público brasileiro. Aclarando um pouco mais, a fonte normativa, utilizada por essa Corte para chegar ao resultado apresentado, foi a CADH, tendo-se, como pressuposto, o reconhecimento de violação aos seus artigos 8.1³⁰ e 25.1.³¹ Com isso, o que se fez foi uma interpretação *convencional* para, a partir das violações praticadas pelo Estado Brasileiro, o Ministério Público ser apontado como uma alternativa à investigação policial.

Por outro lado, a legitimidade investigatória do acusador público brasileiro é fruto de antiga discussão no cenário nacional, remontando a período anterior à atual Constituição do Brasil.³² Após um longo período de discussões – acadêmicas e jurisprudenciais –, o Supremo Tribunal Federal pôs fim à controvérsia no ano de 2015, fixando a posição de que o Ministério Público detém legitimidade investigatória, retirando-a, portanto, do próprio texto constitucional, sob a invocação da *teoria dos poderes implícitos*³³ e sua inserção sobre o inciso I do artigo 129 da Carta Maior.³⁴

³⁰ 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.

³¹ 25.1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

³² *Boschi*, Persecução Penal: inquérito policial, ação penal e Ministério Público, 1987, p. 220–227.

³³ Sobre o tema, ver: *Hartman/Mersky/Tate*, Landmark Supreme Court Cases, The Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States, 2004; *Beck*, University of Illinois Law Review, nº 3, 2002, p. 581-659; *Buttá*, John Marshall, ‘Judicial Review’ e Stato Federale, 1998. Dentre as primeiras abordagens, em âmbito nacional, sobre a teoria dos poderes implícitos, encontramos: *Barbosa*, Comentários à Constituição Federal Brasileira, Tomo 1, 1932, p. 206–214.

²⁹ *Brasil*, Conselho Nacional do Ministério Público, Resolução nº 181, de 2018, disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf> (30.9.2019).

Ao que se observa, dois são os pontos de partida para a tomada de cada decisão: a Corte Interamericana dos Direitos Humanos se utilizou, em sua decisão, da CADH, ao passo que o Supremo Tribunal Federal encontrou na Constituição brasileira a justificativa para a viabilidade de o Ministério Público fazer sua própria apuração de ordem criminal. Com isso, aquela convenção, por tratar de tema atinente a direitos humanos, de norma *supralegal* se trata, o que a coloca, por óbvio, em um patamar inferior ao texto constitucional.

Essa simples retomada sobre as bases que assentaram cada decisão nos permite afirmar, portanto, que não há como a decisão no *Caso Favela Nova Brasília* e o PLS nº 135/2018 criarem ou permitirem algum tipo de limitação na atribuição investigatória criminal do Ministério Público. Basta lembrar que a teoria dos poderes implícitos foi aplicada no ponto da Constituição brasileira que trata da titularidade do exercício da ação penal pública. Ou seja, ela não incide sobre uma classe específica de infrações penais ou de pessoas acusadas, mas sobre toda e qualquer ação penal de caráter público, independentemente do fato ou da pessoa objeto de sua atenção.

Além disso, o *Caso Favela Nova Brasília* está a demonstrar que a investigação criminal do Ministério Público se configura como um *instrumento protetivo dos direitos humanos* – aliás, ela foi utilizada pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos justamente nesse sentido –, o que nos leva a identificar a existência de uma obrigação do Estado Brasileiro em não criar restrições a tal modalidade de apuração, sob pena de chocar-se frontalmente com os textos internacionais, por ele próprio ratificados, protetivos daquela classe de direitos.

Tal soma de fatores deixa claro que, a menos que haja alguma imposição judicial ou legal positiva – como é o caso da decisão da Corte Interamericana dos Direitos Humanos –, deve-se dar liberdade ao Ministério Público para que eleja os fatos ou pessoas a serem investigados, sempre que identificar alguma situação que venha a colocar em risco os direitos humanos da vítima, esteja ela individualizada ou caracterizada de forma coletiva. Se assim não fosse, teríamos não um *isomorfismo reformista*, como, ao seu tempo, disse Foucault,³⁴ mas um verdadeiro retrocesso humanitário-legislativo na seara processual penal, ferindo de morte a teleologia convencional e constitucional que justifica a investigação criminal do acusador público nacional.

Em síntese, o mecanismo que permitiu se chegar à interpretação de que o Ministério Público detém legitimidade investigatória com amparo constitucional não admite qualquer tipo de restrição infraconstitucional. É por essa razão que nenhuma legislação hierarquicamente inferior à nossa

Carta Maior – e, arriscamos em dizer, nem mesmo qualquer tipo de interpretação judicial, até mesmo proveniente do Supremo Tribunal Federal – poderá restringir a operacionalização da investigação criminal do acusador público, por ela ser um instrumento que está a serviço do ajuizamento, ou não, da ação penal pública.

VI. Conclusão

A condenação a que o Estado Brasileiro foi submetido pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, embora haja exposto negativamente o país, serviu para colocá-lo, frente a frente, com algumas pautas de discussão que o deixaram isolado em relação ao direito internacional. A principal delas se refere à própria condenação em si.

Isso significa que ele precisa se dar conta que, apesar de o poder público (em todas as suas esferas) não se ater de forma devida aos reflexos que a proteção aos direitos humanos produz no seu direito processual, o Estado Brasileiro ratificou a CADH e se submeteu à Corte Interamericana dos Direitos Humanos. Portanto, caso a opção seja seguir com as costas voltadas para os termos e posturas já assentadas em âmbito internacional, o Brasil se tornará um *habitué* junto àquela Corte.

Mesmo assim, há sério risco de a decisão do *Caso Favela Nova Brasília* não ser cumprida pelo país em curto espaço de tempo. Apesar de o prazo fixado naquela decisão já haver sido superado, o caminho legislativo adotado (PLS nº 135/2018) não encontra respaldo na Constituição Federal, em razão da criação de uma limitação infraconstitucional à atuação de sua polícia judiciária. Tal como o tema está sendo tratado, teríamos uma decisão condenatória *convencional* sendo executada de modo *inconstitucional*.

Para superar esse entrave e minimizar o impacto negativo que um novo e demorado processo legislativo – com a apresentação de uma Proposta de Emenda Constitucional – pode trazer ao país em âmbito internacional, a sugestão aqui apresentada é de o Estado Brasileiro fazer uso de uma das alternativas dadas pela própria Corte Interamericana dos Direitos Humanos: lançar mão de um instrumento de natureza administrativa para dar cumprimento à sua decisão. Isso se daria com a alteração da Resolução nº 181, de 2017, do CNMP, para ali inserir a obrigatoriedade da instauração da investigação criminal do Ministério Público nas hipóteses mencionadas no *Caso Favela Nova Brasília*.

Por certo que a exclusão da polícia judiciária não poderia ser realizada por meio de um ato administrativo. No entanto, parece-nos mais coerente haver uma colegitimidade investigatória – ainda que transitória, até a aprovação de uma reforma legislativa constitucionalmente válida – do que a manutenção de um *status quo* que levou o Brasil a uma vexatória condenação pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos.

³⁴ Dentre as primeiras manifestações doutrinárias nesse sentido, encontramos: Jardim, Direito Processual Penal, 6. ed., 1997, p. 339; Suxberger, Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, nº 22, 2003, p. 35–54; Lemos Júnior, Revista dos Tribunais, nº 795, 2002, p. 411–451.

³⁵ Foucault, Vigiar e Punir, História da Violência nas Prisões, 1977, p. 239.