

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

Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro*

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

Palavras-chave: Direitos humanos. Obrigações processuais penais positivas. Constituição da República. Justiça criminal. Legislação processual penal.

* Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de São Paulo. Pró-Reitor Acadêmico e Professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Coordenador do Grupo de Estudos de Marília “João Batista de Santana” da Associação Paulista do Ministério Público. Currículo *Lattes*: <<http://lattes.cnpq.br/6687308419664444>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-4035-1628>>. E-mail: gustavomqv@hotmail.com

Sumário: 1. Introdução. 2. Noções gerais sobre as obrigações processuais penais positivas. 3. Identificando as obrigações processuais penais positivas no corpo da Constituição da República de 1988. 3.1. Obrigações de natureza investigatória. a) Atribuição da Polícia Federal para investigar determinados delitos. b) Prisão cautelar. 3.2. Obrigações de natureza processual. a) Razoável duração do processo. b) Ação penal privada subsidiária da pública. c) Publicidade. d) Incidente de deslocamento de competência nos crimes de graves violações de direitos humanos. 3.3. Obrigações de natureza punitiva. a) Imprescritibilidade dos crimes de racismo e de ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. b) Insusceptibilidade de anistia e graça aos crimes hediondos e equiparados. 4. Considerações finais. Referências.

The 1988 Constitution and the effectiveness of positive criminal procedural obligations in Brazilian criminal legislation

Abstract: This chapter analyzes the compliance of Brazilian criminal procedural legislation with the positive criminal procedural obligations established by the 1988 Constitution. The Constitution imposes on the State not only the duty to classify and sanction conduct that violates fundamental rights, but also to implement effective mechanisms to the investigation, prosecution and punishment of these crimes. Using the deductive method and bibliographic research, this study starts from general constitution a land international principles of human rights to examine specific norms of the Brazilian legal system. The main objective is to evaluate the adequacy of criminal procedural legislation, identifying gaps and inconsistencies that may compromise the effectiveness of these obligations and proposing commendations for improving the system. The central problem is to verify whether Brazilian criminal procedural legislation is in compliance with constitutional requirements, considering efficiency in the investigation and processing of crimes, guaranteeing the fundamental rights of accused and victims, and the adequacy of punishment mechanisms. The relevance of this study lies in the need to ensure the effectiveness of human rights in the criminal process, helping to identify points for improvement and strengthening criminal justice in the country.

Keywords: Human rights. Positive criminal procedural obligations. Constitution of the republic. Criminal justice. Criminal procedural legislation.

Summary: 1. Introduction. 2. General notions about positive criminal procedural obligations. 3. Identifying the positive criminal procedural obligations in the body of the 1988 Constitution of the Republic. 3.1. Obligations of an investigative nature. a) Attribution of the Federal Police to investigate certain crimes. b) Precautionary detention. 3.2 Obligations of a procedural nature. a) Reasonable duration of the process. b) Private criminal action that is subsidiary to the public one. c) Advertising. d) Incident of displacement of jurisdiction in crimes of serious human rights violations. 3.3. Obligations of a punitive nature. a) Imprescriptibility of crimes of racism and actions by armed groups against the constitutional order and the Democratic State. b) Inability to grant amnesty and grace for heinous and similar crimes. 4. Final considerations. References.

1 Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, consolidou um vasto arcabouço de direitos e garantias fundamentais, tanto de natureza material quanto processual.

Dentre esses direitos, destacam-se as obrigações processuais penais positivas, impõem ao Estado o dever de conduzir procedimentos investigativos e processuais eficazes, garantindo que as condutas violadoras de direitos fundamen-

tais sejam não apenas criminalizadas, mas também investigadas, processadas e punidas adequadamente, sempre respeitando os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, essenciais para garantir a efetividade dos direitos humanos e a realização da justiça penal. Este trabalho examina a adequação da legislação processual penal brasileira no cumprimento das obrigações processuais penais positivas estipuladas pela Constituição de 1988. A investigação tem como foco a análise de dispositivos normativos e sua aplicabilidade prática, com o intuito de verificar se o ordenamento jurídico brasileiro atende às exigências constitucionais e internacionais relativas à proteção dos direitos humanos por meio de procedimentos penais eficazes.

Este estudo tem como objetivos principais analisar as noções gerais sobre as obrigações processuais penais positivas e sua fundamentação teórica, identificar as disposições específicas sobre essas obrigações no corpo da Constituição de 1988, e propor soluções viáveis para aprimorar a eficácia da legislação processual penal brasileira.

A relevância da pesquisa está na contribuição para um debate mais profundo sobre a necessidade de reformas no sistema de justiça penal, visando garantir uma proteção mais efetiva dos direitos fundamentais. A metodologia adotada inclui o método dedutivo, que parte de premissas gerais sobre as obrigações processuais penais positivas para uma análise específica da legislação brasileira. A pesquisa é essencialmente bibliográfica, baseando-se em doutrina nacional e internacional e na jurisprudência das cortes de direitos humanos.

Conclui-se que o cumprimento efetivo das obrigações processuais penais positivas no Brasil requer um esforço coordenado de todos os atores do sistema de justiça. A adoção das medidas propostas contribuirá para assegurar uma justiça penal mais eficiente, equânime e respeitosa dos direitos humanos, promovendo, assim, a construção de uma sociedade mais justa e democrática.

2 Noções gerais sobre as obrigações processuais penais positivas

A criminalização de condutas reprováveis e violadoras de direitos fundamentais e humanos é uma temática central no âmbito jurídico contemporâneo, destacando-se pela existência de ordens legais, também conhecidos como mandados de criminalização, emitidos pela Constituição ou por tratados internacionais de direitos humanos, que exigem do legislador ordinário a tipificação desses comportamentos como crimes, acompanhada da cominação de penas mais severas.

Entretanto, de nada adiantaria que as Constituições e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos estabelecessem a necessidade de tipificação penal, em abstrato, de delitos que violassem gravemente direitos fundamentais e humanos, sem que determinassem, por outro lado, a implementação de garantias ins-

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

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

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

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

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

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

Percebe-se, pois, que a mera tipificação, como delitos, de comportamentos humanos que afrontem direitos humanos, determinada pelos mandados de cri-

minalização, estejam em normas constitucionais domésticas ou em convenções internacionais, exige, ao seu lado, um correspondente procedimental que assegure que tais condutas perniciosas sejam profundamente investigadas, com o real propósito de que sua autoria seja esclarecida, e devidamente instruída em juízo, com a conseqüente imposição de penas, caso a culpa do increpado seja reconhecida, o que se nomenclaturou por obrigações processuais penais positivas. Nessa perspectiva,

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

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

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

A primeira vez em que o cerne da ideia de obrigações processuais penais positivas foi inserto em uma sentença de uma Corte Internacional, foi no Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras,¹ julgado em 1988, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, oportunidade em que se decidiu que os Estados partes têm obrigações *positivas*, vale dizer, *prestacionais*, na tarefa de proteção dos direitos humanos, o que abrange as tarefas de prevenir, investigar e sancionar, eficazmente, as violações dos direitos humanos consagrados na Declaração Americana de Direitos Humanos.

Semelhantemente, a Corte Europeia de Direitos Humanos também tem reconhecido a existência de obrigações processuais penais positivas, se deu no Caso Cestaro Vs Itália (TEDH, 2015a, n/p), quando reconheceu o dever imposto ao Estado italiano de investigar, com efetividade e por intermédio de órgão oficial, uma notícia de tortura, que teria ocorrido por agentes policiais, assim como identificar seus autores e os punir.

¹ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso González et al. “Campo Algodonero” v. México, 2009*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_04_por.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2023.

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

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

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

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

Nesse particular, as obrigações processuais penais positivas exaltam a importância do *efeito dissuasório* do sistema penal, na exata medida em que o esclarecimento de delitos e a punição de seus agentes executores satisfaz o legítimo interesse da sociedade no restabelecimento da harmonia social na comunidade em que o crime foi praticado, ao passo em que o não solucionamento de crimes tende a aumentar os riscos de reiteração criminosa, de sorte que a organização adequada dos órgãos policiais e judiciários impede uma sistemática fomentadora de *impunidade* (FISCHER; PEREIRA, 2019, p. 111-112).

Douglas Fischer e Frederico Pereira elucidam que o problema da impunidade em atos que atentam contra os direitos humanos não se deve à ausência ou

inadequação de mecanismos internos, mas sim à falta de diligência e empenho dos órgãos públicos na condução desses processos. De acordo com eles, a impropriedade na resposta penal, em casos concretos, resulta da negligência dos envolvidos, da incapacidade dos órgãos de persecução ou da interpretação excessivamente permissiva das normas (FISCHER; PEREIRA, 2019, p. 19).

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

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

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

Muito pelo contrário, o propósito do reconhecimento do instituto em questão é buscar o “equilíbrio entre os valores da operabilidade do sistema e de salvaguarda das liberdades individuais”, conferindo “efetividade aos instrumentos necessários à afirmação das normas substanciais, mantendo hígidos e plenamente eficazes os direitos dos imputados” (FISCHER; PEREIRA, 2019, p. 123).

De fato, a compreensão integral dos direitos humanos deve dedicar empenho internacional não apenas na afirmação e na defesa dos direitos da pessoa investigada ou acusada criminalmente, mas, também, para a salvaguarda dos direitos das vítimas e de seus familiares, em uma harmônica conjugação de esforços para que *todos* os direitos humanos sejam, igual e intransigentemente tutelados. Vale dizer, deve-se reconhecer, na seara criminal, a existência de direitos humanos negativos, cuja natureza é de vedar a hipertrofia punitiva estatal sobre a liberdade individual do cidadão, quanto direitos humanos *positivos*, que impõem aos Estados deveres de ação em relação aos delitos praticados que afrontem, com severidade, a dignidade humana, notadamente quanto à investigação

criminal, à instrução processual e à punição de seus agentes, por afronta aos direitos fundamentais e humanos. Em outras palavras, “[...] a justiça criminal é *escudo e espada* dos direitos fundamentais” (FISCHER; PEREIRA, 2019, p. 18).

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

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

As obrigações processuais penais positivas, portanto, longe de se tratarem de obrigações de *resultado*, que exigem das justiças criminais domésticas a invariável imposição de condenações criminais em casos que envolvem violação a direitos humanos, a toda evidência, revelam-se como obrigações de *meio*,² que determinam às autoridades policiais e judiciárias de cada Estado o compromisso de *dedicação* e de *empenho* na atividade de investigação, de instrução criminal e, caso se reconheça a responsabilidade criminal do agente, observados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, de imposição de sanções penais razoáveis àqueles casos, como fruto do justo processo penal convencional.

Delineados os contornos fundamentais sobre as denominadas obrigações processuais penais positivas, convém, doravante, identificar tais disposições no corpo do texto constitucional brasileiro.

3 Identificando as obrigações processuais penais positivas no corpo da Constituição da República de 1988

Embora o conceito de *obrigações processuais penais positivas* como tese científica seja relativamente recente, em nada influenciando os debates no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte, é bem verdade que, percorrendo por todo o texto constitucional, em que pese a indiscutível proeminência de direitos

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

fundamentais de natureza individual que têm como destinatários os investigados e acusados de infração penal, percebe-se, igualmente, a existência de garantias instrumentais e procedimentais visando à adequada investigação, ao devido processamento e, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, à suficiente punição dos réus reconhecidamente culpados.

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

3.1 Obrigações de natureza investigatória

Praticado o fato criminoso, a obrigação processual penal positiva que se impõe inicialmente, isto é, de caráter *investigatório*, é a de que a autoridade policial se desincumba de seus melhores esforços para apurar a existência daquela infração penal e desvende a sua autoria ou participação, colhendo elementos de informação suficientes para propiciar ao titular da ação penal o seu exercício responsável da ação penal.

a) Atribuição da Polícia Federal para investigar determinados delitos

Nessa perspectiva, a primeira obrigação processual penal positiva relacionada ao dever de investigação das infrações penais e de suas autorias constantes do corpo constitucional diz respeito à competência da *polícia federal*, anunciada nos incisos I e II, do artigo 144, §1º, da Constituição Federal, para investigar: i) crimes contra os bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas; ii) infrações interestaduais ou internacionais que exijam repressão uniforme; iii) o tráfico ilícito de drogas; iv) o contrabando e o descaminho.

Por outro lado, o artigo 144, §4º, da Lei Maior, estabelece que “às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”, em uma clara divisão de atribuições policiais.

De fato, segundo Aury Lopes Junior (2022a, p. 266), “[...] a polícia judiciária está encarregada da investigação preliminar, sendo desempenhada nos estados pela Polícia Civil e, no âmbito federal, pela Polícia Federal.”, entretanto, é notório que o legislador constituinte, ao atribuir à *polícia federal* a competência para apurar determinada gama de infrações penais, fê-lo por crer que sua melhor estrutura e o seu aparelhamento potencializaram a atividade de investigação em relação aos delitos por ele considerados de maior relevância.

Apesar da divisão de atribuições policiais estabelecidas pela Constituição, em regra, não há impedimento para que a polícia civil estadual conduza investigações sobre delitos de competência da Justiça Federal, como o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e outros crimes mencionados no artigo 109 da Constituição. De igual modo, a polícia federal pode realizar inquéritos relativos a delitos de competência da Justiça Estadual. Todavia, normalmente, a atuação de cada polícia tende a restringir-se ao âmbito de atuação da respectiva Justiça, seja ela Federal ou Estadual (LOPES JUNIOR, 2022a, p. 266-267).

b) Prisão cautelar

A segunda e derradeira obrigação processual penal positiva relacionada à investigação aborda a possibilidade de prisão cautelar do investigado, principalmente para impedir que ele interfira na investigação, como por meio de coação de testemunhas ou adulteração de evidências.

O princípio da presunção de inocência, estabelecido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Conforme Aury Lopes Junior (2022a, p. 196), isso impõe o “dever de tratamento”, ou seja, o acusado deve ser tratado como inocente até que haja uma sentença penal condenatória definitiva, impactando no uso excepcional das prisões cautelares.

O princípio da presunção de inocência exige que toda pessoa investigada ou processada seja tratada como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, evitando a antecipação dos efeitos de uma condenação criminal antes desse marco temporal. No entanto, isso não significa que seja um direito absoluto que proíba o uso de prisões cautelares. A presunção de inocência pode ser relativizada pelo uso dessas prisões (LOPES JUNIOR, 2022a, p. 1.430).

A relativização da presunção de inocência encontra fundamento no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição, que permite prisões em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Marcos Alexandre Coelho Zilli (2015) observa que a presunção de inocência não proscree a prisão processual, mas apenas a constrição de liberdade sem necessidade de preservação do processo. Assim, a cautelaridade é requisito essencial para qualquer prisão anterior à condenação transitada em julgado, evitando a equiparação indevida à prisão-pena.

Afrânio Silva Jardim (2012) destaca que a prisão provisória tem natureza acauteladora, destinada a assegurar a eficácia da decisão final e possibilitar a regular instrução probatória. A prisão cautelar, embora inerente à atividade de investigação, pode ser utilizada para fins processuais quando a postura do acusado prejudica a instrução probatória, desde que os pressupostos e requisitos legais estejam presentes.

A análise detalhada das obrigações processuais penais positivas previstas na Constituição, incluindo os requisitos legais das prisões cautelares, deve ser realizada oportunamente. No entanto, é importante reconhecer sua existência e categorização. Definidos, assim, a atribuição da *justiça federal* para apurar determinadas infrações penais mais relevantes e a *prisão cautelar* do investigado para evitar sua inadvertida intromissão na atividade de investigação como obrigações processuais penais positivas de caráter investigatório, a seguir, pretende-se identificar aquelas de natureza *processual*.

3.2 Obrigações de natureza processual

As obrigações processuais penais positivas de caráter *processual* consistem no dever imposto ao poder público de conduzir a instrução processual penal de modo eficaz, com o propósito de apurar a responsabilidade criminal da pessoa acusada de delito, sempre sob a inclemente premissa do devido processo legal.

Partindo dessa premissa, identifica-se, no bojo do texto constitucional, algumas garantias processuais que asseguram as exigências de acerto penal: a razoável duração do processo, a ação penal privada subsidiária da pública, a publicidade e o incidente de deslocamento de competência nos crimes de graves violações de direitos humanos.

a) Razoável duração do processo

A estrutura acusatória do processo penal brasileiro, sob a influência do *garantismo penal* exige uma harmônica justaposição entre o *jus perseguendi* e o direito de defesa do acusado, vale dizer, “[...] o processo penal passou a ser ao mesmo tempo um engenhoso instrumento de repressão penal e uma forma de autolimitação do Estado, pelo princípio *nullapoenasine judicio*”, conforme apregoa Afrânio Silva Jardim (2015, n/p).

Se a compreensão da dimensão *punitiva* das obrigações processuais penais positivas impõe a necessidade de aplicação imperiosa da sanção penal aos agentes condenados definitivamente pela prática de crime, sob pena de afronta aos direitos fundamentais afetados pela conduta delitiva, também é certo que nenhuma pena pode ser aplicada sem a operacionalização de um processo criminal (“*nullapoenasine judicio*”), com estrutura dialética, que assegure os direitos fundamentais ao acusado, afinal, “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, conforme reza o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República.

Esse modelo garantista de processo penal, contudo, embora deva assegurar, de forma inflexível, ao acusado todos os seus direitos e garantistas processuais,

não pode ser revestido de excessivas formalidades burocráticas a ponto de retardar, demasiadamente, a prestação que se espera da atividade jurisdicional. Em outras palavras, o processo penal há de ser desenvolvido em um prazo razoável.

Precisamente nessa perspectiva, o poder constituinte derivado reformador, na Emenda Constitucional nº 45/04, acrescentou o inciso LXXVIII, ao artigo 5º, do texto magno, reconhecendo que “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A propósito da inserção desse dispositivo no rol de direitos fundamentais do artigo 5º, do Texto Magno, ensinam Eliana Franco Neme e José Cláudio Domingues Moreira (2011, p. 22):

Justamente em razão do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Congresso Nacional promulgou, em 08/12/2004, a Emenda Constitucional n. 45, que entrou em vigor em 31/12/2004, introduzindo o inciso LXXVIII, no art. 5º da CF, que garantiu a todos, nos âmbitos judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, assegurando ao jurisdicionado o direito público subjetivo à celeridade processual. [...]. Em 13 de abril de 2009, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nas pessoas de seus detentores, celebraram o II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, buscando o aprimoramento da prestação jurisdicional, tendo como instrumentos principais a efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e a prevenção de conflitos, sendo que, se as providências preconizadas forem realmente implantadas, teremos um passo importante na direção da máxima efetivação dos direitos fundamentais.

Ao perquirir o sentido e o alcance do dispositivo constitucional à baila, Roberto da Silva Oliveira (2015, n/p) assevera que

[...] derivadas do princípio do devido processo legal e do acesso à justiça, surgem a razoável duração do processo e a celeridade processual, como garantias explícitas em nossa Carta Constitucional, que dizem respeito ao direito do cidadão à rápida prestação jurisdicional.

Extrai-se, assim, do indigitado dispositivo constitucional, a existência de dois princípios: a razoável duração do processo e a celeridade processual.

É bem verdade que a excessiva demora do processo penal não interessa nem ao *acusado*, “[...] submetido ao ritual degradante e à angústia prolongada da situação de pendência” (LOPES JUNIOR, 2022b, p. 88), nem ao *poder público*, notadamente pelo “[...] estigma da impunidade, via prescrição, com efeitos deletérios sobre a sociedade, inclusive com estímulo ao criminoso.” (OLIVEIRA, 2015, n/p).

Entretanto, se, por um lado, o processo penal deve tramitar, conforme exige o texto constitucional, de forma *célere* e com duração *razoável*, por outro, não significa que os atos processuais devam ser conduzidos de forma *açodada*, como se a instrução probatória judicial fosse um mero *rito de passagem* rumo à punição.

Nesse sentido, a lição de Aury Lopes Junior (2022b, p. 88):

[...] a aceleração deve produzir-se não a partir da visão utilitarista, da ilusão de uma justiça imediata, destinada à imediata satisfação dos desejos de vingança. O processo deve durar um prazo razoável para a necessária maturação e cognição, mas sem excessos.

Em semelhante sentido, aduzem Eliana Franco Neme e José Cláudio Domingues Moreira (2011, p. 22):

A morosidade é um problema que afeta a solução jurisdicional dos conflitos. Não se deve defender a celeridade processual, em detrimento da qualidade da prestação jurisdicional. O ideal é a celeridade com qualidade e adequada prestação jurisdicional.

Deveras, a estrutura dialética do processo penal brasileiro, com os imperativos do contraditório e da ampla defesa, exige que haja uma *demora* inerente na instrução processual penal, afinal, sem isso, não seria possível que as partes pudessem produzir as provas para o convencimento do juiz e, tampouco, manifestarem-se com o tempo necessário para explorar o conjunto probatório colhido. Em síntese, *celeridade* em nada se confunde com *açodamento*:

A urgência é um grave atentado contra a liberdade individual, levando a uma erosão da ordem constitucional e ao rompimento de uma regra básica: o processo nasceu para retardar, para demorar (dentro do razoável, é claro), para que todos possam expressar seus pontos de vista e demonstrar suas versões e, principalmente, para que o calor do acontecimento e das paixões arrefeça, permitindo uma racionalidade cognitiva. Em última análise, para que possamos racionalizar o acontecimento e aproximar o julgamento a um critério mínimo de justiça. (LOPES JUNIOR, 2022a, p. 84).

Portanto, ordena o poder constituinte derivado reformador que a legislação processual penal preveja, sistematicamente, a existência de *procedimentos* que, ao mesmo tempo, permitam uma solução *célere* à atividade jurisdicional, mas, também, assegurem às partes o pleno exercício de suas faculdades processuais, sem nenhum açodamento, sempre prestigiando o devido processo legal, com o objetivo maior de assegurar a obrigação processual penal positiva da razoável duração do processo.

b) Ação penal privada subsidiária da pública

Adotado o sistema processual penal *acusatório*, a titularidade privativa para a propositura da ação penal pública foi incumbida, pelo poder constituinte originário, ao Ministério Público, conforme estabelece o artigo 129, inciso I, da Constituição da República, como regra, à exceção de qualquer outro órgão e autoridade, o que lhe confere o regular exercício de parcela da soberania do Estado em relação à persecução criminal.

A razão é simples: ao assegurar que somente o órgão ministerial, estruturado sob a premissa maior da busca do interesse *público*, revestido de *impar-*

cialidade possa deflagrar uma ação penal contra alguém, impede-se, primeiramente, que uma única autoridade acumule as funções de *acusador* e de *juizador*, afastando-se da equidistância e da isenção necessárias à atividade jurisdicional, assim como, em segundo lugar, evita o exercício de ações penais temerárias, impregnadas pelo sentimento nada republicano da *vingança privada*.

Nesse sentido, é a exegese de Emerson Garcia (2017, p. 952):

Além de excluir a possibilidade de qualquer outra estrutura estatal de poder ajuizar a ação penal pública, a Constituição de 1988, ipso iure, também impediu que qualquer do povo o fizesse. Trata-se de restrição que reforça, implicitamente, o rol de direitos fundamentais. Ao assegurar que somente um órgão estatal, comprometido com a satisfação do interesse público, possa ajuizar ações dessa natureza, a ordem constitucional, na trilha da maioria dos Estados contemporâneos, garantiu que nenhum indivíduo se veja na vexatória situação de réu, em crimes de singular gravidade, sem que um juízo valorativo direcionado exclusivamente pela legalidade e marcado pela imparcialidade seja realizado.

Em outras palavras,

Ministério Público é o titular da pretensão acusatória. Por questão de política criminal, o modelo brasileiro adota o princípio da legalidade e indisponibilidade (agora mitigados nos crimes de menor potencial ofensivo) e não oportunidade. (LOPES JUNIOR, 2022b, p. 594).

Vale dizer,

[...] a ação penal de iniciativa pública está regida pelo princípio da obrigatoriedade, no sentido de que o Ministério Público tem o dever de oferecer a denúncia sempre que presentes as condições da ação [...]: prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*; punibilidade concreta; justa causa. (LOPES JUNIOR, 2022a, p. 535).

A titularidade privativa da ação penal pelo Ministério Público, portanto, é uma garantia da própria sociedade, na exata medida em que assegura ao *investigado* não ser submetido ao constrangimento de suportar uma ação penal temerária, despida de justa causa e lastreada em motivos estritamente egoísticos, assim como garante à *vítima* a convicção de que, havendo elementos indiciários da prática do crime e de sua autoria ou participação, a ação penal há de ser, peremptoriamente, deflagrada, mercê do princípio da obrigatoriedade, que subtrai do órgão ministerial o poder de disposição em relação à persecução criminal.

Ocorre que, por todo o texto constitucional, o legislador constituinte, atento à falibilidade das instituições e dos membros que as compõem, estabeleceu um sistema de freios e contrapesos que permite, tanto a outros órgãos, como ao próprio cidadão, a fiscalização da atividade dos poderes constituídos e dos órgãos públicos, mesmo em relação às atribuições e competências conferidas sob o critério da exclusividade.

Precisamente nessa perspectiva é que, em caso de inadvertida inércia do Ministério Público em propor a ação penal pública, quando presente a justa cau-

sa para o seu manejo, o poder constituinte originário estabeleceu o direito fundamental à ação penal privada subsidiária da pública, nos termos do artigo 5º, inciso LIX, da Carta da República, o qual estabelece que “[...] será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

De fato, por variadas razões, pode o Ministério Público, mesmo diante de um inquérito policial ou de peças de informação revestidas de elementos indiciários sobre a existência e a autoria de uma infração penal, quedar-se inerte em seu dever de propor a ação penal pública em face do investigado, decorrente do princípio da obrigatoriedade, o que deixariam, primeiramente, a vítima e, em segundo lugar, toda a sociedade carentes da obrigação processual penal positiva relativa ao *acertamento penal*, imprescindível à imposição da punibilidade concreta.

Assim, para assegurar que a pessoa investigada pela prática de crime, em face de quem haja indícios suficientes de autoria ou de participação, seja devidamente processada criminalmente, em respeito ao princípio da obrigatoriedade, o poder constituinte originário previu que a inércia do órgão ministerial em deflagrar a ação penal poderia ser suprido por uma excepcional iniciativa do ofendido, por intermédio da denominada *ação penal privada subsidiária da pública*.

Trata-se, pois, de “[...] legitimação extraordinária para o ofendido exercer ação penal em um crime que é de iniciativa pública, [...] consagrada constitucionalmente no art. 5º, LIX” (LOPES JUNIOR, 2022a, p. 576).

Não se pode, contudo, perder de vista a advertência de Hugo Nigro Mazzilli (2015, n/p): “[...] não havendo inércia, nenhuma pessoa, órgão ou entidade, estatal ou não, pode substituir-se ao Ministério Público na promoção da ação penal pública, pois o *ius puniendi* é emanção direta da soberania do Estado”.

Em todo caso, a obrigação processual penal positiva da ação penal privada subsidiária da pública assegura que a inércia do órgão ministerial não constituirá óbice à devida sujeição da pessoa investigada de crime em face de quem haja indícios de autoria ou de participação em um fato criminoso, empoderando a vítima de excepcional legitimação ativa na ação penal pública, com a conseqüente deflagração do *acertamento penal*, imprescindível à imposição de uma pena pela prática de delito.

c) Publicidade

O princípio da publicidade, segundo Luigi Ferrajoli (2014, n/p), anuncia que [...] os procedimentos de formulação de hipóteses e de averiguação da responsabilidade penal devem desenvolver-se à luz do sol, sob o controle da opinião pública e sobretudo do imputado e seu defensor, tratando-se de “garantias por assim dizer de segundo grau, ou garantias de garantias”, vale dizer “somente se a instrução probatória se desenvolver em público e, portanto, de forma oral e concentrada, [...] pode-se ter de fato uma relativa certeza de que tenham sido satisfeitas as garantias primárias [...] da contestação da acusação, do ônus da prova e do contraditório com a defesa”.

Debaixo desse espírito, o poder constituinte originário consagrou o princípio da publicidade no artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal, apregoando que “[...] a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

De fato, a publicidade da ação penal é um pressuposto inerente à existência de um Estado Democrático de Direito, que permite não apenas às partes, internamente, fiscalizarem a atividade jurisdicional, como, também, externamente, a toda a sociedade a avaliação sobre o trabalho de um dos poderes da República, a saber, o Judiciário, afastando-se da característica das autocracias de absoluto sigilo processual em sede de procedimentos criminais.

No entanto, o próprio texto constitucional deixa claro que a publicidade, longe de ser um direito fundamental absoluto, pode – e deve – ser relativizado sempre que a defesa da *intimidade* ou dos *interesses sociais* o exigirem, oportunidades em que será possível a restrição da prática de atos processuais.

Aliás, nesse sentido o artigo 5º, inciso IX, da Constituição Cidadã, estabelece que

[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Portanto, é precisamente a transparência das atividades judiciárias, propiciada pela obrigação processual penal positiva da publicidade, como *garantia de segundo grau*, isto é, como *garantia das garantias*, que assegura à vítima e à sociedade a existência de meios, mecanismos e instrumentos de fiscalização, internos e externos, da atividade jurisdicional em relação ao acerto penal da pessoa acusada de crime.

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

Outra importante obrigação processual penal positiva diz respeito ao denominado incidente de deslocamento de competência, inserido ao texto constitucional por ocasião da Emenda Constitucional nº 45/04, que introduziu o §5º ao artigo 109, da Carta da República, ao estabelecer que:

[...] nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. (Brasil, 1988, n/p).

Validamente, Flávia Piovesan (2022, p. 704) ensina que

[...] de acordo com o Direito Internacional, a responsabilidade pelas violações de direitos humanos é sempre da União, que dispõe de personalidade jurídica na ordem internacional, obtemperando, ainda, que “os princípios federativo e da separação dos Poderes não podem ser invocados para afastar a responsabilidade da União em relação à violação de obrigações contraídas no âmbito internacional”.

A autora prossegue em sua explicação:

[...] todavia, paradoxalmente, em face da sistemática até então vigente, a União, ao mesmo tempo em que detém a responsabilidade internacional, não é responsável em âmbito nacional, já que não dispõe da competência de investigar, processar e punir a violação, pela qual internacionalmente estará convocada a responder. (PIOVESAN, 2022, p. 704).

De fato, se é a União quem possui a responsabilidade internacional em relação a eventuais afrontas aos direitos humanos ocorridas em seu território, mas, em razão da evidente restrição do rol dos crimes julgados pela Justiça Federal, não detém, grosso modo, a competência para a investigação, a apuração judicial e a punição de tais fatos criminosos, o que é relegado à competência da Justiça Estadual, fundamental que exista um instrumento que permita, em caso de negligência das autoridades estaduais, o deslocamento da competência para a persecução penal à Justiça Federal, instaurando “[...] um sistema de salutar concorrência institucional para o combate à impunidade.” (PIOVESAN, 2022, p. 704).

Com maior aprofundamento,

De um lado, a federalização encoraja a firme atuação do Estado, sob o risco do deslocamento de competências. Isto é, se as instituições locais se mostrarem falhas, ineficazes ou omissas para a “proteção dos direitos humanos”, será possível valer-se das instâncias federais. Por outro lado, a federalização aumenta a responsabilidade das instâncias federais para o efetivo combate à impunidade das graves violações aos direitos humanos. O impacto há de ser o fortalecimento das instituições locais e federais. Além disso, resultará ampliada a responsabilidade da União em matéria de direitos humanos no âmbito interno, em consonância com sua crescente responsabilidade internacional. É exclusivamente sobre a União que recai a responsabilidade internacional na hipótese de violação de tratado de proteção de direitos humanos. Com a federalização restará aperfeiçoada a sistemática de responsabilidade nacional e internacional em face das graves violações dos direitos humanos, o que permitirá aprimorar o grau de respostas institucionais nas diversas instâncias federativas. Para os Estados cujas instituições responderem de forma eficaz às violações, a federalização não terá incidência maior – tão somente encorajará a importância da eficácia dessas respostas. Para os Estados, ao revés, cujas instituições se mostrarem falhas, ineficazes ou omissas, estará configurada a hipótese de deslocamento de competência para a esfera federal. A responsabilidade primária no tocante aos direitos humanos é dos Estados, enquanto a responsabilidade subsidiária passa a ser da União. (PIOVESAN, 2022, p. 708).

Nessa perspectiva, Flávia Piovesan (2011c, n/p) indica quatro argumentos favoráveis ao instituto em questão: assegurar maior proteção à vítima e fortalecer

o combate à impunidade; fortalecer e disseminar a responsabilidade internacional em matéria de direitos humanos nos diversos entes federativos – particularmente nos Estados; fortalecer a responsabilidade da União em matéria de direitos humanos no âmbito interno em consonância com sua responsabilidade internacional; aperfeiçoar a sistemática de responsabilidade nacional em face das graves violações dos direitos humanos.

Como contraponto à predominante visão da doutrina a respeito desse instituto, afirma Aury Lopes Junior (2022a, p. 688):

O incidente de deslocamento da competência gera um imenso perigo de manipulação política (e teatralização) de um julgamento. Também peca pela abertura conceitual, pois qualquer homicídio é uma grave violação de direitos humanos. Agrava o quadro o fato de a fórmula utilizada pelo legislador ser vaga, imprecisa e indeterminada, colocando em risco o princípio da legalidade e conduzindo a uma flagrante violação da garantia do juiz natural. Por fim, a tal advocatória prevista no §5º representa um grave retrocesso antidemocrático, prestando-se, também, de instrumento para a molesta intervenção do Poder Executivo na jurisdição, algo inaceitável, sem falar na quebra do pacto federativo. De qualquer forma, o inciso V-A está na mesma linha do disciplinado no §5º, de modo que, considerada a grave violação de direitos humanos, a competência é da Justiça Federal.

Observe-se que, embora essa obrigação processual penal positiva esteja alocada como de caráter *processual*, o incidente de deslocamento de competência para a federalização da apuração de crimes representativos de graves violações aos direitos humanos também poderá ser levado a efeito na fase de *investigação*, sempre que a autoridade policial estadual não empenhar os esforços necessários para o esclarecimento do fato criminoso e de sua autoria, com o respectivo encaminhamento à Polícia Federal para prosseguimento das investigações.

Portanto, “[...] acredita-se na federalização como efetivo instrumento para o combate à impunidade e para a garantia de justiça nas graves violações de direitos humanos” (PIOVESAN, 2022, p.717).

3.3 Obrigações de natureza punitiva

Por derradeiro, as obrigações processuais penais positivas de caráter *punitivo* ou *sancionatório* dizem respeito ao dever imposto ao poder público de, uma vez reconhecida a culpa do sentenciado, após o devido processo legal, a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, proceder à execução da sanção penal imposta ao réu, notadamente nos casos de graves violações aos direitos fundamentais e humanos.

Não se trata, a toda evidência, de uma pretensa obrigação de *punir a qualquer custo*, senão o dever de impor uma sanção penal adequada, razoável e pro-

porcional à censurabilidade do comportamento criminoso praticado, atentatório aos direitos humanos e fundamentais, com o inclemente respeito às garantias do sentenciado, durante toda a sua execução da pena.

Fundamentalmente, duas são as obrigações processuais penais positivas de caráter *punitivo*: a *imprescritibilidade* dos crimes de racismo e de ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, assim como a *vedação de anistia e de indulto* aos crimes hediondos e equiparados.

a) **Imprescritibilidade dos crimes de racismo e de ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático**

O direito de punir do Estado, como regra, é limitado no tempo, vale dizer, há um prazo específico estabelecido em lei para que cada crime praticado seja devidamente investigado, processado e punido, sob pena de perpetuar insegurança jurídica em relação aos agentes criminosos, os quais se sujeitariam a um estado persecutório permanente até o seu último suspiro.

Nesse diapasão, Cezar Roberto Bitencourt (2022, p. 2446) indica os quatro fundamentos políticos que justificam a existência da prescrição: o decurso do tempo leva ao esquecimento do fato; o decurso do tempo leva à recuperação do criminoso; o Estado deve arcar com sua inércia; o decurso do tempo enfraquece o suporte probatório.

Entretanto, a Constituição da República, dentre todas as infrações penais existentes na ordem jurídica brasileira, elegeu apenas duas, mercê do repúdio e da censurabilidade inerentes a esses comportamentos criminosos, para que nem mesmo o decurso do tempo seja capaz de impedir que os mais atrozes ataques criminosos à dignidade da pessoa humana e à democracia possam ser investigados, processados e, caso confirmada a culpa do agente, devidamente punidos: o racismo e de ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Nas palavras de Bitencourt (2022, p. 2438),

[...] contrariando a orientação contemporânea do moderno Direito Penal liberal, que prega a prescritibilidade de todos os ilícitos penais, a Constituição brasileira de 1988 declara que são imprescritíveis “a prática do racismo” e “a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”. (art. 5º, XLII e XLIV).

Mencione-se que o Supremo Tribunal Federal estendeu os efeitos da imprescritibilidade do crime de racismo à injúria racial e à homotransfobia, alargando o alcance constitucional da vedação da prescrição de tais comportamentos criminosos.

De fato, os incisos XLII e XLIV, do artigo 5º, da Lei Maior, ao vedarem não apenas a inafiançabilidade, como, também, a *imprescritibilidade* de tais crimes, deixam claro que o repúdio ao racismo e aos ataques criminosos à democracia são tão perniciosos e repugnantes aos direitos fundamentais e humanos, que podem ser investigados, processados e punidos a qualquer tempo, ainda que decorram décadas depois da prática criminosa.

Assim, a obrigação processual penal positiva de punir o racismo, a injúria racial, a homotransfobia e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático é assegurada constitucionalmente e não pode ser limitada nem mesmo pelo decurso do tempo, devido à sua *imprescritibilidade*.

b) Insusceptibilidade de anistia e graça aos crimes hediondos e equiparados
Segundo Bitencourt (2022, p. 2416),

[...] anistia, graça e indulto constituem uma das formas mais antigas de extinção da punibilidade, conhecidas no passado como clemência soberana – *indulgencia principis* –, e justificavam-se pela necessidade, não raro, de atenuar os rigores exagerados das sanções penais, muitas vezes desproporcionais ao crime praticado.

A ordem jurídico-constitucional vigente, como é cediço, estabeleceu ao Presidente da República, por critérios de conveniência e oportunidade, a prerrogativa de expedir decretos de *indulto* e de *graça* em relação às *penas* já impostas aos réus e ao Congresso Nacional, condicionada à sanção presidencial, a *anistia* em relação aos *atos criminosos*, o que representa um fator de não punibilidade – ou de impunidade – que incide sobre crimes efetivamente praticados e réus definitivamente reconhecidos como culpados.

Ocorre que o poder constituinte originário, demonstrando o seu repúdio aos denominados *crimes hediondos*, a quem equiparou os delitos de tráfico de drogas, tortura e terrorismo, determinou que, em relação a eles, não seria possível a *anistia* ou a *graça*, assegurando-se, assim, a punibilidade concreta de tais comportamentos criminosos acintosos em relação aos direitos fundamentais e humanos.

Portanto, embora o *esquecimento do fato criminoso*, por intermédio da *anistia*, e o *perdão da pena*, pela *graça* e pelo *indulto*, sejam juridicamente viáveis em relação à grande maioria das infrações penais, são absolutamente proibidos, por imperativo constitucional, no tocante aos chamados *crimes hediondos*, assim como ao tráfico de drogas, à tortura e ao terrorismo.

Assim, a obrigação processual penal positiva de punir eficazmente os crimes hediondos e equiparados é uma ordem constitucional eloquente, bem representada pela proibição de anistia, graça e indulto em relação a eles.

4 Considerações finais

A análise empreendida ao longo deste estudo revela que a legislação processual penal brasileira, embora construída sob a égide da Constituição de 1988 e influenciada por tratados internacionais de direitos humanos, enfrenta desafios significativos na implementação das obrigações processuais penais positivas. Estas, como delineado, exigem do Estado não apenas a tipificação e punição de condutas criminosas, mas também a garantia de investigações eficazes e processos justos que assegurem a responsabilização dos autores, sempre em conformidade com os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Primeiramente, observa-se que, apesar de a legislação brasileira prever instrumentos teóricos adequados para o cumprimento das obrigações processuais penais positivas, a aplicação prática enfrenta lacunas. A morosidade processual é um problema crônico que compromete a celeridade exigida pelo princípio da razoável duração do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição. Propõe-se, portanto, a criação de mecanismos mais eficientes de gestão processual, como a uniformização de sistemas informatizados unificados de tramitação processual e a ampliação do uso de audiências telepresenciais, que podem acelerar a resolução de processos sem prejudicar a qualidade da prestação jurisdicional.

Em segundo lugar, a eficácia das investigações criminais é frequentemente prejudicada pela insuficiência de recursos humanos e materiais. A qualificação e o treinamento contínuo dos agentes investigativos são fundamentais para assegurar investigações diligentes e imparciais. Recomenda-se a criação de programas de capacitação contínua e especializada para policiais e peritos, além do fortalecimento da infraestrutura das delegacias, com investimentos em tecnologia e equipamentos modernos. Este enfoque contribuirá para a melhoria da qualidade das investigações e, conseqüentemente, para a eficácia da persecução penal.

Por fim, a proteção dos direitos das vítimas exige atenção especial. A legislação brasileira contempla dispositivos para a proteção das vítimas, mas sua implementação ainda é deficiente. Sugere-se, assim, sem prejuízo da aprovação do Estatuto da Vítima, a criação de um sistema integrado de apoio às vítimas, que inclua assistência psicológica, jurídica e social, além de mecanismos eficazes de proteção contra intimidações e represálias, que deve ser amplamente acessível e bem divulgado, garantindo que as vítimas conheçam e possam exercer plenamente seus direitos ao longo de todo o processo penal.

Em conclusão, o cumprimento efetivo das obrigações processuais penais positivas no Brasil demanda um esforço contínuo e coordenado entre todos os atores do sistema de justiça. A implementação de sistemas de gestão processual

mais eficientes, a qualificação contínua dos agentes investigativos e a criação de um robusto sistema de apoio às vítimas são medidas essenciais para garantir que a legislação processual penal brasileira esteja verdadeiramente alinhada com os imperativos constitucionais e internacionais de proteção aos direitos humanos. Apenas com um compromisso firme e diligente com esses princípios será possível assegurar uma justiça penal efetiva, equânime e respeitosa dos direitos humanos, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e democrática.

Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Baldeón García v. Peru, 2006*. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69630>>. Acesso em: 7 jul. 2024.
- _____. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala, 2000*. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec70esp.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2024.
- _____. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta v. Perú, 2022*. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/barrioscantuta02.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2024.
- _____. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Carpio Nicolle y otros v. Guatemala, 2004*. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec117esp.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2024.
- _____. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Garibaldi v. Brasil, 2009*. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72549>>. Acesso em: 7 jul. 2024.
- _____. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso González et al. “Campo Algodonero” v. México, 2009*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2024.
- _____. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Las Palmeras v Colombia, 2001*. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec90esp.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2024.
- _____. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala, 2003*. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69630>>. Acesso em: 7 jul. 2024.
- _____. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Nadege Dorzema e outros v. República Dominicana, 2012*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_por.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2024.
- _____. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos, 2009*. Disponível em: <<https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/5.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2024.
- _____. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Velasquez Rodriguez v. Honduras, 1988*. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec04por.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2024.

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

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

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

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

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

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

_____. *Fundamentos do Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

_____. *Prisões Cautelares*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

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

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

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

NEME, Eliana Franco; MOREIRA, José Cláudio Domingues. O acesso à justiça como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais possibilidades do sistema interamericano de proteção dos direitos do homem. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 14, p. 13-33, 2011. Disponível em: <<https://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/588>>. Acesso em: 22 set. 2023.

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

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

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaração Americana de Direitos Humanos, 1969*. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto/d0678.htm>>. Acesso em: 7 jul. 2024.

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

_____. *Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b. p. 1.223-1.246. (Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, v. 1).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

_____. Tribunal Europeu de Direitos Humanos: *Caso Selmouni v. França, 1999*. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-58287%22>>. Acesso em: 7 jul. 2024.

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