VOTO FUNDAMENTADO DO JUIZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
EM RELAÇÃO À SENTENÇA DA
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
NO *CASO CHAPARRO ALVAREZ E LAPO ÍÑIGUEZ* (EQUADOR),
DE 21 DE NOVEMBRO DE 2007

A) Aspectos do julgamento penal na jurisprudência da CorteIDH

1. Na sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez* (Equador), de 21 de novembro de 2007, o Tribunal analisa, entre outras questões, diversos aspectos do julgamento – termo que utilizo em sentido amplo: o devido processo, as garantias judiciais, a tutela judicial efetiva, a ampla e adequada defesa, conceitos que em algumas ocasiões se empregam como sinônimos, embora a rigor não o sejam, e que, em todo caso, abrangem alguns dos temas que mais transitam pela jurisdição interamericana e por sua correspondente europeia. A extraordinária relevância e a frequente abordagem desses temas decorrem de seu papel crucial para a preservação do conjunto dos direitos fundamentais e da constante presença de problemas de maior ou menor profundidade a esse respeito, a que a jurisdição interamericana deve atender.

2. Daí a importância que reveste o devido processo e a necessidade de insistir na definição e na análise de seus diversos componentes, pedra de toque para o acesso à justiça – formal, material e cautelar –, assunto que interessa profundamente à preservação do sistema democrático, sobretudo quando se projeta sobre a relação entre o poder público e o cidadão num âmbito crítico para a vigência dos direitos, como é o processo penal, no qual entram em risco os bens mais relevantes – vida, integridade, liberdade – e se dirigem as mais graves alegações do autoritarismo para a redução, a relativização ou a supressão dos direitos e das liberdades.

B) As medidas cautelares em matéria penal. Tensões características

3. Na sentença a que faço acompanhar este *Voto*, a Corte examina, entre outros temas do processo, algumas medidas preventivas ou cautelares utilizadas correntemente na ação penal contra os delitos, tanto de caráter pessoal (detenção, prisão preventiva) como real (confisco de bens). Aquelas costumam ser características do processo penal – ainda que, é claro, não exclusivas deste – enquanto as segundas se associam sobretudo com o âmbito civil –, mas irromperam com força crescente no âmbito penal como meios indiretos de luta contra o delito e diretos de preservação da matéria do processo e da possibilidade de executar, oportunamente, a sentença de condenação.

4. No âmbito do processo penal assumiu especial destaque o regime cautelar, ao lado dos capítulos de conhecimento (ao qual serve) e de execução. Corre em paralelo à investigação dos fatos e de seus autores. Vale-se de meios cada vez mais incisivos e complexos. É claro que sempre implica um dano aos direitos do acusado, mais ou menos intenso, que por definição ocorre antes que exista título jurídico – a sentença – que decida sobre a existência de um delito, suas características e a responsabilidade de determinada pessoa, à qual se destinaram – às vezes durante muito tempo – as providências cautelares adotadas por diversas autoridades: ora jurisdicionais, que deveriam ser a regra em atendimento à necessidade de garantir a legalidade e a legitimidade da medida, ora administrativas, situação cada vez mais frequente – em prol da luta contra a criminalidade, que se instala em argumentos de urgência e segurança pública – e certamente inquietante e perigosa.

5. O fato de que a restrição ao exercício dos direitos do indivíduo, que implica, se se analisa com realismo, uma verdadeira privação temporária desses direitos (por exemplo, a prisão preventiva), ocorra antes que exista sentença – e com frequência antes, inclusive, que tenha início o processo – cria uma evidente tensão entre essas medidas, amplamente refletidas na legislação e aplicadas na prática, por um lado, e o princípio ou presunção de inocência, por outro, que é uma valiosa garantia geral do indivíduo, previamente ao momento em que enfrenta a ação penal ou enquanto esta se desenvolve, a qual a jurisprudência da Corte Interamericana reconhece como fundamento ou cimento dos direitos integrados na noção de devido processo. Dificilmente se poderia conciliar a presunção de que certa pessoa é inocente em relação à conduta ilícita que lhe é atribuída ou que se investiga para atribuí-la, com o dano aos direitos daquela como meio ou instrumento – paradoxalmente – para definir se existe a suposta conduta e se comprova a hipotética responsabilidade.

6. Assim, fica manifesta uma tendência de injustiça nas medidas cautelares penais restritivas de direitos, invasoras da intimidade, condicionantes da liberdade. No entanto, não parece haver dúvida quanto à necessidade ou a inevitabilidade de adotar medidas dessa natureza em benefício do conjunto da justiça, dos prováveis direitos das vítimas, da paz pública etc., dados que concorrem para aliviar as tensões às quais me referi e para "serenar a consciência da justiça" com argumentos persuasivos assentados, sobretudo, em razões de segurança. Não pudemos prescindir – nem poderemos fazê-lo por muito tempo, ou talvez todo o tempo – de medidas cautelares mais ou menos rigorosas. O máximo que podemos – e devemos, obviamente – é reduzi-las a sua expressão indispensável e substituí-las, cada vez que isso seja possível, por instrumentos menos gravosos para os direitos e suficientemente eficazes para o bom cumprimento da justiça penal.

7. No final das contas, pois, as medidas cautelares penais, como quaisquer restrições a direitos fundamentais, deveriam ser: a) excepcionais e não ordinárias, rotineiras, sistemáticas; b) justificadas dentro de um marco preciso de razões e condições que lhes conferiram legitimidade e racionalidade; c) acordadas por autoridade jurisdicional independente, imparcial e competente, que sobre elas decida com formalidade e declare os motivos e os fundamentos que sustentam a ordem; d) indispensáveis para alcançar o fim legítimo que com elas se pretende; e) proporcionais a este e às circunstâncias em que se proferem; f) limitadas, na medida em que seja viável, em intensidade e duração; g) revisáveis periodicamente: por mandato da lei e por iniciativa das partes, revisão que deve contar com as garantias inerentes a um verdadeiro regime impugnativo (independência, eficácia e celeridade); h) revogáveis ou substituíveis quando se tenha ultrapassado o tempo razoável de vigência, levando em conta suas características. Tudo isso, que é aplicável ao sistema geral de medidas cautelares penais, tem especial relevo se se pensa na mais severa daquelas: a privação cautelar da liberdade.

C) Privação cautelar da liberdade

a) *Condições*

8. Diz-se, com razão e frequência, que o sistema penal – sobretudo o referente aos países incluídos no Sistema Interamericano – lança mão com excesso da detenção e da prisão preventiva. Abundam os dados que ilustram esta afirmação. São muitos os supostos delitos cujos supostos autores são submetidos à privação preventiva da liberdade, enquanto se instrui um inquérito e se resolve em juízo se houve delito e responsabilidade penal, consumando assim, para evocar Beccaria, uma pena que se antecipa à sentença.

9. Várias leis dispõem que se imponha inexoravelmente prisão preventiva aos acusados de crimes correspondentes a determinadas categorias, disposição que priva o juiz da possibilidade de avaliar individualmente, como deveria, a pertinência ou impertinência de ordenar a prisão cautelar no caso que esteja examinando, não apenas em uma categoria abstrata e geral. Essa ordem de prisão, estendida sobre uma variedade heterogênea de indivíduos e processos, é limítrofe da arbitrariedade: não judicial, mas legislativa, mas em todo caso estatal. Sugere – *mutatis mutandis* –reflexões similares às que realizou a Corte ao pronunciar-se sobre sanções "automáticas", como a pena de morte obrigatória (*mandatory*) que algumas legislações ainda conservam.

10. Já mencionei que parece inevitável a adoção de medidas cautelares no ramo penal, entre elas a privação de liberdade, mas também é indispensável examinar as hipóteses que possam justificá-las, previstas na lei e avaliadas pelo juiz, sob sua estrita responsabilidade. O que se pretende alcançar com essa medida, confessadamente, é a marcha do processo, com suas implicações com vistas à preservação da prova, à integridade dos participantes e à *executabilidade*, se for o caso, da sentença. Caso seja assim – e dificilmente se poderia ir além –, cabe ao legislador restringir o espaço da prisão cautelar, ressaltando os elementos que possam legitimá-la, e ao juiz apreciar a efetiva presença desses elementos no caso submetido a sua competência. Nada disso justificaria, naturalmente, a reclusão de grupos inteiros de acusados, de maneira indiscriminada, por pertencer a determinada "categoria geral", isto é, de acordo com um rótulo genérico e com apoio num *julgamento prévio legislativo*, não num *julgamento judicial*. Em resumo, não se pretende abolir a prisão preventiva, mas racionalizá-la. Não poderia ser irracional instituir, também aqui, a racionalidade penal.

b) *Controle e decisão de legalidade*

11. A Corte tece considerações sobre o órgão convocado a controlar a atuação de outras autoridades e decidir sobre a legalidade da privação de liberdade, tema previsto no artigo 7 da Convenção Americana. A esse respeito, examina, nos termos do *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez* e da legislação nacional a ele aplicável, a natureza dessa autoridade e do processo que nela tramita. A Convenção dispõe que o controle de legalidade – que põe em cena o *habeas corpus* –fique a cargo de uma autoridade judicial. Concordo que assim é e que assim deve ser: a autoridade judicial, não qualquer outra, tem atribuições – conforme o instrumento internacional de direitos humanos que compromete os Estados e a Corte aplica – para resolver sobre a pertinência da liberdade ou decidir pela libertação.

12. Creio ser procedente, entretanto, ampliar o espaço dos direitos e das garantias do acusado, caso seja possível e inclusive necessário, levando em conta as circunstâncias em que se realizou a detenção e nas quais se poderia propor a retificação. Ao abordar esse ponto, atenho-me ao princípio de que a lei interna pode ampliar – não restringir – os direitos do indivíduo e melhorar – não tornar mais raras – as garantias de que este dispõe para ampará-lo. Por isso considero que cabe a possibilidade de uma autoridade não judicial, atuando de forma imediata – *imediatíssima*, caso se queira colocá-lo assim –, fazer cessar a detenção irregular que se tenha imposto a um indivíduo. Sublinho: essa intervenção não deveria implicar condição ou requisito, estorvo ou dilação para a ingerência judicial disposta no artigo 7 da CADH, mas benefício adicional, garantia pronta ou oportuna.

13. Ao expressar-me assim não divirjo, nem remotamente, da sentença que assinei. Não estou convalidando a entrega do *habeas corpus* à autoridade política e administrativa (os prefeitos, por exemplo), mas afirmando que a infração ou o erro cometido pelo captor pode ser corrigido sem demora por essa autoridade, não em uso do *habeas corpus* e em substituição da autoridade judicial ou como instância prévia a ela, mas em busca de justiça

imediata, que fulmine a violação e restitua a liberdade. Penso, ademais, na situação que se poderia propor quando a autoridade administrativa esteja em condições de atuar sem demora, por sua proximidade do capturado e do captor, e a judicial se encontre, ao contrário, a certa distância, que seja preciso recorrer – sem demora, naturalmente – para requerer a liberdade.

c) *Formalidade*

14. A Corte também examinou neste caso – e invocou o precedente estabelecido em outros – as características do ato de controle judicial, isto é, da presença, atividade e diligência do juiz que controla a detenção: forma e tempo. Evidentemente, o que quer a norma garantista da Convenção e dos ordenamentos próprios da sociedade democrática, que cuida dos direitos e estabelece suas garantias, não é a aparência de controle, que pudesse decorrer da mera presença de uma autoridade judicial em determinada atuação, de maneira mais ou menos distante e até sigilosa. O que se reivindica é um efetivo comparecimento – consciente, explicativo, solicitado, assistido – do indivíduo perante o juiz e uma verdadeira tomada de conhecimento por parte deste como requisito para um controle genuíno por meio de uma resolução motivada e fundamentada.

d) *Diligência*

15. Quanto à diligência na atuação das autoridades, reclamada por diversos preceitos em diferentes hipóteses (a decisão sobre a detenção, conforme o artigo 7 da CADH); o andamento e a conclusão do processo, segundo o artigo 8), as expressões utilizadas nas disposições aplicáveis, pela jurisprudência e pela doutrina, pela *vox populi* e pelo sentido comum e pela experiência depositados no discurso dos acusados, apontam em todo caso para a atividade pronta e expedita da autoridade chamada a decidir (tão rapidamente quanto essa autoridade quisesse chegar a uma decisão, caso estivesse ela mesma sujeita ao julgamento, tomando por um momento o lugar do acusado no banco dos acusados), a razoável presteza da solução, a remoção de obstáculos e a exclusão de delongas que retardam o controle da legalidade ou da legitimidade de um ato, a solução de uma controvérsia, a adoção de uma medida urgente (sobretudo para quem se encontra sujeito à ação da justiça, transeunte nos labirintos de qualquer etapa do julgamento).

16. Pode haver – e há – critérios gerais para apreciar o prazo razoável, projetado para as diversas hipóteses propostas e acolhido na intenção de diferentes expressões. A Corte, que acolhe neste ponto desdobramentos da jurisprudência europeia, referiu-se à complexidade dos temas, à conduta das autoridades (judiciais ou de outra natureza, que participam do julgamento e influem, com seu comportamento processual, no seu andamento, seus "tempos e movimentos"), ao desempenho do acusado (mais ainda, de seu assessor jurídico, que conduz a "estratégia e a tática" da defesa). Este último – cumpre salientar – não converge para a transferência ao indivíduo da "responsabilidade" sobre a duração do trâmite. Na intenção da Corte não existiu nem existe semelhante transferência de responsabilidade e atribuição de prejuízo.

17. Creio, como manifestei em outra ocasião, que a esses elementos úteis para avaliar a razoabilidade do prazo convém agregar outro, instalado no direito e na prática, atendendo às circunstâncias do caso concreto: a influência que poderia ter o transcurso do tempo sobre os legítimos interesses e direitos do indivíduo, aspecto que até agora não examinamos. Ao lado dessas referências, gerais e razoáveis, considero que sempre será preciso avaliar o tema de forma casuística. O razoável num caso específico pode não sê-lo em outro. Dificilmente se poderia fixar um "prazo padrão" a que se acomodem, no leito de Procusto, todos os procedimentos. No entanto, não é insólito que, mesmo sem contar com

esse “prazo padrão”, cujo desdobramento permita reprovar a atuação da autoridade --sob os artigos 7 ou 8, em suas respectivas hipóteses –, tenhamos diante de nós durações cujo excesso seja evidente: semanas para resolver a regularidade de uma detenção; anos para concluir um processo.

D) Medidas cautelares reais

18. Na sentença do *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, a Corte Interamericana também se referiu às medidas cautelares penais de caráter real, aquelas que afetam bens e com isso restringem direitos vinculados de forma direta a eles: especialmente o direito de propriedade. A esse tipo de medida também são aplicáveis muitas das considerações, se não todas, que formulei em torno dos expedientes cautelares pessoais. Entre elas, desde logo, a racionalidade da medida, sustentada em elementos que a justifiquem.

19. Há que se resguardar diante de medidas cautelares reais que constituem, no fundo, atalhos para extinguir um direito, sem que exista prova sobre o ilícito cometido, nem comprovação de responsabilidade penal, nem sentença que declare ambas as coisas, condições, todas elas, para restringir ou extinguir qualquer direito. A solução do caso que provoca esses comentários deixa claros os excessos que poderiam ocorrer no dano a bens, tema delicado cuja importância cresce na medida em que se lança mão de instrumentos sumários, desvinculados da declaração de ilicitude e de responsabilidade, erigidos sobre conjecturas e associados à inversão do ônus da prova.

19. Voltamos, pois, ao dilema que tem povoado muitos debates e decisões chave no âmbito penal: o fim justifica os meios? Sustentamos a proposição inversa, alicerçada nos princípios da ordem penal de uma sociedade democrática: a legitimidade dos meios concorre para legitimar o fim. Isso tem grande repercussão em todo o horizonte: nas medidas cautelares – que agora examinamos –, mas também na tipificação penal, na seleção de consequências jurídicas do delito, na organização do processo, na admissão e apreciação das provas, na execução de penas e medidas, etc.

Juiz Sergio García Ramírez
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri
Secretário