

THIAGO MIRANDA MINAGÉ

**O CONTRADITÓRIO NA PRISÃO CAUTELAR E O DEVIDO PROCESSO
PENAL CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

**Rio de Janeiro
2017**

THIAGO MIRANDA MINAGÉ

**O CONTRADITÓRIO NA PRISÃO CAUTELAR E O DEVIDO PROCESSO
PENAL CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.**

Tese apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Doutor em Direito,
Programa de Pós-Graduação em Direito,
Universidade Estácio de Sá.

Orientadora: Cipriana Nicolitt

**Rio de Janeiro
2017**



Universidade Estácio de Sá

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A tese

***O CONTRADITÓRIO NA PRISÃO CAUTELAR E O DEVIDO PROCESSO PENAL
CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO***

elaborada por

THIAGO MIRANDA MINAGÉ

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

DOUTOR EM DIREITO

Rio de Janeiro, 26 de maio de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Cipriana Nicolitt Cordeiros Paranhos – Presidente
Universidade Estácio de Sá

Prof. Dr. Vinicius da Silva Scarpi
Universidade Estácio de Sá

Profa. Dra. Gisela França
Universidade Estácio de Sá

Prof. Dr. Andre Luiz Nicolitt
Faculdade Guanambi

Prof. Dr. Alexandre Moraes da Rosa
Universidade Federal de Santa Catarina

RESUMO

O Estado constituído como Constitucional e Democrático de Direito deve garantir a todos, instrumentos de controle do exercício do poder jurisdicional, principalmente, quando se estiver frente a atos jurisdicionais que afetem diretamente direitos fundamentais, como o da liberdade, e para que esse direito seja efetivado não bastam somente previsões literais, mas, essencialmente, procedimentos limitativos ao exercício do poder. Toda e qualquer decisão judicial deve ser proferida após uma participação ativa das partes interessadas no seu resultado, de forma que todos possam contribuir direta e ativamente, trazendo argumentos que serão analisados e debatidos, para que, ao final do ato, por meio de uma decisão fundamentada, haja a possibilidade que os afetados pelo provimento final tenham conhecimento da motivação que levou o julgador a assim decidir, efetivando, assim, de forma completa, o princípio constitucional do contraditório. No entanto, o instituto das prisões e medidas cautelares, conforme posto na legislação brasileira, fruto, talvez, de má compreensão das categorias próprias do processo penal, agravado pela manutenção compreensiva do sistema processual adotado, encravado no embate secular de acusatório versus inquisitivo, acaba por impedir uma formulação procedimental própria, que coadune com a Constituição Federal e os Tratados Internacionais, principalmente, quanto à matéria relacionada à cautelaridade, ao que quer servir, sobretudo, como um convite. Apesar do avanço trazido pelos referidos diplomas legais, em especial, a Audiência de Custódia, que aqui se defende como uma hipótese de solução, ainda não é possível prever se tal mudança conseguirá concretizar a efetivação do processo constitucional. O referencial teórico-metodológico utilizado teve por base o método jurídico-dedutivo, com ênfase na teoria do Processo Penal Constitucional Democrático.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Controle de Poder. Poder Jurisdicional. Medidas Cautelares. Prisões. Audiência de Custódia. Princípio do Contraditório.

RESÚMEN

El estado constituido como norma constitucional y democrático de derecho debe garantizar el control de todo el mundo, instrumento del ejercicio del poder judicial, especialmente cuando se está en contra de los actos jurisdiccionales que afectan directamente a los derechos fundamentales, como la libertad, y que este derecho tenga efecto no sólo predicciones bastante literal, sino en última instancia, los procedimientos de limitación para el ejercicio del poder. Cualquier decisión judicial debe ser transmitido después de una participación activa de los interesados en sus resultados, por lo que todo el mundo puede contribuir directa y activamente, aportando argumentos que serán analizadas y debatidas, de manera que al final del acto, por una decisión a tierra, existe la posibilidad de que los afectados por la reciente prestación son conscientes de la motivación que llevó al juez así lo decide, efectuando así por completo, el principio constitucional de contradicción. Sin embargo, el Instituto de detenciones y medidas de precaución, como se establece en la legislación brasileña, el resultado, tal vez, de la falta de comprensión de las mismas categorías de procedimiento penal, agravadas por el mantenimiento integral del sistema procesal adoptada, encajada en la lucha secular de acusatoria contra curiosos, justo mediante la prevención de su propia formulación de procedimiento, que a la vez coherente con la Constitución y los tratados internacionales, en particular, como el comité relacionado con cautelaridade, que quiere servir principalmente como una invitación. A pesar de la mejora aportada por esta legislación, en particular la audiencia de custodia que aquí se defiende como una hipótesis de solución, no es posible predecir si un cambio de este tipo será capaz de lograr la realización del proceso constitucional. El marco teórico utilizado se basó en el método jurídico-deductivo, con énfasis en la teoría del Procedimiento Penal Constitucional Democrática.

Palabras clave: Estado democrático. Control de potencia. Poder jurisdiccional. Las medidas de precaución. Prisiones. Audiencia de custodia. El principio de contradicción.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. PRISÃO CAUTELAR COMO PLENO EXERCÍCIO DO PODER NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	16
2.1 A QUESTÃO DO PODER EM HOBBS, FOUCAULT E AGAMBEN.....	31
2.2 A RELAÇÃO ENTRE O EXERCÍCIO DO PODER E OS INTERESSES ECONÔMICOS	58
2.3 O EXERCÍCIO DO PODER SOB O PONTO DE VISTA DA CRIMINOLOGIA	67
2.4 HORIZONTE DE PROJEÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER NA SOCIEDADE..	80
3. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO E NOS TRATADOS INTERNACIONAIS	109
3.1 VIOLAÇÃO DA CONTRADITÓRIO PRÉVIO: <i>HABEAS CORPUS</i> Nº 128.880 E O CASO <i>LÓPEZ ÁLVAREZ VS HONDURAS</i>	120
3.2. AUSÊNCIA DE INSTRUMENTOS IMPUGNATIVOS PROCEDIMENTAIS: <i>HABEAS CORPUS</i> 124.707, CASO <i>BAYARRI VS ARGENTINA</i> E CASO <i>GENIE LACAYO VS NICARÁGUA</i>	125
3.3 DESVIRTUAMENTO DA FINALIDADE DO PROCESSO CRIMINAL: <i>HABEAS CORPUS</i> 126.704, CASO <i>BARRETO LEIVA VS VENEZUELA</i> E CASO <i>SUAREZ ROSERO VS EQUADOR</i>	131
3.4 VIOLAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: <i>HABEAS CORPUS</i> 126.292 E <i>HABEAS CORPUS</i> 118.684 E CASO <i>SUÁREZ ROSERO VS ECUADOR</i>	136
3.5 A IMPORTÂNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: ADFP 347 E CASO <i>BAYARRI VS ARGENTINA</i>	143
4. PRISÃO CAUTELAR E PROCESSO PENAL	149
4.1 AUTONOMIA DO PROCESSO PENAL E RELAÇÃO COM OS DEMAIS RAMOS DO DIREITO. A IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE TEORIAS DA PENA NO USO DAS PRISÕES CAUTELARES.....	158
4.2 [RE] ESTRUTURANDO O PROCESSO PENAL E A CRÍTICA À TEORIA GERAL DO PROCESSO INSTRUMENTAL	168
4.3 PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL E SUA FINALIDADE	182
4.4 SISTEMAS PROCESSUAIS - INQUISITÓRIO <i>VERSUS</i> ACUSATÓRIO	195

4.5 POR UMA NOVA PERSPECTIVA: SISTEMA DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL.....	206
5. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO CONCRETIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO NO USO DA PRISÃO CAUTELAR.....	215
6.CONTRADITÓRIO COMO SIGNIFICANTE DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL E SUA OBSERVAÇÃO EM TODOS OS DECRETOS DE PRISÕES E MEDIADAS CAUTELARES.....	226
7. CONCLUSÃO	240
REFERÊNCIAS.....	246