



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Carlos Gustavo Coelho de Andrade

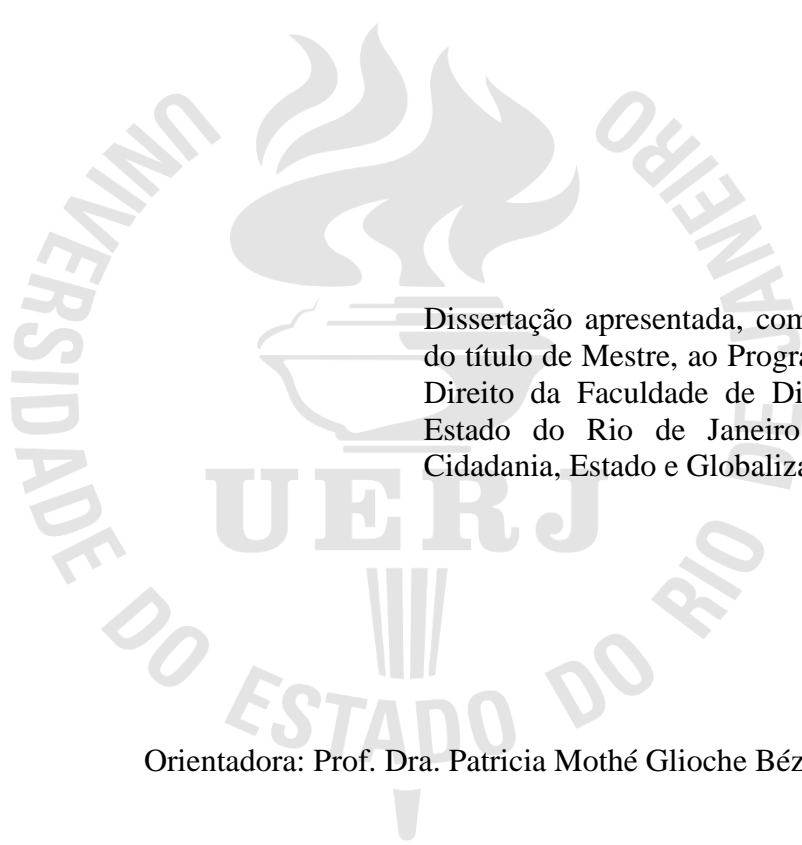
**Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na
Constituição e na Convenção Americana de Direitos Humanos.**

Rio de Janeiro

2016

Carlos Gustavo Coelho de Andrade

**Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na
Convenção Americana de Direitos Humanos**



Dissertação apresentada, como requisito para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientadora: Prof. Dra. Patricia Mothé Glioche Béze

Rio de Janeiro

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A553

Andrade, Carlos Gustavo Coelho de.

Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana de Direitos Humanos / Carlos Gustavo Coelho de Andrade. - 2016.

321 f.

Orientador: Profª. Dra. Patrícia Mothé Glioche Béze.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Direitos fundamentais - Teses. 2.Direitos humanos –Teses. 3. Descriminalização – Teses. I.Béze, Patrícia Mothé Glioche. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.7

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Carlos Gustavo Coelho de Andrade

**Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na
Convenção Americana de Direitos Humanos.**

Dissertação apresentada, como requisito para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 28 de março de 2016.

Banca Examinadora:

Prof. Dra. Patricia Mothé Glioche Béze (Orientadora)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Rogério José Bento Soares do Nascimento
Universidade Estácio de Sá e Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2016

DEDICATÓRIA

A meu filho Rafael, nascido durante a elaboração desta dissertação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha esposa, Juliana, e a minha mãe, Maria Regina, por toda paciência, amor e apoio.

Agradeço a meu falecido pai, Azulino, por todos os ensinamentos de vida.

Agradeço a minha orientadora, Patrícia, pelos valiosos conselhos.

Agradeço a meus professores, alunos e colegas de mestrado por tudo o que aprendi.

Agradeço às colegas Adriana e Júlia por suas abalizadas opiniões.

Agradeço ao amigo Daniel Favaretto pelo auxílio na revisão do texto.

Agradeço a Rafael... por existir.

The apostate's life and organs don't have to be respected and may be taken with impunity.

Fatwa (decreto religioso) n° 68, 31.01.2015. Estado Islâmico.

RESUMO

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Mandados implícitos de criminalização: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana de Direitos Humanos*. 2016. 321f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016.

A dissertação aborda a questão dos mandados implícitos de criminalização, oriundos da Constituição e do Direito Internacional dos Direitos Humanos - DIDH (em especial da Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH), questionando sobre a sua compatibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito de graves ataques aos direitos à vida, integridade física e liberdade e de graves violações de direitos humanos. Perquire-se sobre a presença dos pressupostos da supremacia constitucional e da prevalência do DIDH sobre a lei interna, e sobre os fundamentos constitucionais e internacionais do instituto, a partir da ótica neoconstitucionalista e da evolução do DIDH, reconhecendo deveres estatais positivos de tutela dos direitos fundamentais e humanos. Pesquisa-se a aplicação do princípio da vedação da proteção deficiente (*Untermassverbot*), como dupla face do princípio da proporcionalidade, na jurisprudência do STF, bem como a aplicação da doutrina dos deveres estatais de proteger e garantir os direitos humanos na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em especial na construção de um dever de criminalizar, investigar e processar os responsáveis por graves violações de direitos humanos. Expõem-se os principais desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais dos mandados implícitos de criminalização, sendo analisadas as principais objeções que lhe são feitas. Ao final, propõem-se diversas consequências jurídicas e estabelecem-se os limites à eficácia dos mandados implícitos de criminalização.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Dever de proteção. Mandados de criminalização. Constituição.

CADH.

ABSTRACT

ANDRADE, Carlos Gustavo Coelho de. *Positive obligations in criminal Law: the duty to criminalize and prosecute human rights violations in the brazilian Constitution and in the American Convention on Human Rights*. 2016. 321f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016.

This dissertation addresses whether the brazilian Constitution and the International Human Rights Law (specially the American Convention on Human Rights) require the issuing and enforcing of criminal provisions in the realm of severe attacks against life, physical integrity and freedom and serious human rights violations. Initially it is inquired about the prerequisites of constitutional supremacy and international human rights law primacy over national statutes, as well as examined the constitutional and international grounds of positive obligations in criminal justice, from the modern constitutional and international human rights law perspective, recognizing states' duties to respect and secure human rights. The Brazilian Supreme Court's and the Inter-American Court of Human Rights' case-law are scrutinized over the construction of a duty of putting in place criminal-law provisions to deter human rights violations as well as undertaking effective investigations and prosecuting those accountable. Furthermore, the doctrine's major challenges are critically analyzed. Eventually, several juridical consequences are proposed in addition to imposing and clarifying the limits of positive obligations in criminal justice under brazilian positive law.

Keywords: Human Rights. Positive obligations. Duty to prosecute. Brazilian Constitution. American Convention on Human Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABI	Associação Brasileira de Imprensa
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CBF	Confederação Brasileira de Futebol
CE	Código Eleitoral
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
ComIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CP	Código Penal
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DI	Direito Internacional
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DPI	Direito Penal Internacional
EC	Emenda Constitucional
ENASP	Estratégia Nacional de Segurança Pública
EUROSTAT	Gabinete de Estatísticas da União Europeia
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
FUNPEN	Fundo Penitenciário Nacional
GAFI	Grupo de Ação Financeira Internacional
HC	Habeas Corpus
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
INSS	Instituto Nacional de Seguridade Social
LEP	Lei de Execuções Penais

MI	Mandado de Injunção
MP	Ministério Público
MPPR	Ministério Público do Estado do Paraná
MPRJ	Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OEA	Organização dos Estados Americanos
PGR	Procurador(ia)-Geral da República
PPE	prescrição da pretensão executória
RE	recurso extraordinário
REsp	recurso especial
RHC	recurso em <i>habeas corpus</i>
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCF(A)	Tribunal Constitucional Federal (alemão)
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TJPR	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TPI	Tribunal Penal Internacional

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	14
1	MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO	18
1.1	Origens históricas	18
1.2	Conceito. Mandados explícitos e implícitos	19
1.3	Mandados de criminalização primária e secundária. Mandados originados do Direito Constitucional e do Direito Internacional	23
1.4	Pressupostos dos mandados de criminalização: submissão dos poderes do Estado à Constituição e/ou ao Direito Internacional dos Direitos Humanos	27
1.4.1	<u>Supremacia constitucional e Constituição rígida</u>	28
1.4.2	<u>Prevalência do Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre a norma interna</u>	29
1.4.2.1	Caminho histórico do reconhecimento da prevalência das normas de DIDH na jurisprudência do STF.....	30
1.4.2.2	Caráter supralegal do DIDH e obrigações executivas, legislativas e judiciais dos Estados.....	36
1.5	O <i>jus cogens</i> internacional e a jurisdição do TPI	39
1.6	Conclusões intermediárias	40
2	FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DOS MANDADOS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO	41
2.1	Conceito e evolução dos direitos fundamentais	42
2.2	O neoconstitucionalismo e o caráter normativo dos princípios	44
2.3	Colisão de direitos fundamentais, ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade	47
2.4	A eficácia dos direitos fundamentais em face de particulares e os deveres estatais de proteção	51
2.5	A dupla face da proporcionalidade: o princípio da vedação da proteção de deficiente (<i>Untermassverbotprinzip</i>) e os mandados implícitos de criminalização	54
2.5.1	<u>Distinção dos âmbitos de aplicação da vedação da proteção deficiente e de mandados implícitos de criminalização</u>	57
2.5.2	<u>Distinção entre o espaço legítimo de penalização (dignidade penal) e o espaço</u>	

	<u>obrigatório de penalização.....</u>	60
2.5.3	<u>O nascimento da teoria. Julgamentos do aborto I e II do Tribunal Constitucional Federal alemão.....</u>	65
2.5.4	<u>Propostas doutrinárias.....</u>	69
2.5.5	<u>O princípio da vedação da proteção deficiente e os mandados implícitos de criminalização na jurisprudência do STF.....</u>	80
2.6	Conclusões intermediárias.....	100
3	FUNDAMENTOS INTERNACIONAIS DOS MANDADOS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO.....	102
3.1	A evolução do DIDH.....	102
3.2	O sistema interamericano de direitos humanos.....	108
3.2.1	<u>A submissão brasileira à jurisdição da Corte IDH. Efeitos.....</u>	111
3.2.2	<u>Mecanismos e formas de controle de convencionalidade.</u>	119
3.3	Mandados implícitos de criminalização e a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos.....	121
3.3.1	<u>A necessidade de tutela penal dos direitos humanos na jurisprudência da Corte IDH.....</u>	126
3.3.1.1	Casos envolvendo regimes ditatoriais e justiça de transição.....	128
3.3.1.2	Violações de direitos humanos em regimes democráticos e fora do contexto da justiça de transição.	153
3.3.2	<u>A necessidade de tutela penal dos direitos humanos na jurisprudência do TEDH. Semelhanças e diferenças entre a Corte IDH e o TEDH.....</u>	175
3.4	Conclusões intermediárias.....	191
4	OBJEÇÕES AOS MANDADOS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO.	196
4.1	Recusa de qualquer legitimação do poder punitivo e risco de sua expansão ilimitada.....	196
4.2	Inadequação da norma penal para a proteção de direitos fundamentais.....	209
4.3	Limitação da discricionariedade do legislador com violação à separação de poderes.....	216
4.4	Violação ao postulado da <i>ultima ratio</i>.....	221
4.5	Ineficácia dos mandados de criminalização ante a impossibilidade de se compelir o legislador.....	226
4.6	Violação da discricionariedade administrativa (mandados de criminalização secundária).....	228
4.7	Ilegitimidade do reconhecimento de mandados constitucionais implícitos	

	de criminalização ante a falta de texto expreso.....	229
4.8	Violação da soberania nacional em decorrência de mandados internacionais de criminalização.....	237
4.9	Inconsistência do conceito de <i>graves violações de direitos humanos</i> na jurisprudência da Corte IDH.....	251
4.10	Risco de agravamento da crise no sistema carcerário.....	253
4.11	Conclusões intermediárias.....	257
5	REPERCUSSÕES E LIMITES DOS MANDADOS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO.....	258
5.1	Campo de incidência dos mandados implícitos.....	258
5.2	Mandados de criminalização e garantia da reserva legal. Impossibilidade de criminalização judicial de condutas.....	260
5.3	Consequências jurídicas e força normativa.....	264
5.3.1	<u>Vedação de descriminalização.....</u>	264
5.3.2	<u>Fator de interpretação do direito interno e reforço da presunção de constitucionalidade.....</u>	266
5.3.3	<u>Vedação de justificação e exculpação vagas ou excessivamente amplas.....</u>	267
5.3.4	<u>Obrigação de sancionamento proporcional. (vedação da proteção deficiente).....</u>	270
5.3.5	<u>Controle sobre causas de extinção da punibilidade.....</u>	273
5.3.5.1	Controle sobre o indulto e a graça.	273
5.3.5.2	Controle sobre a anistia. As leis de autoanistia.	275
5.3.5.3	Controle sobre a prescrição. Prazos e causas de suspensão e interrupção. Do princípio da <i>actio nata</i> . Da imprescritibilidade na jurisprudência da CorteIDH..	276
5.3.6	<u>Vedação de óbices processuais (procedimento <i>ex officio</i>).....</u>	285
5.3.7	<u>Deveres institucionais: exigência de instituições eficazes para a investigação e persecução penal e de adoção de políticas públicas de combate à impunidade....</u>	286
5.3.8	<u>Responsabilidade civil do Estado às vítimas (e sucessores) em caso de manifesta omissão estatal na investigação e adoção de políticas públicas de combate à impunidade.....</u>	288
5.3.9	<u>Do mandado ao legislador. Diálogos institucionais. Da responsabilidade política e internacional.....</u>	289
5.4	Outros limites do instituto.....	291
5.4.1	<u>Limites decorrentes da coisa julgada. Coisa julgada fraudulenta.....</u>	291

5.4.2	<u>Da reserva temporal brasileira à jurisdição da Corte IDH. Justiça de transição, crimes contra a humanidade e crimes permanentes.....</u>	295
5.4.3	<u>Limites decorrentes da discricionariiedade legislativa: não incidência a margem de conformação legislativa da política criminal.....</u>	298
	CONCLUSÕES.....	301
	REFERÊNCIAS.....	309

INTRODUÇÃO

A presente dissertação abordará a questão dos mandados implícitos de criminalização, de ordem a pesquisar e discutir se estes podem ser reconhecidos - e em que âmbito e com quais repercussões - no ordenamento jurídico brasileiro. Serão analisados eventuais deveres normativos de criminalização primária extraíveis da Constituição de 1988 (CRFB/88) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), bem como a eventual extensão de tais deveres a prestações normativas e fáticas¹ ligadas à investigação e persecução penal (criminalização secundária) de graves atentados contra a vida, a integridade física e a liberdade e graves violações de direitos humanos.²

A construção de mandados implícitos de criminalização torna-se, em tese, possível a partir da substituição do paradigma oitocentista do Estado Liberal de Direito pelo paradigma do Estado Social e Democrático de Direito: não bastaria mais ao Estado apenas abster-se de causar danos a direitos fundamentais, devendo também protegê-los ativamente.³ Esta virada de paradigmas estatais foi alavancada no século XX pelo desenvolvimento do neoconstitucionalismo, do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e do Direito Penal Internacional (DPI), trazendo profundas modificações na compreensão das funções estatais e, sobretudo, do Direito Penal: o Estado - antes visto exclusivamente como *potencial algoz* dos direitos individuais - passou a ser responsável por promovê-los e, colocando-se como *guardião* dos direitos fundamentais, por *protegê-los* contra agressões de seus agentes ou de terceiros, inclusive por meio da tutela penal.⁴

A reformulação de paradigmas na teoria dos deveres estatais de proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos⁵ tornaria juridicamente insustentável a tese da existência de uma

¹ V. ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ªed.,3ªtir., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p.450-451.

² V. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 92-103.

³ V. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 63.

⁴ V. MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p.1-13.

⁵ Apesar das inúmeras conceituações diversas, há certa tendência doutrinária em utilizar a expressão *direitos fundamentais* para designar os direitos humanos reconhecidos e positivados em determinada ordem constitucional, enquanto a expressão *direitos humanos* seria empregada para fazer referência aos direitos reconhecidos na esfera internacional para a concretização das exigências de dignidade humana. Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 75-76; V.tb. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6a Ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 497, para quem direitos fundamentais são "*direitos juridico-positivamente constitucionalizados*". Paulo Bonavides anota que a expressão *direitos do homem* ou *direitos humanos* é de emprego mais frequente em autores anglo-americanos e latinos, enquanto a expressão *direitos fundamentais* é preferida dos publicistas alemães, ressalvando que, em sentido estrito, se refere apenas a direitos positivados pela Constituição. V. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.578-597. Neste sentido, v.tb. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 29-35, distinguindo entre direitos humanos (positivados na esfera internacional), direitos fundamentais (outorgados pelo Direito Constitucional de cada país) e direitos do homem (direitos naturais ainda não positivados), anotando, ainda, que se trata de "*dimensões íntimas e cada vez mais interrelacionadas*".

discricionariedade estatal em permitir, tolerar ou omitir-se diante de graves violações a direitos humanos e de crimes graves praticados em detrimento da vida, da integridade física e liberdade de indivíduos em seu território.

A doutrina dos mandados implícitos de criminalização sustenta que a Constituição e o DIDH, de forma vinculante ante a superioridade normativa de suas fontes, imporiam *obrigações estatais de tutela* dos direitos humanos e fundamentais, a serem promovidas *inclusive* por meio da *elaboração e aplicação* de normas penais, abrangendo a criminalização primária e a secundária. Perquirir-se-ão seus fundamentos constitucionais e internacionais, pesquisando o desenvolvimento dado ao instituto pela doutrina brasileira e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e de tribunais internacionais de direitos humanos, máxime a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), a cuja jurisdição o Brasil se encontra submetido. Faz-se necessário investigar e refletir acerca do papel do Estado, do sistema de Justiça Penal e do Direito Penal frente a graves violações de direitos humanos e de graves atentados contra direitos fundamentais, perquirindo os limites da discricionariedade estatal em face da moldura constitucional brasileira e dos compromissos internacionais assumidos pelo país, verificando se e em que medida um e outro imporiam deveres de criminalização.

A questão tem especial relevância diante da precariedade dos serviços públicos prestados pelo Estado brasileiro - em diversas áreas, desde a educação⁶ até a área da segurança pública e investigação criminal.⁷ É de se afirmar, ainda, que os elevadíssimos índices de criminalidade violenta e homicídios vivenciados pela sociedade brasileira⁸, a constante disputa do Estado com outros atores organizados na

⁶ Cf. dados de avaliação internacional da qualidade de ensino do PISA - Programme for International Student Assessment (2012), 67,1% dos estudantes brasileiros avaliados não atingiram o nível mínimo de conhecimento em matemática, e 49,2% não lograram atingir o nível mínimo de compreensão de texto em português. Dados extraídos de http://download.inep.gov.br/acoes_internacionais/pisa/resultados/2013/country_note_brazil_pisa_2012.pdf. Acesso em 12 de janeiro de 2016.

⁷ Dados de 2012 de relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) informam que o índice médio de elucidação *policial* (logo, preliminar) de crimes de homicídios no país é estimado entre 5% e 8%, muito inferior, por exemplo, àquele verificado nos Estados Unidos (65%), França (80%) e Reino Unido (90%). O relatório indica que em 2012, após esforço concentrado para cumprimento de meta estabelecida pelo CNMP (meta 2), apenas 32% dos 134.944 inquéritos policiais instaurados antes de 31.12.2007 para apurar homicídios haviam sido concluídos e, ademais, apenas 6% com elementos suficientes para embasar o oferecimento de denúncia (enquanto 68% dos inquéritos de homicídio não haviam sido concluídos após quase 5 anos de investigação e 26% haviam sido arquivados por falta de justa causa). BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público e Ministério da Justiça. Estratégia Nacional de Segurança Pública. Diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil. Relatório nacional de execução da meta 2. Brasília, 2012. Disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf, último acesso em 7 de dezembro de 2015.

⁸ Vide Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2015, disponível em http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015-retificado.pdf, acesso em 22 de outubro de 2015, registrando um total de 58.497 mortes violentas no Brasil em 2014, dentre os quais 3.009 vítimas faleceram em decorrência de ação policial e 55.488 em decorrência de outros crimes violentos. Veja-se, a título de comparação, que a taxa média dos países integrantes da União Europeia está em torno de 1 homicídio para cada 100.000 habitantes, que 25 dos 28 países tem taxas menores do que 2 para 100.000 e que a Lituânia, país mais violento da UE, tem taxa de 7/100.000, ainda assim 4x menor do que a brasileira. Cf. http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Crime_statistics&oldid=267430. Último acesso em 15 de dezembro de 2015.

utilização da coerção⁹ e a alta letalidade da ação policial¹⁰ tornam imprescindível o debate acerca do *papel do Estado* na proteção dos direitos fundamentais e humanos.

Como anota Jack Donnelly, direitos são efetivamente postos em uso - e conseqüentemente importantes o suficiente para serem discutidos - apenas quando são questionados, ameaçados ou negados:¹¹ a linguagem dos direitos - e a luta pelo reconhecimento de um direito alegado - apenas surge quando uma pretensão é posta à prova. Dessa forma, diante da realidade brasileira acima delineada, em que o Estado diuturnamente se omite em respeitar e proteger direitos fundamentais de reiteradas agressões provenientes tanto de agentes estatais como de grupos paraestatais organizados que competem pelo monopólio da violência,¹² torna-se necessária a discussão acadêmica sobre uma questão que talvez em outros países *va sans dire*: a necessidade de o Estado atuar eficazmente promovendo a investigação e persecução penal de graves atentados contra os direitos fundamentais à vida, integridade e liberdade física e de graves violações de direitos humanos. Conseqüentemente, surge a questão *jurídica* de se indagar acerca da existência e fundamento de um *dever* estatal de tutelar

⁹ A Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) instaurada na Câmara dos Deputados para investigar a ação criminosa das milícias privadas e dos grupos de extermínio em toda a Região Nordeste em 2005 relatou que "*A matança promovida pelos grupos de extermínio é uma prática comum na região e envolve interesses poderosos. Vive-se, nas áreas rurais e nas cidades nordestinas, uma situação de medo e total insegurança, chegando, muitas vezes, ao pânico generalizado. (...) Esses grupos, em sua maioria, são comandados por policiais civis e militares na ativa ou reformados (aposentados), sendo que a ação dos matadores não se limita às divisas de um Estado*". Quanto à composição destes grupos, relata a CPI que incluem policiais civis, policiais militares, ex-policiais expulsos por atividades ilícitas, agentes de segurança privada, integrantes de organizações criminosas vinculadas ao tráfico de drogas e outros ilícitos (máquinas de caça-níqueis, roubo de cargas e adulteração de combustível, dentre outras), seguranças particulares de latifundiários e milícias privadas organizadas a pretexto de prover a segurança de moradores de bairros periféricos. BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do extermínio no nordeste. Relatório Final. Relator Dep. Luiz Couto. Brasília, novembro de 2005. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/52-legislatura/cpiextermio/reatoriofinal/relatoriofinal.pdf>. Acesso em 11 de janeiro de 2016.

No âmbito da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, também foi instaurada CPI para investigar a ação de milícias, no ano de 2008. No relatório final, menciona-se definição do sociólogo Ignácio Cano para milícia, envolvendo cinco elementos: "*1) o controle de um território e da população que nele habita por parte de um grupo armado irregular; 2) o caráter coativo desse controle; 3) o ânimo de lucro individual como motivação central; 4) um discurso de legitimação referido à proteção de moradores e à instauração de uma ordem; 5) a participação ativa e reconhecida dos agentes do Estado*". O controle do território por parte de grupo armado irregular seria "*decorrência da ausência do Estado levando a arbitrariedade a substituir a norma*", mediante coação, inclusive com imposição de toque de recolher a moradores, espancamentos, tortura, expulsão da comunidade e homicídio de pessoas que resistam ao grupo ou se recusem a pagar taxas de segurança, com o desaparecimento dos corpos em cemitérios clandestinos. Apesar de noticiar que estes grupos *milicianos* dispõem de maior organização que os grupos armados de narcotraficantes, afirma-se que a distinção não é absoluta e que ambos incorrem em excessos e arbitrariedades semelhantes. A CPI relata que no ano de 2008 se registrava a presença destes grupos armados de milicianos em 171 comunidades no Estado do Rio de Janeiro. CF. ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa. Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a ação de milícias. Relatório Final. Relator Deputado Gilberto Palmares. Rio de Janeiro, novembro de 2008. Disponível em http://www.nepp-dh.ufrj.br/relatorio_milicia.pdf. Acesso em 14 de janeiro de 2016.

¹⁰ Vide Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2015, disponível em http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015-retificado.pdf, acesso em 22 de outubro de 2015, registrando 3.009 vítimas falecidas em decorrência de ação policial no Brasil em 2014, correspondendo a 4% das mortes violentas dolosas. Por sua vez, também a taxa de letalidade vitimizando policiais, de 0,7 por 1.000 (ou 70 por 100.000) no país.

¹¹ DONNELLY, Jack, *Universal Human Rights in theory and practice*. 3rd ed. Cornell University. Ithaca, 2013, p.9.

¹² V. notas supra, em especial n. 7, 8, 9 e 10.

estes direitos, prevenindo e reprimindo ataques ou violações, inclusive por intermédio do Direito Penal, e de se buscar definir suas eventuais repercussões jurídicas.

O primeiro capítulo da dissertação será dedicado à conceituação das espécies de mandados de criminalização e à verificação da presença no Brasil de seus pressupostos lógicos.

O segundo capítulo analisará os fundamentos constitucionais dos mandados implícitos de criminalização, investigando como a evolução neoconstitucionalista, o reconhecimento da força normativa dos princípios, da eficácia dos direitos fundamentais perante particulares, e da existência de um dever estatal de tutela destes direitos levou ao duplice desenvolvimento do princípio constitucional da proporcionalidade, tanto como proibição do excesso quanto como vedação da proteção deficiente. Ainda, serão investigadas as principais propostas doutrinárias e o papel exercido pelo princípio da vedação da proteção deficiente, base constitucional dos mandados implícitos de criminalização, na jurisprudência do STF.

No terceiro capítulo, serão analisados o surgimento e evolução do DIDH, as consequências da ratificação do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e da submissão do país à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), e perquirido o desenvolvimento dos mandados implícitos de criminalização na jurisprudência da Corte IDH e, como referência, no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).

No quarto capítulo, serão expostas e discutidas as principais críticas doutrinárias ao instituto, verificando se são aptas a ensejar uma rejeição *in totum* aos mandados implícitos de criminalização, ou a condicionar sua incidência, repercussões e limites normativos.

Uma vez expostos os fundamentos constitucionais e internacionais, a utilização jurisprudencial do instituto e de seus fundamentos, e debatidas as críticas que lhe são feitas, no quinto capítulo se analisará sua validade jurídica frente ao ordenamento jurídico brasileiro. Em caso positivo, buscar-se-á fixar seus eventuais efeitos, consequências jurídicas e limites normativos.

1 MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO:

1.1 Origens históricas.

O reconhecimento de mandados de criminalização se insere na superação do paradigma do Estado Liberal de Direito, próprio do século XIX, que paulatinamente vem, a partir da segunda metade do século XX, sendo superado pelo Estado Social e Democrático de Direito, consolidado no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88). Dessa forma, os direitos fundamentais trazidos pelas constituições - e no plano internacional os direitos humanos previstos em tratados internacionais - passam a ser vistos não apenas como direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, mas também em direitos a serem assegurados e concretizados por intermédio do Estado, que se obriga juridicamente a promovê-los.¹³

Esta mudança de paradigma com o abandono do antigo Estado Liberal de Direito e sua superação pelo Estado Social e Democrático de Direito ocorreu de forma concomitante a outros fenômenos: no plano do direito interno, consolidaram-se as premissas da superioridade hierárquica e da eficácia normativa da Constituição. Assim, esta deixou de ser tida como um mero documento político, ou um manifesto, e passou a ser considerada como o vetor axiológico-normativo que fundamenta e dá sentido a todo o ordenamento jurídico. Ademais, paulatinamente consolidou-se o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios constitucionais - através dos quais diversos direitos fundamentais são veiculados no texto constitucional, determinando ao Estado uma conduta ativa no sentido de sua promoção. Por conseguinte, simultaneamente ao reconhecimento do papel ativo do Estado na promoção dos direitos fundamentais (e do abandono da concepção exclusivamente liberal acerca do Estado de Direito e dos direitos fundamentais), operou-se uma constitucionalização dos demais ramos do direito, que passaram a ser desenvolvidos a partir de uma abordagem ou leitura constitucional e vinculados à Constituição.¹⁴

Paralelamente, no plano internacional, desenvolveram-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e o Direito Penal Internacional (DPI), trazendo vínculos normativos que determinam aos Estados que respeitem e assegurem os direitos humanos em seu território. Assim, o Direito Internacional (DI) - com pretensões vinculantes aos órgãos nacionais dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e do Ministério Público, passa a trazer obrigações de tutela estatal dos direitos humanos, inclusive através do Direito Penal, por meio da jurisprudência de tribunais internacionais de direitos humanos, como notadamente o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), e da criação e funcionamento de tribunais penais

¹³ V. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 63; MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p.1-13.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7a. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.284-292.

internacionais (*ad hoc*, mistos e, finalmente, o Tribunal Penal Internacional - TPI, em caráter permanente) para o julgamento de supostos responsáveis por crimes internacionais (como o genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão).¹⁵

Outrossim, as normas de DI passam paulatinamente a permear o ordenamento constitucional e os direitos fundamentais previstos nas constituições passam a influenciar a criação e desenvolvimento do DIDH, em um processo no qual as fontes de Direito Internacional e de Direito Constitucional passam a se influir reciprocamente, numa *constitucionalização do Direito Internacional* simultânea a uma *internacionalização do Direito Constitucional*,¹⁶ fornecendo a jurisprudência da CorteIDH e do TEDH um *lastro de interconstitucionalidade* em sede de direitos fundamentais.¹⁷

De forma complementar, as constituições de diversos países passam a prever cláusulas expressas determinando a criminalização de determinadas condutas, ao passo em que a doutrina e a jurisprudência brasileira, estrangeira e internacional passam a construir e reconhecer a existência de obrigações, cláusulas, deveres ou *mandados*, constitucionais e internacionais, de proteção - inclusive pela via penal - dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, surgindo os mandados implícitos de criminalização, ou de penalização: o Direito Penal passa a ser, também, reconhecido como instrumento necessário para a proteção daqueles direitos, nascendo um dever estatal de criminalização e de efetiva investigação e persecução penal com relação a graves ataques contra os direitos fundamentais à vida, integridade física e liberdade e de graves violações de direitos humanos.¹⁸

Contextualizada a discussão, analisar-se-á e discutir-se-á se os mandados implícitos de criminalização dispõem de sustentação jurídica no ordenamento brasileiro, analisando seus fundamentos constitucionais e internacionais e refletindo acerca de suas possíveis repercussões e necessários limites.

1.2 Conceito. Mandados explícitos e implícitos.

Mandados de criminalização consistem em deveres ou obrigações estatais de criação, não-revogação e aplicação do Direito Penal, provenientes do Direito Internacional e do Direito Constitucional. Para tratar do fenômeno, a doutrina se utiliza ainda de expressões similares, como

¹⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.57-62; RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2a.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 143-364.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a reforma do Poder Judiciário. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 418-419.

¹⁷ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 102.

¹⁸ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.87-126; FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p.80-95.

obrigações tácitas e expressas de criminalização, cláusulas ou deveres de criminalização, imposições constitucionais de tutela penal, obrigações positivas de criminalização, obrigações positivas em matéria penal, ou mandados de penalização as quais, provenientes de fontes diversas, denominam basicamente¹⁹ o mesmo instituto jurídico.

Denominam-se explícitos, ou expressos, caso decorram de previsão explícita, ou expressa, do texto constitucional (ou de tratado internacional). Assim, são mandados constitucionais expressos de criminalização, por exemplo, os preceitos do art. 5º, XLII, XLIII e XLIV, e do art. 7º, X, da CRFB/88, que determinam a criminalização (e em alguns casos estabelece regime penal mais rigoroso) do racismo, da tortura, do tráfico ilícito de drogas, do terrorismo, dos crimes hediondos, da ação de grupos

¹⁹ As expressões *obrigações positivas de criminalização e obrigações positivas em matéria penal* são originárias do DIDH, em especial da jurisprudência do TEDH e da CorteIDH, dizendo respeito ao dever estatal tanto de criar como sobretudo de aplicar o Direito Penal para a tutela de direitos humanos (Cf. capítulo 3 infra). Os deveres constitucionais de proteção (penal), reconduzidos ao plano dos direitos humanos, têm sua formulação congênere nas obrigações positivas (de tutela penal). Cf. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 102). Dessa forma, o TEDH faz menção a *positive obligations* ou *obligations positives* e a CorteIDH a *obligaciones positivas* para se referir ao dever estatal de agir para a tutela de direitos humanos, inclusive por intermédio do Direito Penal (daí a inserção da locução *de criminalização* ou *em matéria penal* para especificar quando a figura das obrigações positivas se equipara aos mandados de criminalização).

Já a expressão *mandado de criminalização* - e a correlata *mandado de penalização* - têm sua origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), que extraiu do dever estatal de proteção à vida um mandado de criminalização - *Kriminalisierungsgebot* - do aborto, declarando inconstitucional a pura e simples ab-rogação da tutela penal, promovida pelo legislador alemão em 1974 (para detalhes, vide item 2.5.3 infra). De forma coerente com este conceito originário, a expressão *mandados de criminalização* é utilizada por alguns autores como se referindo exclusivamente ao dever de edição e vigência de norma penal (criminalização primária) previsto ou inferido da Constituição. V. GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. In: *Novos rumos do Direito Penal contemporâneo. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006; PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003; FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p.69-153.

Na presente dissertação, contudo, ante a evolução da doutrina constitucionalista e internacionalista desde então, a expressão *mandados de criminalização* é utilizada de forma indistinta com as demais, indicando tanto a necessidade de criação e não-revogação de norma penal, como a necessidade de sua efetiva aplicação pelo Estado, constituindo gênero, de onde se podem extrair como espécies: os mandados constitucionais ou internacionais de criminalização, conforme a origem do dever jurídico criminalizante; os mandados expressos/explicitos ou tácitos/implícitos de criminalização, conforme o dever jurídico venha expresso em dispositivo normativo ou se infira da necessidade de proteção de direitos; e mandados de criminalização primária e de criminalização secundária, conforme se refiram ao dever de editar/não revogar leis, ou ao dever de promover a concreta aplicação da lei penal, com investigação e persecução penal de sua violação, o que pressupõe, evidentemente, a prévia tipificação (criminalização primária) de uma conduta. Na doutrina, dispõem conjuntamente sobre deveres constitucionais de proteção penal e obrigações positivas oriundas do DIDH, inclusive para a criminalização secundária: FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.102-127; FREITAS, André Guilherme Tavares de. Tutela penal dos direitos humanos: a proteção da vida e da integridade física. Curitiba: Juruá, 2015, p. 123-160; PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*. Pisa: Edizioni ETS, 2009, p. 65-188. Dispondo conjuntamente sobre mandados expressos e tácitos, além dos anteriores, v. tb. STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e constituição: da proibição do excesso (Übermassverbot) à proibição da proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. In: Revista da Ajuris, v. XXXII, n. 97, Porto Alegre: AJURIS, 2005; GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 135-141; TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos. Proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 163-181.

armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático e da retenção dolosa do salário.²⁰ A CRFB/88 expressamente impõe ao legislador, nestes casos, a utilização do Direito Penal para tutelar certos direitos, estabelecendo de forma inequívoca que *a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, que constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e que constitui crime a retenção dolosa do salário.*

Por outro lado, mandados implícitos (ou tácitos) de criminalização são aqueles que podem ser inferidos a partir da interpretação teleológica e sistemática e da hermenêutica do texto da Constituição e dos tratados internacionais, apesar de a determinação criminalizante não constar expressa ou inequivocamente da literalidade do texto de dispositivo constitucional ou de tratado internacional. Eles advêm da construção da necessidade de tutela penal - pelo Estado - em face dos mais graves ataques contra direitos fundamentais essenciais e direitos humanos, a partir da determinação constitucional ou internacional de proteção destes direitos.²¹

Contudo, a distinção entre mandados expressos/explicítos e aqueles tácitos/implícitos, não é peremptória, admitindo diversas nuances e interpretações. Há casos limítrofes, como aqueles referentes ao art. 5º, XLI ("a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais") e ao art. 227, parág. 4º, da CRFB/88 ("A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente"). Existem, ainda, diversas menções expressas à responsabilização pela violação de certas normas ("sob pena de responsabilidade", "sob as penas da lei" e expressões análogas, como os dispositivos dos arts. 5º, XXXIII, art. 9º, parág. 2º, art. 141, *caput*, art. 208, parág. 2º, art. 236, parág. 1º, da CRFB/88, e art. 49, parág. 4º, do ADCT), ou ressalvas ao uso

²⁰ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 73-81.

²¹ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 92-95 e 102-103. Assim, em determinadas hipóteses, a necessidade de proteção de direitos fundamentais e humanos tornaria obrigatória a criminalização de graves ataques. Como afirma Claus Roxin: "*não é imaginável punir um homicídio, um sequestro ou um roubo a banco com sanções administrativas: no campo nuclear do Direito Penal, ante a prática de delitos de certa gravidade, a proteção subsidiária de bens jurídicos requer necessariamente uma penalização*" Cf. ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner Teil; Band I: Grundlagen; der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. Aufl. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 58-59 (trad. livre do original: "*Einen Mord, eine Geiselnahme oder einen Bankraub etwa nur als Ordnungswidrigkeiten zu ahnden, kommt nicht in Betracht. Im Kernbereich des Strafrechts verlangen die Erfordernisse des subsidiären Rechtsgüterschutzes bei Straftaten von einigem Gewicht notwendig eine Pönalisierung*"). Em sentido similar, Nilo Batista menciona a existência de *imposições constitucionais de tutela penal*, em hipóteses de ataques a "*bens essenciais à vida, saúde e bem-estar do povo*", Cf. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11a. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 90. Também Jesús-Maria Silva Sánchez considera que, constatada a importância de um interesse e a insuficiência de mecanismos extrapenais de tutela, configuram-se mandados constitucionais de criminalização, exemplificando com a inconstitucionalidade de se punir o homicídio com sanção de multa. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Observaciones sobre la relación entre Derecho Constitucional y Derecho Penal en España. Revista de Ciencias Jurídicas; Más Derecho?*. Buenos Aires: Fabián di Plácido Editor, nº 2, 2011; Neste sentido, ainda, ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ªed., 3ªtir., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p 453-454. A matéria será desenvolvida em especial nos itens 2.5 e 3.3 infra.

concomitante da ação penal (art. 37, parág. 4º, da CRFB/88), que não veiculam mandados de criminalização (explícitos ou implícitos), porquanto não indicam a *necessidade* específica de tutela penal.²²

Adota-se na presente dissertação a concepção de que se está diante de um mandado *expresso* de criminalização apenas quando for *clara e inequívoca* a opção constitucional ou internacional pelo uso de sanções *penais*. Por via de consequência, o dispositivo do art. 5º, XLI, não encerraria mandado *expresso* de criminalização, diante da possibilidade de punição por diversos meios jurídicos, enquanto aquele do art. 227, parág. 4º, sim, ante a determinação constitucional de punição especialmente mais gravosa ("punirá severamente"), a indicar a necessidade de tutela *penal* (e de certa monta) para a defesa de crianças e adolescentes. Dessa forma, além das hipóteses já citadas dos arts. 5º, XLII, XLIII e XLIV, e do art. 7º, X, também as normas dos artigos 225, parág. 3º, e 227, parág. 4o. da CRFB/88, veiculariam mandados expressos de criminalização.²³

Por sua vez, são considerados mandados implícitos, ou tácitos, todos aqueles que sejam extraídos a partir de normas constitucionais ou internacionais que não indiquem de forma explícita o dever de criminalização. Dessa forma, sempre que não seja expressa a escolha da norma superior (constitucional ou internacional) pela sanção penal, far-se-á necessário demonstrar a existência de um dever (constitucional ou internacional) de proteção estatal que exija a tutela penal, de forma a evitar a insuficiência ou defeito na proteção de direitos fundamentais ou humanos.²⁴

Como afirmado anteriormente, pretende-se investigar e debater, em especial, os mandados implícitos de criminalização²⁵, referentes tanto à criminalização primária (tipificação penal) quanto à

²² Luiz Carlos dos Santos Gonçalves anota que o reconhecimento dos mandados expressos de criminalização na Constituição de 1988 pode ser feito de forma ampla ou restrita. O reconhecimento do *conceito amplo* de mandados expressos - admite sua existência *sempre que houver referência a sanções ou penas* no texto constitucional ou internacional, mesmo sem referência expressa à necessidade de edição e aplicação do *Direito Penal*. O conceito restrito, adotado nesta dissertação, considera que mandados expressos de criminalização são apenas aqueles constantes de dispositivos que *deixem inequívoca* a necessidade do uso da via *penal*. V. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 155-157.

²³ No mesmo sentido, v. FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p.80-84; FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 73-81.

²⁴ Luiz Carlos dos Santos Gonçalves esclarece, ainda, que a *dignidade e a necessidade/carência* de criminalização devem ser aferida caso a caso na hipótese de mandados implícitos de criminalização, consoante o princípio da proporcionalidade em sua dupla face; ao revés, tratando-se de mandados explícitos de criminalização, a própria Constituição já traz a decisão criminalizante, não deixando opção acerca da dignidade e necessidade penal (o *se* da criminalização) e condicionando a regulamentação acerca do *como*. Cf. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p.135-139 e 153-158.

²⁵ Desta forma, refoge ao escopo desta dissertação uma análise percuciente histórica ou comparativa acerca de cláusulas ou mandados *expressos* de criminalização. Para aprofundamento, no que tange a indicações de criminalização nas Constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969, vide GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 145-153, ressalvando a impropriedade de se utilizar um paradigma exurgido no Brasil com a CRFB/88 para interpretar cartas constitucionais de outrora. Com ressalvas similares, para pesquisa sobre mandados expressos de criminalização nas constituições da Alemanha, Hungria, Irlanda, Bulgária, Estônia, Polônia, Croácia,

secundária (investigação, persecução penal e julgamento) e tanto extraídos do ordenamento constitucional como do DIDH.

1.3 Mandados de criminalização primária e secundária. Mandados originados do Direito Constitucional e do Direito Internacional.

ZAFFARONI afirma que o processo de criminalização se desenvolve em duas etapas, a criminalização primária e a secundária. A primeira consiste na sanção e vigência de uma lei penal material que incrimina uma conduta e permite a punição de certas pessoas, estabelecendo a ameaça de imposição da lei penal com relação a certos atos. A segunda consiste na ação dos agentes estatais exercendo o poder punitivo, ao investigar, imputar, processar e julgar pessoas concretas, que supostamente teriam praticado atos previamente criminalizados. Entretanto, sustenta que pela limitada capacidade operacional das instituições envolvidas no sistema de justiça penal, "a impunidade é sempre a regra e a criminalização secundária a exceção", operando o sistema judiciário precipuamente sobre fatos de fácil detecção e sobre agentes desprovidos de poder, violando-se o princípio constitucional da isonomia ante uma aplicação distinta da lei frente à qualidade de agentes e vítimas.²⁶

Por sua vez, as determinações e condicionantes constitucionais e internacionais de criminalização podem abranger não apenas aspectos relativos à criminalização primária, definindo os bens jurídicos tutelados e as condutas que merecem tipificação penal, mas também se dirigem à criminalização secundária, determinando medidas - normativas, administrativas e jurisdicionais, que promovam a concreta investigação, persecução penal e a punição de responsáveis por violações a direitos humanos ou fundamentais.²⁷ Com efeito, toda a política criminal estatal e o correspondente exercício (ou omissão) do poder punitivo, em seus aspectos legislativos, executivos e jurisdicionais devem estar em conformidade com as obrigações constitucionais e do DIDH.²⁸

Dessa forma, as obrigações constitucionais ou internacionais de tutela penal se dirigem a todos os Poderes. Sempre que se dirijam ao legislador, com referência ao dever de *editar e manter vigente normas* tipificando condutas em relação às quais haveria a necessidade de serem reguladas pela via

Grécia, Portugal, Espanha, Uzbequistão, Brasil, Maurítânia, Argélia, Vietnã, Argentina, Gabão, Tchade, R.D. do Congo, Benin, Togo, Rep. Centro-Africana, Madagascar, Uganda, Paraguai, Guiné, Moçambique, Guiné Equatorial, Ruanda, Malawi, Venezuela, Níger, Benin, Djibuti, Camboja, Sudão, Burkina Faso, Costa do Marfim, Equador e Bielorrússia, em ordem de análise, v. PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*. Pisa: Edizioni ETS, 2009, p. 119-159.

²⁶ ZAFFARONI, E. Raul *et al.* Direito Penal Brasileiro I, Ed. Revan, 4ª Ed, Rio de Janeiro: 2011, p. 43-46 e 54.

²⁷ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.99-103.

²⁸ VERVAELE, John A.E., *Graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales: del ius (non) puniendi del estado-nación a un deber puniendi imperativo de ius cogens?* Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal da UFRGS. v.1. n.1. (2013), p. 03-36, referindo-se, ainda, à existência de condicionantes provenientes do Direito Penal Internacional, do Direito Internacional Humanitário e do direito comunitário da União Europeia.

penal, têm como objeto a criminalização primária (sendo denominados nesta dissertação de *mandados de criminalização primária*).

Por sua vez, sempre que, dirigindo-se a quaisquer dos Poderes e ao Ministério Público, determinem medidas administrativas, atos processuais ou normas visando a necessária investigação, persecução penal, processamento e julgamento de crimes, estão incidindo sobre a criminalização secundária (sendo denominados nesta dissertação de *mandados de criminalização secundária*). No âmbito constitucional, fala-se de deveres de proteção jurídico-penal, abrangendo, além da prévia tipificação penal, a necessidade de adequada investigação, persecução penal, processamento e julgamento de um atentado delituoso contra um direito fundamental.²⁹ No âmbito do DIDH, em especial na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), denomina-se este dever estatal como uma *obrigação positiva* de proteção dos direitos humanos.³⁰ Trata-se de deveres similares, cuja principal distinção é a fonte normativa, motivo pelo qual propõe-se nesta dissertação englobá-las sob a denominação de *mandados de criminalização secundária*, abrangendo tanto os deveres de origem constitucional como as obrigações fundadas no DIDH, o que se justifica diante da crescente comunicação e recíproca influência entre tais fontes normativas.³¹

Assim, conforme a fonte da norma superior que imponha a tutela penal, os mandados de criminalização podem ser oriundos do Direito Constitucional ou do Direito Internacional: caso seja a norma constitucional que obrigue o legislador a criminalizar condutas (e/ou os órgãos de investigação e persecução penal a atuar, no caso dos mandados de criminalização secundária), estar-se-á diante de *mandados constitucionais de criminalização*. De outro lado, caso tal dever emane de uma fonte internacional (como de tratados ou convenções internacionais, do costume internacional, da jurisprudência de Cortes Internacionais ou do *jus cogens*³² internacional), constituirão *mandados*

²⁹ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.99-100.

³⁰ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.102.

³¹ Luciano Feldens afirma diante do crescente lastro de interconstitucionalidade fornecido pela jurisprudência da CorteIDH e do TEDH na interpretação dos direitos fundamentais, densificando princípios de direitos fundamentais e servindo como parâmetro para sua interpretação e controle de constitucionalidade, um estudo sobre direitos fundamentais não dispensa a incursão no conteúdo da Convenção Europeia e da Convenção Americana de Direitos Humanos, e em especial na interpretação que as respectivas cortes internacionais (CorteIDH e TEDH) outorgam aos direitos humanos nelas reconhecidos, impondo-se, pois, o estudo conjunto de suas repercussões. V. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.102-103.

³² Sobre a origem e conceito de *jus cogens*, v. VERVAELE, John A.E., *Graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales: del ius (non) puniendi del estado-nación a un deber puniendi imperativo de ius cogens?* Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal da UFRGS. v.1. n.1. (2013), p. 03-36: "*La idea de un cuerpo de derecho iusnatural esencial para los valores y la conciencia humana de la comunidad internacional como tal fue mencionado en la Convención de Vienna sobre la Ley de tratados de 1969 y reconfirmado en 1986 en la nueva Convención de Vienna sobre la ley de Tratados. Además la Corte Internacional de Justicia declaró en el caso Barcelona Traction (ICJ Reports, 1970, at. 32, par. 33) el ius cogens o "peremptory rules" como fuente autónoma de derecho, mas allá del*

internacionais de criminalização. Em ambos os casos, podem-se tratar de mandados explícitos ou implícitos e de mandados de criminalização primária ou secundária, não havendo vinculação necessária entre estas modalidades e a fonte normativa ou origem dos mandados de criminalização. Por outro lado, a já anotada interrelação entre direitos fundamentais e humanos e entre as ordens constitucional e internacional,³³ torna possível a comunicação destas fontes e a extração de mandados implícitos de criminalização de uma, de outra, ou de ambas, para a tutela dos direitos humanos previstos pelo DIDH e dos direitos fundamentais positivados na CRFB/88.

Por fim, como reconhecem os tribunais europeu e interamericano de DIDH, de nada adiantaria a criminalização abstrata de um fato se a norma penal não recebesse adequado (*law*) *enforcement*, deixando-se de investigar séria e eficazmente violações de direitos humanos e de se promover a respectiva persecução penal, assegurando *efeito útil* à norma convencional assecuratória de direitos humanos.³⁴ Assim, os deveres de tutela penal dirigindo-se a todos os Poderes e órgãos estatais, determinam a movimentação do sistema de justiça penal estatal (através da criminalização secundária, por intermédio de providências estatais visando a uma adequada investigação, persecução e julgamento) quando houver a violação da norma penal cuja edição era obrigatória ao legislador, por atentar gravemente contra direitos humanos.

Neste sentido, mais que a mera edição de norma penal criminalizante, exigiriam os direitos humanos (e fundamentais) a promoção de atividades investigativas e instrutórias adequadas à persecução penal de suas violações, sindicando-se a presteza e eficiência das medidas concretamente

derecho convencional, elaborando así un conjunto de normas internacionales de vital importancia para la comunidad internacional en su conjunto, derivados de valores universales para todos los estados y teniendo valor erga omnes".

³³ V., dentre outros: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 27-35; PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a reforma do Poder Judiciário. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 418-419; FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 102; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (ed.). São José, Costa Rica, IIDH, ACNUR, CIVC, CUE, 1996, p. 231-234; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Constituição e Internacionalização dos Direitos Humanos. In: *O tempo e os direitos humanos*. FABRIZ, Dauri Cesar/PETER FILHO, Jovacy/SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de/ ULHOA, Paulo Roberto/Fuchs, Horst Vilmar (coords). Rio de Janeiro/Vitória: Lumen Juris/Editora Acesso, 2011, p. 131-133.

³⁴ V. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 224-225; SUIAMA, Sergio Gardenghi. *As obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos por meio do sistema de justiça criminal e seu impacto no direito penal brasileiro: o caso Gomes Lund vs. Brasil*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminas, nº 108. São Paulo: 2014, p. 305; ALESSANDRI, Pablo Saavedra. La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de Derechos Humanos y sus consecuencias. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 388; VERVAELE, John A.E., *¿Graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales: del ius (non) puniendi del estado-nación a un deber puniendi imperativo de ius cogens?* Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal da UFRGS. v.1. n.1. (2013); CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 42.

adotadas pelas autoridades estatais.³⁵ Em consonância com tal assertiva, Francesco BESTAGNO constata que na jurisprudência da CorteIDH, a omissão estatal ilícita raramente se relaciona "à proteção assegurada em abstrato pelos legisladores nacionais", uma vez que normalmente as graves violações submetidas à CorteIDH eram consideradas como criminosas já no momento de sua prática; ao revés, "reside no desenvolvimento de atividades instrutórias inadequadas em relação às exigências de tutela dos direitos fundamentais", sendo perquiridas pela Corte IDH as medidas concretamente adotadas pelas autoridades estatais envolvidas na investigação e persecução penal em face de graves violações de direitos fundamentais.³⁶

Da mesma forma, SILVA SÁNCHEZ expõe que os tribunais internacionais de direitos humanos exigem dos Estados o combate à impunidade das lesões a direitos humanos assegurados nas convenções internacionais, tanto no que tange ao que denomina de *impunidade normativa* (limitação jurídica explícita à criminalização, persecução e imposição de pena apesar da prática de grave violação a direito previsto em convenção internacional de direitos humanos), como no que diz respeito àquilo que nomeia de *impunidade fática* (ausência de intervenção jurídico-estatal após graves violações a direitos protegidos por convenções internacionais, ausência de investigação e persecução penal)³⁷, dirigindo-se o dever imposto pelo DIDH - *de criminalização* - indistintamente ao combate da impunidade *normativa e/ou fática*, abrangendo a criminalização primária e secundária.

Diante do caráter indissociável dos fenômenos, não dispondo os mandados de criminalização primária de eficácia sem os de criminalização secundária, nem estes de possibilidade jurídica sem aqueles, que lhes são pressupostos, numa mútua dependência, faz-se mister o estudo do fenômeno em

³⁵ Em sentido similar, estendendo o conceito de direitos fundamentais prestacionais tanto às prestações fáticas (atividades administrativas) como às prestações normativas, por entendê-los como um feixe de posições, v. ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ªed.,3ªtir., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 442. O autor define *direitos à proteção* como "*direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira no que diz respeito à relação dos sujeitos de direito de mesma hierarquia entre si*". *Op.cit.*, p. 451.

³⁶ BESTAGNO, Francesco. *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penali*. Vita e Pensiero. Milano, 2003. p. 55. Texto original: "*Nella prassi giurisprudenziale interamericana, la negligenza raramente concerne la protezione assicurata in astratto dai legislatori nazionali - posto che normalmente negli ordinamenti giuridici degli Stati interessati le gravi violazioni sottoposte alla Corte erano previste come reati anche al momento della loro commissione - bensì reside nello svolgimento di attività istruttorie inadeguate rispetto alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali. Costituiscono quindi principalmente oggetto del sindacato giurisdizionale le misure concretamente adottate dalle autorità inquirente statali*". Complementa o autor: "*Tale verifica ha il fine di controllare il rispetto dell'obbligo di trattare gli atti lesivi dei diritti fondamentali come illeciti, e di rispondere ad essi nel modo richiesto dalla Convenzione americana*" (Em tradução livre: tal verificação tem a finalidade de controlar o respeito à obrigação de tratar os atos lesivos dos direitos fundamentais como ilícitos, e de responder a eles no modo exigido pela Convenção Americana).

³⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor"*. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3313898>. acesso em 25 de setembro de 2015. Por sua vez, como anota Antônio Celso Alves Pereira, grande parte da problemática da proteção e promoção dos direitos humanos não está ligada à inadequação *legislativa*, senão à ausência de políticas públicas que implementem a legislação e ao desinteresse do Estado em promovê-las. V. ALVES PEREIRA, Antônio Celso. O acesso à Justiça e a adequação da legislação brasileira aos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos. In: *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (ed.). San José, Costa Rica. IIDH, ACNUR, CIVC, CUE, 1996, p. 199.

sua completude, abrangendo tanto uns como outros. Dessa maneira, serão investigadas a cientificidade e as possíveis consequências jurídicas de ambos os fenômenos perante o direito brasileiro.

1.4 Pressupostos dos mandados de criminalização: submissão dos poderes do Estado à Constituição e/ou ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

É preciso verificar quais são os pressupostos de que parte o instituto para que seja possível perquirir sua viabilidade perante o ordenamento jurídico brasileiro. Quanto aos mandados de criminalização primária, estes pressupõem a existência de um poder normativo superior ao do legislador ordinário que possa obrigá-lo, vinculando-o e delimitando sua margem de conformação. Assim, apenas em sistemas jurídicos onde exista esta norma superior - como nos países de Constituição rígida e/ou naqueles que aceitem a prevalência do Direito Internacional (ou, ao menos, do Direito Internacional dos Direitos Humanos) eles poderão ser cogitados.³⁸ De forma semelhante, apenas sistemas jurídicos onde a discricionariedade do administrador público - e das autoridades responsáveis pela investigação, persecução e julgamento penal - seja passível de limitação e sindicância podem cogitar de mandados de criminalização secundária.

Ao revés, caso se considere *absoluta* a discricionariedade legislativa ou administrativa, ou caso o Poder Legislativo, o administrador, magistrados ou membros do Ministério Público disponham da prerrogativa de revogar ou contrariar normas constitucionais (e internacionais), não haverá espaço para a construção do instituto em estudo. Em outras palavras: é preciso estar em um Estado Democrático de Direito dotado de uma constituição rígida, em que as autoridades públicas - incluído o legislador - estejam *submetidos* à Constituição e/ou às normas do DIDH que tenham sido internalizadas pelo país.³⁹

³⁸ Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, de forma semelhante, afirma serem pressupostos dos mandados expressos de criminalização (primária) a supremacia constitucional, os deveres de atuação, a vinculação do legislador e o Estado Democrático de Direito. Vide GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 145.

³⁹ Assim, não pode, por exemplo, ser considerado como precedente de mandato explícito de criminalização o disposto no art. 122, 13, parte final, da Constituição brasileira de 1937, na redação da Lei Constitucional nº 1, de 1938: "(...) Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a pena de morte será aplicada nos seguintes crimes (...)", ou mesmo o art. 141, parte final, da Constituição de 1937: "(...) Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequados à sua pronta e segura punição", por diversas razões: de início, a Constituição de 1937 foi outorgada para legitimar regime ditatorial, não dispondo de legitimidade democrática nem de força jurídica para proibir ou determinar condutas aos Poderes Públicos; a duas, não se tratava de Constituição rígida, pressuposto de aplicação do instituto: podendo a Constituição ser livremente alterada por ato normativo infraconstitucional, não há que se falar em *mandados* de criminalização, implícitos ou explícitos; a três, a redação original da Constituição de 1937 apenas permitia a imposição da pena capital nas hipóteses indicadas, não havendo determinação de sua cominação; a quatro, a alteração promovida pela Lei Constitucional n. 1, de 1.938, no art. 122, 13, da Constituição de 1938, não importou na inserção de *mandado* de criminalização, mas sim na *cominação direta* da pena capital para os crimes indicados na referida lei constitucional; a cinco, e por fim, tendo sido o Congresso Nacional dissolvido por força de seu artigo 178, por tempo indeterminado, ao passo em que o art. 180 outorgou poder ilimitado e irrestrito ao Presidente da República para legislar por meio de decretos-lei e leis constitucionais, não é possível falar-se em *mandados* de criminalização, não havendo qualquer instituição ou Poder que pudesse ser normativamente obrigado à criminalização primária ou secundária: o que havia era apenas o poder absoluto do Presidente da República, em regime autoritário, não submetido a quaisquer limites

Assentados os pressupostos, há que se verificar se estes se encontram presentes no ordenamento jurídico brasileiro, antes de se prosseguir na análise do desenvolvimento, características, viabilidade e rendimento do instituto.

1.4.1 Supremacia constitucional e constituição rígida.

Em relação a este primeiro pressuposto, como é notório, a Constituição Brasileira de 1988 se caracteriza por amplo sistema de controle de constitucionalidade, permitindo tanto a modalidade difusa como a concentrada⁴⁰, assegurando a supremacia normativa e visando a efetividade máxima da norma constitucional.⁴¹ Como assinala BARROSO, a Constituição é um sistema de normas *jurídicas*, de superior hierarquia, dispondo as normas constitucionais de imperatividade e cogência - não se tratando de mera declaração ou postulado moral, e inclusive estabelecendo consequências para a insubmissão a seu comando.⁴² Assim, mesmo as normas constitucionais de eficácia limitada⁴³ dispõem de força

ou instituições. A estipulação direta da pena de morte nas hipóteses previstas pela lei constitucional n. 1, de 1938, alterando a redação do art. 122, 13, da Constituição de 1937, e mesmo a norma do art. 141, da Constituição de 1937 não devem ser confundidas, pois, com um *mandado* explícito de criminalização, que pressuporia vinculação do Estado (do Poder Legislativo, no caso dos mandados de criminalização primária, e do a Executivo, no caso dos mandados de criminalização secundária) à lei, sendo o instituto incompatível com regimes totalitários ou ditatoriais, como o Estado Novo. De forma semelhante, v. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 148-150. Sobre o Estado Novo, Flavio Galdino anota que a ditadura Vargas se caracterizava pela fusão das atividades legislativas e executivas, arbítrio que era agravado pela impossibilidade de controle judicial dos atos praticados pelos demais poderes. Cf. GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à Justiça. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 439. Por outro lado, tampouco pode ser considerado um mandado expresso de criminalização o art. 154 da Constituição de 1946 ("*A usura, em todas as suas modalidades, será punida na forma da lei*"), na medida em que não indicada expressamente a necessidade de sanção *penal*, não podendo se descartar que a *punição* referida fosse veiculada pela lei através de sanções administrativas. O mesmo raciocínio pode ser aplicado - além da falta dos pressupostos democráticos - ao art. 150, parágrafo 1º, da Constituição de 1967: "(...) *Será punido pela lei o preconceito de raça*".

⁴⁰ Por todos, vide MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 189-483; e MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. Edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 721-827. Veja-se que todas as constituições republicanas, isto é, as de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 (EC 01/69) e, por fim, a CRFB/88 previram formas de controle de constitucionalidade. Para análise histórica do controle de constitucionalidade nestas constituições, v. MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 189-210.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7a. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83-86, distingue eficácia *jurídica* das normas, isto é, sua aptidão para produção de efeitos e irradiação das consequências que lhe são próprias, da eficácia *social*, ou *efetividade*, das normas, que consistiria na concretização do comando normativo, na realização do direito no mundo dos fatos, simbolizando a aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7a. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77-78.

⁴³ Na tradicional classificação de José Afonso da Silva, normas constitucionais de eficácia limitada seriam as que não teriam recebido do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação imediata, sendo necessária a *interpositio legislatoris*, cabendo ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema. V. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7a. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.91-92. Luiz Carlos dos Santos Gonçalves anota que os mandados constitucionais de criminalização primária seriam normas constitucionais de eficácia limitada, por força do princípio da reserva de lei (art. 5º, XXXIX, da CRFB/88), enquanto outros dispositivos

jurídica, delimitando a ação do legislador, estabelecendo premissas vinculantes da ação legislativa, de observância obrigatória ante a prevalência formal da fonte constitucional, tornando inválidas as leis subsequentes que estejam em contraste com elas, prevalecendo sobre a legislação ordinária e dispondo de eficácia interpretativa sobre as normas infraconstitucionais, que não podem contradizer os princípios emanados da Constituição.⁴⁴

Ao lado da supremacia normativa, a CRFB/88 dispõe de rigidez, estabelecendo limites formais, circunstanciais e materiais para a sua reforma, não podendo suas normas serem modificadas pela legislação infraconstitucional: ao revés, apenas podem ser alteradas através de Emendas Constitucionais, com processo legislativo especialmente mais rigoroso (art. 60, da CRFB/88), com limitações à legitimidade ativa das propostas de emendas à Constituição, vedação de sua emenda na vigência de estado de sítio, de defesa ou de intervenção federal e exigência de aprovação em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, pelo *quorum* qualificado de três quintos de seus membros, e desde que respeitados os limites materiais trazidos pelas cláusulas pétreas do art. 60, parág. 4º, da CRFB/88, sendo proibida emenda constitucional tendente a abolir a federação, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

Dessa forma, uma lei que contrariar uma determinação constitucional, em vez de reformar a Constituição (como ocorreria em países que não dispõem de constituição rígida e controle de constitucionalidade), será nula e, em regra,⁴⁵ desprovida de efeitos. Outrossim, verifica-se que a Constituição delimita e restringe o poder de conformação discricionária do Poder Legislativo (e dos demais Poderes), limitando-o através de regras e princípios, normativamente superiores à legislação infraconstitucional, e do reconhecimento de direitos fundamentais, cujo respeito e proteção são determinados a todos os Poderes e órgãos estatais.

Ante o exposto, verifica-se, pois, o preenchimento dos pressupostos da supremacia e rigidez constitucional em nosso ordenamento jurídico, estando todos os Poderes e órgãos estatais submetidos à Constituição, sendo possível, em tese, a imposição de mandados de criminalização a partir da norma constitucional em nosso ordenamento jurídico.

1.4.2 Prevalência do Direito Internacional dos Direitos Humanos sobre a norma interna.

vinculados à criminalização secundária, como o que determina a imprescritibilidade do racismo, seriam normas constitucionais autoaplicáveis. Cf. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 162-163.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 255-257, sobre normas programáticas, equivalente a normas constitucionais de eficácia limitada na classificação de José Antônio da Silva.

⁴⁵ Ressalva-se a hipótese de modulação temporal dos efeitos da decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade, na forma do art. 27 da Lei 9.868/99. V. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. Edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 777-782.

Por outro lado, deve-se perquirir acerca da viabilidade do reconhecimento de mandados de criminalização no ordenamento jurídico brasileiro a partir de fontes internacionais. Para que tal ocorra, é mister aferir se é reconhecida superioridade hierárquica à norma de direitos humanos proveniente de fonte internacional, limitando e condicionando a atuação do legislador ordinário, bem como verificar se a norma internacional é apta a condicionar os julgamentos do Poder Judiciário e a compelir o Poder Executivo (administrador) a agir, sendo, pois, vigente no plano interno.

A doutrina internacionalista e a jurisprudência brasileiras respondem afirmativamente a tais questões, reconhecendo majoritariamente a superioridade da norma internacional veiculadora de direitos humanos frente ao legislador ordinário, conforme será analisado a seguir.

1.4.2.1 Caminho histórico do reconhecimento da prevalência das normas de DIDH na jurisprudência do STF:

Anteriormente à vigência da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), a jurisprudência do STF havia assentado, no julgamento do RE 80.004/SE, em 01/06/1977, que os tratados internacionais incorporados possuíam *status* normativo equivalente ao da lei ordinária federal. Assim, as normas internacionais não gozavam de primazia sobre as normas internas, devendo eventual conflito ser resolvido pelos critérios cronológico ou da especialidade.⁴⁶

⁴⁶ Celso Duvivier de Albuquerque Mello defende que o julgamento do RE 80.004/SE em 1977 constituiu um *verdadeiro retrocesso* na posição anterior do STF, que até então reconhecera primazia à norma internacional. Cf. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 11a. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 1997, p. 112. No mesmo sentido, PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: hierarquia e incorporação à luz da Constituição brasileira*. In: *O tempo e os direitos humanos*. FABRIZ, Daury Cesar et al. (coords). Rio de Janeiro/Vitória: Lumen Juris/Editora Acesso, 2011, p. 230-232.

Por outro lado, Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6a. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 18-19), citando JACOB DOLINGER, anota que a leitura que a maioria dos autoes fazia das decisões anteriores do STF "*era antes reflexo de sua própria crença no primado do direito internacional do que expressão da realidade dos julgados*", defendendo que, ao contrário, a orientação do STF já era a do monismo moderado, em que o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, salvo em se tratando de matéria tributária (por força do art. 98 do CTN "*Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha*" e da natureza contratual) ou de casos de extradição, ante a especialidade do tratado sobre a lei interna (Lei 6.815/80, considerada lei geral). De fato, Jacob Dolinger defende que "*a posição do STF através dos tempos é de coerência e resume-se em dar o mesmo tratamento a lei e a tratado, sempre prevalecendo o diploma posterior, excepcionados os tratados fiscais e os de extradição, que, por sua natureza contratual, exigem denúncia formal para deixarem de ser cumpridos*", salientando que os julgamentos anteriores se referiam exclusivamente a estas modalidades de tratados. V. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado - parte geral*. 5a. Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997, p. 106.

O voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343-1/SP, contudo, consigna a fl. 22: "*É preciso lembrar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, por longo tempo, adotou a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional. Cito, a título exemplificativo, os julgamentos das Apelações Cíveis nº 9.587, de 1951, Rel. Min. Orozimbo Nonato, e 7.872, de 1943, Rel. Min. Philadelpho Azevedo*", adotando a tese de que o julgamento do RE 80.004/SE, em 1977, inovou a jurisprudência do STF ao estabelecer a paridade hierárquica entre tratados e a lei interna, reformando entendimento antes predominante no STF. V. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 466.343-1/SP. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>, acesso em 21 de outubro de 2015.

Posteriormente, já sob a vigência da CRFB/88, o STF - interpretando os artigos 47, 102, III, *b*, e 105, III, *a*, da Constituição, que submetem os tratados ao controle de constitucionalidade pelo STF e a idênticos quorum de aprovação e recurso de uniformização de jurisprudência previstos para as leis ordinárias federais - manteve o entendimento da paridade hierárquica entre tratados internacionais e a lei interna federal.⁴⁷

Este entendimento - ainda não alterado no que tange aos tratados internacionais que *não* versem sobre DIDH - era alvo de duras críticas na doutrina internacionalista.⁴⁸ Celso Duvivier de Albuquerque MELLO expunha que a jurisprudência internacional era unânime em consagrar a primazia da norma internacional sobre a norma interna, sustentando que negar a superioridade ao Direito Internacional (DI) seria o mesmo que negar sua existência, e questionando qual valor teria um tratado em que uma das partes pudesse deixar de aplicá-lo por meio de lei interna.⁴⁹ Valério MAZZUOLI afirma que o entendimento tornava frágil a força normativa do DI frente ao Poder Legislativo, que não era obrigado a cumprir com obrigações internacionais, podendo revogá-las, o que poderia ensejar a responsabilidade internacional do Brasil.⁵⁰

Por outro lado, CANÇADO TRINDADE sustenta que os tratados internacionais de direitos humanos deveriam ser distinguidos dos demais, dispondo de *status* constitucional e aplicabilidade imediata, por força do art. 5º, parágrafos 1º e 2º, da CRFB/88. O autor narra que - como consultor jurídico do Itamaraty - propôs à Assembleia Nacional Constituinte o texto veiculado pelo parágrafo 2º

⁴⁷ V. RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. AMARAL JUNIOR, Alberto do/JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.) - São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 805. Nas palavras do Ministro Celso de Mello, relator da ADI-MC 1.480, julgada em 04/09/1997: "(...) *Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporadas ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa*". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1.480-MC/DF. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 04.09.97. DJ 18.05.2001. O mesmo Ministro, no julgamento do MI 772-AgR, em 24.10.2007 (DJe 20.03.2009), assim dispôs: "*Supremacia da CF sobre todos os tratados internacionais. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro, está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional. Os tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa da CF. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. Precedentes*". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MI 772-AgR, Rel. Min. Celso Mello, julgamento em 24.10.2007, plenário, DJe de 20.03.2009. Tal entendimento aplicava-se ainda que o tratado veiculasse norma de DIDH, como se infere do julgamento do HC 72.131-RJ, julgado em 23.11.1995, na qual o STF considerou que a vedação da prisão civil por dívida, na hipótese do depositário infiel, trazida pela Convenção Americana de Direitos Humanos era incompatível com o texto constitucional. Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2a.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p.384-385.

⁴⁸ Anote-se, contudo, que grande parte da doutrina *constitucionalista* brasileira não fazia reservas a este entendimento, limitando-se a descrevê-lo e sustentá-lo como decorrente da rigidez constitucional. Por todos, v. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6a. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p.29-33.

⁴⁹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 11a. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 1997, p. 109-113.

⁵⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 406-412. A eficácia das normas internacionais, neste caso, vinculando o administrador, o Ministério Público, o Poder Judiciário e particulares, dependia da (total) discricionariedade do Poder Legislativo em não editar lei ordinária em sentido diverso, não sendo vinculado pelo tratado.

do art. 5º da CRFB/88, exatamente com o propósito de alçar a nível constitucional os tratados de DIDH, considerando não ser razoável dar aos tratados de proteção de direitos humanos o mesmo tratamento dispensado a acordos, como tratados versando sobre a exportação de sapatos ou isenção de vistos para turistas: os tratados de DIDH teriam caráter especial e concretizariam valores hierarquicamente superiores. Critica, por fim, o entendimento então vigente no STF, considerando que contrariava a norma do parágrafo 2º do art. 5º da CRFB/88, atribuindo-o à falta de vontade de setores do Poder Judiciário em dar aplicação às normas internacionais de proteção dos direitos humanos, apesar da clareza do texto em elevar os tratados do DIDH à hierarquia constitucional.⁵¹ No mesmo sentido, Flávia PIOVESAN defende que o Direito brasileiro fez opção por um sistema misto disciplinador dos tratados, distinguindo os tratados de DIDH dos demais: aos primeiros, concedeu hierarquia constitucional, ante a norma do parágrafo 2º do art. 5º da CRFB/88, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, enquanto os demais apresentariam hierarquia infraconstitucional.⁵²

Solução intermediária foi defendida no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, por ocasião do julgamento do RHC 79.785-RJ, em maio de 2000, outorgando força *supralegal* aos tratados internacionais de direitos humanos, prevalecendo, pois, a norma de DIDH sobre a norma interna infraconstitucional. Assim, ainda que se submetam à Constituição, os tratados de DIDH, continuariam válidos e eficazes ainda que leis infraconstitucionais fossem editadas em sentido diverso, prevalecendo sobre a lei interna.⁵³

A matéria ganhou novos aspectos com a aprovação da Emenda Constitucional 45/2004 ("*Reforma do Judiciário*") que, dentre outras inovações, acrescentou o parágrafo 3º ao art. 5º da CRFB/88, dispondo que os tratados de DIDH *que forem* aprovados, em ambas as Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.⁵⁴ Como anota André RAMOS, o dispositivo foi recebido com pouco

⁵¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de ABreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 52-55, arrematando a fl. 57 que "*O problema não é de direito, mas sim de vontade, e, para resolvê-lo, requer-se sobretudo uma nova mentalidade*". Os exemplos indicados são referidos pelo próprio autor.

⁵² PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: hierarquia e incorporação à luz da Constituição brasileira. In : *O tempo e os direitos humanos*. FABRIZ, Daury Cesar et al. (coords). Rio de Janeiro/Vitória: Lumen Juris/Editora Acesso, 2011, p. 233-234.

⁵³ V. PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: hierarquia e incorporação à luz da Constituição brasileira. In : *O tempo e os direitos humanos*. FABRIZ, Daury Cesar et al. (coords). Rio de Janeiro/Vitória: Lumen Juris/Editora Acesso, 2011, p. 235.

⁵⁴ A redação do art. 5º, parágrafo 3º, acrescido pela EC 45/04 é a seguinte: "*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*".

entusiasmo pela doutrina, porquanto sua interpretação literal⁵⁵ condicionava a hierarquia constitucional do DIDH a rito similar ao das emendas constitucionais, não sendo aplicável aos tratados de DIDH que não fossem aprovados consoante o rito ali indicado, nem aos tratados de DIDH anteriores à Emenda (uma vez que não observaram o rito, que até então não existia).⁵⁶ CANÇADO TRINDADE, em seu voto em separado no Caso Damião Ximenes, na CORTEIDH, afirmou que o novel dispositivo foi: "(...) mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2º do artigo 5º da CRFB/88", tratando-se de "aberração jurídica".⁵⁷ Flávia PIOVESAN, contudo, logrou compatibilizar a norma trazida pela EC 45/04 com seu entendimento doutrinário de hierarquia constitucional de *todos* os tratados de DIDH, conciliando as normativas dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da CRFB/88: assim, por força do parágrafo 2º, *todos* os tratados de direitos humanos são *materialmente constitucionais*, compondo o *bloco de constitucionalidade*. O *quorum* e rito qualificados apenas outorgariam a *constitucionalização formal* destes diplomas, que passariam a ter normas *material e formalmente constitucionais*⁵⁸, tendo como consequência jurídica a impossibilidade de *denúncia* do referido tratado pelo Poder Executivo, porquanto formalmente constitucionalizado.⁵⁹ Tal entendimento promoveria uma interpretação sistemática entre as normas dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da CRFB/88, do inciso III do art. 1º e do inciso II do art. 4º da Constituição, numa hermenêutica voltada para o vetor da dignidade da pessoa humana e para a prevalência dos direitos humanos.⁶⁰ RAMOS⁶¹ e MAZZUOLI⁶² aderem à proposta de

⁵⁵ Interpretando que o art. 5º, parágrafo 3º, da CRFB/88 concedia *status* ordinário e infraconstitucional aos tratados de direitos humanos que não sejam aprovados conforme o rito do art. 5º, parágrafo 3º, da CRFB/88: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. Edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 712-715, ressaltando a posterior modificação da jurisprudência do STF a partir do julgamento do RE 466.343.

⁵⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2a.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p.393-394.

⁵⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2a.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p.393-394. V. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso XIMENES LOPES v. BRASIL. Sentença de mérito e reparações de 4 de julho de 2006. Série C, n. 149. Voto em apartado do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, parágrafos 30 e 31.

⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: hierarquia e incorporação à luz da Constituição brasileira. In : *O tempo e os direitos humanos*. FABRIZ, Daury Cesar et al. (coords). Rio de Janeiro/Vitória: Lumen Juris/Editora Acesso, 2011, p. 233-240.

⁵⁹ PIOVESAN, Flávia *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ªed. rev. e atual - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 138/140. Nas palavras da autora: "*E a diversidade de regimes jurídicos [entre os tratados de DIDH materialmente constitucionais e aqueles aprovados no rito do art. 5º, parágrafo 3º, da CRFB/88 e que são material e formalmente constitucionais] atém-se à denúncia, que é o ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado. Enquanto os tratados materialmetne constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais, por sua vez, não podem ser denunciados*". (*op.cit.*, p. 138).

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: hierarquia e incorporação à luz da Constituição brasileira. In : *O tempo e os direitos humanos*. FABRIZ, Daury Cesar et al. (coords). Rio de Janeiro/Vitória: Lumen Juris/Editora Acesso, 2011, p.242, arremata assinalando a necessidade de se reconstruir um entendimento interpretativo mais consonante com o crescente processo de internacionalização dos direitos humanos, pavimentando um constitucionalismo democrático aberto à realização de direitos, conclamando o STF a uma interpretação evolutiva que avance para o reconhecimento da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, conferindo efetividade máxima aos direitos fundamentais. (*op.cit.*, p. 242).

⁶¹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2a.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p.395-396 e p.401.

PIOVESAN, acrescentando o último autor que eventual tentativa de denúncia de um tratado formalmente incorporado à Constituição poderia ensejar a prática de crime de responsabilidade pelo Presidente da República⁶³ e que nem mesmo o Congresso Nacional poderia promover um projeto de denúncia, pois que o pertencimento formal à Constituição dos tratados de DIDH aprovados na forma do parágrafo 3º do art. 5º da CRFB/88 os transformaria em cláusula pétrea, na forma do art. 60, parágrafo 4º, da CRFB/88.⁶⁴ Os autores defendem, ainda, juntamente com CANÇADO TRINDADE, que em caso de conflito entre a norma internacional de direitos humanos e a norma interna, deve este ser resolvido em favor da norma mais protetiva ao ser humano vítima de violação em seus direitos fundamentais.⁶⁵

Por sua vez, no julgamento do RE 466.343, finalizado em 3 de dezembro de 2008, o STF reformulou seu posicionamento sobre a hierarquia normativa dos tratados de DIDH: enquanto os votos vencidos dos Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau reconheciam *status* constitucional aos tratados de direitos humanos, a tese vencedora, capitaneada pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, reconheceu hierarquia *supralegal* aos tratados de direitos humanos, resgatando o voto do Ministro Sepúlveda Pertence por ocasião do julgamento do RHC 79.785-RJ, em maio de 2000, situando-os em patamar superior aos demais tratados e às leis infraconstitucionais. Trata-se de julgamento paradigmático, em que a unanimidade dos ministros do STF reconheceu a existência de regime especial e diferenciado para os tratados de DIDH, distinto daquele aplicável aos tratados

⁶² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9.ed.rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 928-941.

⁶³ O art. 85, *caput*, e inciso III, da CRFB/88 considera crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem *atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais*.

⁶⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9.ed.rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.934-935.

⁶⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de ABreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.10, mencionando a constante interação entre DIDH e o direito interno e o propósito comum da salvaguarda dos direitos humanos e concluindo que, na solução de casos concretos, a primazia será da norma que melhor proteja as vítimas de violações de direitos humanos, qualquer que seja sua origem; PIOVESAN, Flávia *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ªed. rev. e atual - São Paulo: Saraiva, 2013, p.156-157, anota que "*O critério ou princípio da aplicação do dispositivo mais favorável à vítima não é apenas consagrado pelos próprios tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, mas também encontra apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacional. (...) Os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional*"; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9.ed.rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.914-915, afirma que a CRFB/88 reconheceu a duplicidade das fontes normativas de direitos humanos em seu art. 5º, parágrafo 2º, alimentando a completude do sistema de proteção aos direitos humanos. Assim, o intérprete deve optar pela fonte que proporciona a norma mais favorável à pessoa protegida (princípio *pro homine*), pois o que se visa é a otimização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos humanos; Ainda neste sentido, RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. AMARAL JUNIOR, Alberto do/JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.) - São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 819-822, alertando que, nos *hard cases*, nos quais dois direitos entram em colisão aparente, poderá haver necessidade suplementar de utilização do mecanismo da ponderação de interesses para estipulação dos limites de proteção de cada direito no caso concreto, ressaltando, por fim, que o Estado não poderá alegar óbices de direito interno para descumprir compromissos internacionais.

tradicionais, divergindo os ministros apenas entre a proposta de hierarquia *supralegal* ou *constitucional* ao DIDH, sendo vencedora a primeira tese.⁶⁶

No voto-vencedor do Ministro Gilmar Mendes, este consignou que a EC 45/04 sinalizou a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados de DIDH, que teria se tornado "anacrônica" e "completamente defasada", citando o advento do *Estado Constitucional Cooperativo*, que não se voltaria para si, mas se disponibilizaria como referência para outros, com especial destaque para o papel dos direitos humanos⁶⁷, o que seria corroborado, no Brasil, pelas normas do art. 4º, parágrafo único, e art. 5º, parágrafos, 2º, 3º e 4º, da CRFB/88, dentro de uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de se prestigiar as normas internacionais de proteção do ser humano.⁶⁸ Assim, considerando ser "necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano"⁶⁹ e reconhecendo o caráter especial dos tratados de DIDH, estabeleceu o STF o caráter supralegal dos diplomas normativos internacionais voltados à proteção do ser humano, que não tenham sido aprovados mediante o quorum e rito previstos no art. 5º, parágrafo 3º da CRFB/88.

Em conclusão, verifica-se que tanto a tese da constitucionalidade material⁷⁰ quanto a da supralegalidade, esta adotada pelo STF,⁷¹ outorgam supremacia ao DIDH em relação à lei interna infraconstitucional. Desta maneira, resta preenchido o pressuposto lógico para o estabelecimento de mandados de criminalização pelo DIDH, que é a possibilidade de o DIDH impor-se ao Poder Legislativo local, condicionando a edição legislativa, bem como a interpretação do direito interno infraconstitucional, por todos os Poderes e órgãos do Estado.

⁶⁶ Cf. PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: hierarquia e incorporação à luz da Constituição brasileira. In : *O tempo e os direitos humanos*. FABRIZ, Daury Cesar et al. (coords). Rio de Janeiro/Vitória: Lumen Juris/Editora Acesso, 2011, p. 241.

⁶⁷ O Min. Gilmar Mendes aponta o Professor PETER HÄBERLE como a origem da expressão, aduzindo seria o Estado que "*não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais*". HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 74-77, *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 466.343-1/SP. Voto Ministro Gilmar Mendes, p. 14. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>, acesso em 21 de outubro de 2015.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 466.343-1/SP. Voto Ministro Gilmar Mendes, p. 14. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>, acesso em 21 de outubro de 2015.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 466.343-1/SP. Voto Ministro Gilmar Mendes, p. 26. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>, acesso em 21 de outubro de 2015.

⁷⁰ PIOVESAN, Flávia *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ªed. rev. e atual - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 138/140; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9.ed.rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 928-941; RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2a.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p.395-396 e p.401;

⁷¹ Adotada pelo STF, a partir do julgamento do RE 466.323-1/SP, concluído em 3 de dezembro de 2008, conforme supraindicado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 466.343-1/SP. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>, acesso em 21 de outubro de 2015.

1.4.2.2 Caráter supralegal do DIDH e obrigações executivas, legislativas e judiciais dos Estados:

É preciso, contudo, detalhar os efeitos e características da prevalência das normas de DIDH no ordenamento jurídico brasileiro.

Como visto acima, desde o julgamento do RE 466.343 em 3 de dezembro de 2008, a jurisprudência do STF se assentou no sentido de que os tratados de DIDH que não forem aprovados mediante o *quorum* qualificado previsto pelo art. 5, parágrafo 3º, da CRFB/88 acrescido pela EC 45/04, têm natureza *supralegal*, situando-se em patamar normativo inferior ao da Constituição, mas superior às demais leis⁷². Se a decisão é criticada em sede doutrinária por aqueles que consideram que a norma internacional de direitos humanos é ao menos equivalente à norma constitucional⁷³, por outro lado, ela assenta a superioridade normativa dos tratados de direitos humanos sobre o legislador infraconstitucional. O Poder Legislativo fica, pois, adstrito às normas provenientes do Direito Internacional dos Direitos Humanos sendo, em tese, admissível que este lhe imponha obrigações ou *mandados*⁷⁴.

Tais obrigações, deveres ou mandados, provenientes do DIDH, por sua vez, dirigem-se não apenas ao Legislativo, mas também aos Poderes Executivo e Judiciário e ao Ministério Público. Assim, em que pese o sistema internacional de proteção dos direitos humanos não funcionar como instância de revisão judicial de decisões internas, pode e deve, analisando casos concretos, determinar a compatibilidade de quaisquer atos ou omissões - por parte de todos os poderes e órgãos do Estado - com as obrigações internacionais assumidas. Dessarte, analisa-se a compatibilidade de não apenas de atos administrativos e políticas públicas, mas também de leis internas e decisões judiciais com o DIDH.⁷⁵

Como o legislador interno é considerado órgão do Estado que assumiu a obrigação internacional, o DIDH não admite que os Estados invoquem seu direito nacional para justificar o

⁷² Ver item 1.4.2.1. supra.

⁷³ V. p.ex. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op.cit.*p. 414-419. No mesmo sentido, PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: hierarquia e incorporação à luz da Constituição brasileira. In : *O tempo e os direitos humanos*. FABRIZ, Daury Cesar et al. (coords). Rio de Janeiro/Vitória: Lumen Juris/Editora Acesso, 2011, p. 237-242, mencionando os votos vencidos dos ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que reconheciam *status* constitucional aos tratados de DIDH.

⁷⁴ Aliás, diversos tratados internacionais fixam o dever de criminalização e repressão de atividades ilícitas que atentem contra os direitos humanos, como a Convenção para prevenção e repressão do crime de genocídio, de 1948, promulgada pelo Decreto 30.822/52, Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura de 1985, promulgada pelo Decreto 98.386/89 e a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher - Convenção de Belém do Pará, de 1994, promulgada pelo Decreto 1.973/96, dentre outras, que *impõe o dever ao legislador de criminalizar* condutas atentatórias a direitos humanos, abolir leis, bem como impõe ao Estado o dever de reprimir e punir tais condutas. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 287, afirma que a Convenção para prevenção e repressão do crime de genocídio foi o primeiro tratado internacional de proteção dos direitos humanos aprovado no âmbito da ONU.

⁷⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de ABreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.31-32.

descumprimento de tratados internacionais.⁷⁶ Ao contrário, exige deles a adequação de seu direito interno ao DIDH, seja através da regulamentação de tratados para assegurar-lhes eficácia no direito interno, criando, revogando ou alterando a legislação interna, seja através da interpretação das leis nacionais de modo a que não entrem em conflito com a normativa internacional de proteção dos direitos humanos.⁷⁷

Com efeito, CANÇADO TRINDADE aduz que uma das formas mais concretas de mensurar a eficácia de um tratado de direitos humanos consiste exatamente na verificação do impacto por ele causado no direito interno dos Estados-partes, exemplificando com alterações legislativas provocadas por decisões do TEDH em diversos países europeus, inclusive para viabilizar juridicamente a persecução penal de lesões a direitos humanos⁷⁸ e com a revisão das leis de (auto)anistia do Uruguai e da Argentina e da legislação antiterrorismo peruana, provocadas após decisões da CorteIDH. Assim, *independentemente da aplicação da legislação interna violadora da CADH no caso concreto*, a só existência e vigência desta legislação, assegurando a impunidade a perpetradores de violações de direitos humanos ou violando garantias processuais de acusados de terrorismo, foi considerada incompatível com a CADH, tendo os Estados sido condenados a indenizar as vítimas, *bem como a fazer cessar a violação da obrigação convencional*, estabelecendo a CorteIDH um dever estatal de revogar a legislação interna incompatível com a CADH e o DIDH.

CANÇADO TRINDADE anota, ainda, que a *inexistência* de legislação também pode se constituir em fonte de violação de direitos humanos, caso em que se imporá ao Estado omissivo o dever de criar direito interno novo, de conformidade com o DIDH, cumprindo com o dever de prevenir a repetição de violações de direitos humanos. Ainda que não se possa coercitivamente impor aos Estados a edição de legislação compatível com o DIDH, o reiterado retardo no cumprimento das obrigações internacionais pode, em tese, gerar a responsabilidade internacional dos Estados⁷⁹, na

⁷⁶ A Convenção de Viena sobre o Direito dos tratados, concluída em 23 de maio de 1969, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 496, de 17 de julho de 2009, ratificada em 25 de setembro de 2009 e promulgada pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, estabelece em "*Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé*" (art. 26), esclarecendo que "*Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*" (art. 27), ressalvada a hipótese violação das disposições internas sobre competência para celebração de tratados que seja manifesta e evidente para qualquer outro Estado que procedesse de boa fé, que dissesse respeito a norma interna de importância fundamental (art. 46).

⁷⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 42. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. No mesmo sentido, defendendo que a *interpretação* da lei interna *conforme* as normas internacionais de direitos humanos pode ser alternativa eficaz para o cumprimento de decisões da Corte IDH por violações decorrentes de atos ou omissões legislativas, em especial diante da morosidade do processo legislativo brasileiro, v. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 350-351.

⁷⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.43.

⁷⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos

medida em que o DIDH não os obriga apenas a abster-se de violar os direitos humanos, mas também a *tomar todas as medidas positivas para assegurar a todas as pessoas sob sua jurisdição o exercício livre e pleno de todos os direitos protegidos*.⁸⁰ Assim, ainda que na adequação das leis nacionais ao DIDH os Estados tenham ampla discricionariedade política na decisão acerca da *forma e âmbito* de seu cumprimento, isto não significa que possa seu cumprimento ser adiado indefinidamente: a construção jurisprudencial e doutrinária das *obrigações positivas dos Estados* representa uma reação contra as omissões legislativas (e administrativas e judiciais) dos Estados-partes: a pronta adequação e harmonização da legislação nacional ao DIDH é dever geral que se impõe de modo uniforme a todos os Estados-partes, uma vez que as obrigações convencionais abarcam todo e qualquer ato ou omissão estatal, ainda que se trate de omissão legislativa.⁸¹

Ademais, o DIDH condiciona as sentenças dos tribunais nacionais, que devem tomar em devida conta as disposições convencionais dos tratados de direitos humanos que vinculam o país.⁸² Não se trata, contudo, de considerar os tribunais internacionais de direitos humanos como cortes *de revisão* de decisões internas. Perante os tribunais internacionais, as decisões internas não são tomadas como atos judiciais impugnados, porém como *fato*, que expressa a conduta de órgão estatal, e que será examinado à luz do DIDH para fins de eventual responsabilização do Estado brasileiro e de determinação da compatibilidade dos processos e decisões com o DIDH.⁸³ De forma similar, também a atuação do Ministério Público é condicionada pelo DIDH, devendo a instituição usar dos mecanismos processuais e administrativos de que dispõe para promover a tutela dos direitos humanos, podendo sua ação ou omissão contrária ao DIDH também ser sindicada pelos tribunais internacionais de direitos humanos.⁸⁴

Eduardo de ABreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.45-47. O autor menciona aqui a demora na edição da Lei 9.455/97, tipificando o crime de tortura, quase oito anos após a ratificação da Convenção Interamericana para prevenir e punir a Tortura e a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, em 1989, salientando que, em relação a retardo similar no sistema europeu de DDHH, o TEDH decidiu advertir a Bélgica de que o atraso - de oito anos - em proceder à modificação da legislação nacional declarada incompatível com a CEDH não estava em conformidade com as obrigações convencionais, conclamando o Estado belga a efetuar a adequação legislativa sem atraso, além de condenar a Bélgica a indenizar os danos causados pela omissão de reformar a legislação impugnada.

⁸⁰ *Ibid.*, p.47.

⁸¹ *Ibid.*, p.48-49

⁸² *Ibid.*, p. 50. O autor cita precedentes do TEDH que resultaram em alteração da jurisprudência dos Estados-partes, como nos casos *Sunday Times v. Reino Unido*, em 26.04.1979, e *Albert et Le Compte v. Bélgica* (1983).

⁸³ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 345.

⁸⁴ Como anota André de Carvalho Ramos, o Ministério Público, que exerce papel essencial na implementação dos direitos humanos, devendo buscar a implementação interna de decisões internacionais de tribunais de direitos humanos e a promoção dos direitos humanos através dos diversos instrumentos jurídicos disponibilizados à instituição, como p.ex. através da propositura de ações civis públicas, ações penais públicas, ações de improbidade administrativa e ações declaratórias de inconstitucionalidade, além dos mecanismos de atuação extrajudicial da instituição. Assim, o DIDH condiciona a atuação do Ministério Público que, por sua vez, também pode dar causa à responsabilização internacional do Estado, acaso seja por si mesmo violadora das obrigações convencionais assumidas pelo país. Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.360-361.

Assim, como sintetiza MAZZUOLI, o DIDH exige que todas as funções estatais apliquem e concretizem os direitos humanos reconhecidos pelas normas convencionais que, uma vez internalizadas, têm força jurídica cogente, vinculante e superior às normas infraconstitucionais editadas pelo legislador nacional. Dessarte, afigura-se presente o pressuposto lógico da superioridade normativa do DIDH, e seu caráter vinculante a todos os Poderes e órgãos estatais, possibilitando, em tese, a dedução ou veiculação de mandados de criminalização primária e/ou de criminalização secundária também com fundamento no DIDH.

1.5 O *jus cogens* internacional e a jurisdição do TPI.

Fenômeno análogo ao dos mandados de criminalização primária e secundária advém da necessidade de criminalização e repressão das condutas que constituam *crimes internacionais*, como o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão. Em relação a estas condutas, desenvolveu-se o Direito Penal Internacional,⁸⁵ exigindo dos Estados a investigação, persecução penal e julgamento destes fatos, *sob pena de serem submetidos à jurisdição internacional penal*. Para tal finalidade, estabeleceu-se o Tribunal Penal Internacional, através da aprovação do Estatuto de Roma, em 17 de julho de 1998, em funcionamento desde 1º de julho de 2002,⁸⁶ com jurisdição permanente para o julgamento, de forma complementar, destes crimes. Assim, eventual recusa, recalcitrância, incapacidade ou má fé de um Estado-parte do Estatuto em investigar, processar e julgar crimes contra a humanidade, por exemplo, permitirá que a investigação, persecução e julgamento sejam promovidos na órbita do TPI.⁸⁷

⁸⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, *O Tribunal Penal Internacional. A internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editoria Lúmen Juris, 2004, p. 21, sustenta que o Direito Penal Internacional se apresenta sob dois aspectos: de um lado, abrange as manifestações internacionais do Direito Penal interno e, de outro, as manifestações penais do Direito Internacional. O mesmo autor, em JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 5-6, define o Direito Penal Internacional da seguinte forma: "*é o ramo do Direito que define os crimes internacionais (próprios e impróprios) e comina as respectivas penas. O Direito Penal Internacional estabelece, também, as regras relativas: à aplicação extraterritorial do Direito Penal interno; à imunidade de pessoas internacionalmente protegidas; à cooperação penal internacional em todos os seus níveis; às transferências internacionais de processos e de pessoas presas ou condenadas; à extradição; à determinação da forma e dos limites de execução das sentenças penais estrangeiras; à existência e funcionamento de tribunais penais internacionais ou regionais; a qualquer outro problema criminal vinculado ao indivíduo que possa surgir no plano internacional*".

⁸⁶ O Brasil assinou o tratado em 7 de fevereiro de 2000 e depositou o instrumento de ratificação em 20 de junho de 2002, tendo o presidente da República promulgado o Estatuto de Roma através do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Por sua vez, o tratado entrou em vigor no plano internacional no dia 1º de julho de 2002, após ter atingido o número mínimo de ratificações. Cf. JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano, *O Tribunal Penal Internacional. A internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editoria Lúmen Juris, 2004, p. 34-35.

⁸⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2a.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 350-351, dispõe que a definição da competência do TPI é regida pelo princípio da complementaridade, que torna subsidiária a sua jurisdição, de forma semelhante ao que ocorre com os tribunais internacionais de direitos humanos. Assim, o TPI não exercerá sua jurisdição caso o Estado com jurisdição já tenha iniciado ou terminado a investigação ou o processo penal, *salvo* se este não dispuser de capacidade *ou vontade* de realizar justiça: vale dizer, o TPI não terá jurisdição sobre fato em apreciado ou em apreciação pelo Judiciário interno, *salvo* se o julgamento for considerado fraudulento, um simulacro para obtenção da impunidade.

Como ocorre um julgamento do suposto agente violador de direitos humanos *diretamente* pelo TPI, ao contrário do que acontece na sistemática do DIDH, cujos tribunais de direitos humanos, como a CorteIDH e o TEDH, se limitam a declarar a responsabilidade internacional dos Estados por violação a convenções de direitos humanos e a determinar a cessação da violação e sua reparação, a sistemática de tutela de direitos humanos pelo TPI não se confunde com o objeto do presente estudo, conquanto com ele guarde semelhanças.

Em ambos os casos, o Direito Internacional considera necessária a investigação, persecução e julgamento de graves violações a direitos humanos - tipificadas, no caso do DPI, como crimes internacionais.⁸⁸ Contudo, a sistemática do DPI não se confunde propriamente com *mandados* a vincularem os órgãos internos do Estado, pois se prescinde de determinar aos Estados que ajam⁸⁹. Verificada a hipótese fática que permitirá a jurisdição internacional penal complementar, a Procuradoria junto ao TPI e a Corte serão diretamente responsáveis pela investigação e julgamento dos supostos perpetradores de crimes de genocídio, de guerra ou contra a humanidade.

Assim, o DPI não traz um *mandado* para a tutela penal de direitos humanos pelo direito interno - e pelos órgãos internos - dos Estados - ao contrário da norma constitucional e de DIDH - motivo pelo qual sua sistemática de tutela penal dos direitos humanos não se confunde com o objeto da presente dissertação.

1.6 Conclusões intermediárias:

Ante a vigência do Estado Democrático de Direito, a garantir a subordinação dos poderes estatais ao Direito, e à hierarquia superior outorgada à Constituição de 1988 através da previsão de um modelo de constituição rígida, mostram-se presentes os pressupostos lógicos para o reconhecimento, em tese, de mandados constitucionais de criminalização, primária e secundária.

De forma semelhante, ante a força normativa supralegal reconhecida pelo STF no julgamento do RE 466.343 às normas de DIDH que tenham sido incorporadas ao direito interno, elas se situam em patamar normativo *superior* a toda a legislação infraconstitucional, vinculando e limitando o legislador e os demais poderes estatais. Diante desta superioridade normativa do DIDH sobre a legislação, verifica-se a possibilidade, em tese, de serem construídos mandados de criminalização oriundos do DIDH. Faz-se preciso, pois, analisar seus fundamentos, o que será realizado nos dois capítulos seguintes.

⁸⁸ O preâmbulo do Estatuto de Roma dispõe expressamente que "*é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais*", afirmando que *afetam a comunidade internacional no seu conjunto e não devem ficar impunes*", declarando-se os Estados "*decididos a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes*". BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

⁸⁹ Salvo no que tange ao apoio logístico às investigações e julgamento internacionais, auxiliando-as materialmente, garantindo sua segurança e deixando de impedir ou obstar a atuação do TPI e da Procuradoria atuante junto ao TPI, o que não constituem hipóteses de *mandados de criminalização*.

2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DOS MANDADOS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO:

Inicialmente, é preciso assentar que a discussão em torno dos mandados constitucionais de criminalização deve partir de bases normativo-constitucionais, e não propriamente dogmático-penalistas, na medida em que as imposições ao legislador penal apenas poderiam provir de uma ordem normativa que lhe seja superior, externa ao Direito Penal, como a ordem constitucional.⁹⁰ A Constituição tem impacto direto sobre a validade e interpretação das normas penais, atuando para limitar, condicionar e fundamentar normas jurídico-penais. Dessa forma, incide tanto para interditar a criminalização de certas condutas, quanto para impor ao legislador o dever de criminalizar outras, exigindo que a disciplina jurídica dada a determinada infração não vá além - ou fique aquém - do necessário à proteção dos valores constitucionais em jogo.⁹¹

No presente capítulo, serão investigados os fundamentos constitucionais dos mandados implícitos de criminalização, analisando-se a evolução neoconstitucionalista que levou ao reconhecimento do caráter normativo dos princípios constitucionais, da eficácia dos direitos humanos nas relações interindividuais, da existência de deveres estatais de proteção e do princípio da vedação da proteção deficiente (*Untermassverbot*⁹²), bases sobre as quais se assentam os mandados implícitos de criminalização de origem constitucional.

⁹⁰ FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 73. No mesmo sentido, v. ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner Teil; Band I: Grundlagen; der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. Aufl. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p.44, nota de rodapé, n. 128. Em sentido análogo, v. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4a. Ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 404-409.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4a. Ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 404-405.

⁹² Opta-se por utilizar a grafia *Untermassverbot*, em vez de *Untermaßverbot* porque - a par de facilitar a leitura e pronúncia ante a inexistência de letra correlata à *Eszett* ("ß") alemã, a grafia *Untermassverbot* - possivelmente por aqueles motivos - já está consagrada na doutrina e jurisprudência brasileira, sendo utilizada por STRECK, Lênio Luiz, *Bem jurídico e constituição: da proibição do excesso (Übermassverbot) à proibição da proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. In: Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 97, Porto Alegre: AJURIS, 2005; SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 47. São Paulo: 2004; MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004; FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005; RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2a.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015; CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Edições Almedina, 2012, p. 123. Em sede jurisprudencial, vejam-se, por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2a. Turma. HC 104.410-RS. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 06.03.2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2a. Turma. HC 102.087. Rel. p/acórdão: Min. Gilmar Mendes, julgamento em 28.02.2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 333.322. Decisão. Rel. Des. Conv. Nilton Trisotto. DJe 25.09.2015; ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 18a Câmara Cível. Apelação Cível 0397398-12.2013.8.19.0001. Rel. Des. Maurício Caldas Lopes, julgado em 01.04.2015. DJ 07.04.2015.

2.1 Conceito e evolução dos direitos fundamentais.

Adota-se nesta dissertação a concepção do caráter histórico e eminentemente consensual dos direitos fundamentais, tal qual defendida por BOBBIO, pela qual estes nascem gradualmente da luta entre novas liberdades e velhos poderes, sempre visando ora impedir malefícios por parte dos poderes constituídos, ora visando obter benefícios (prestações positivas) destes.⁹³ Rejeita-se, pois, o apelo à imutabilidade histórica destes direitos⁹⁴, tais como concebidos pela Revolução Francesa, não se sustentando seu embasamento na consideração da *natureza humana* como dado constante e imutável (dado refutado pela constante evolução dos valores sociais ao longo da história), nem no apelo à evidência (bastando lembrar que aos *founding fathers* norte-americanos era *evidente* que a propriedade era *sagrada e inviolável*).⁹⁵

Parte-se, ainda, de uma superação do paradigma clássico que encarava os direitos fundamentais *exclusivamente* como direitos de liberdade e garantias do indivíduo sempre *contra* o Estado, na tensão entre os interesses coletivos defendidos pelo poder público e as liberdades individuais. De fato, com a evolução do direito constitucional na Europa continental e, em especial a partir do pós-guerra, foram-se consolidando direitos fundamentais prestacionais. Desta maneira, passaram os estudiosos dos direitos fundamentais a vê-los não apenas como liberdades negativas do indivíduo frente ao Estado, mas também como capazes de gerar direitos prestacionais em face do Estado, como direito à educação, à saúde e à eficaz prestação dos serviços públicos essenciais,⁹⁶ em concepção plenamente acolhida pela

⁹³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 - 7ª reimpressão, p. 9. Para o autor, falar de *direitos naturais, inalienáveis ou invioláveis* é usar de uma linguagem persuasiva, mas sem valor teórico. Recorda BOBBIO que sendo os direitos fundamentais precipuamente conflitivos entre si, não podem ser fundamentados de forma absoluta, sob pena de constituírem de obstáculos à introdução de novos direitos e servirem *de pretexto* para a defesa de posições conservadoras. Ibid, p. 15. No mesmo sentido, RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11-13; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 187-188; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9.ed.rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 899-901. Para uma narrativa histórica da afirmação dos direitos humanos desde a Antiguidade, v. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4a ed. rev. atual., 2a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 37-57.

⁹⁴ Antonio-Enrique Pérez Luño narra que tradicionalmente se concebia as liberdades constitucionais como extraídas da razão, revelando aspectos permanentes e essenciais dos direitos fundamentais, que eram assegurados e mantidos inalteráveis pela rigidez constitucional. Entretanto, a evolução do pensamento constitucional na segunda metade do século XX abriu espaço para concepções funcionalistas, admitindo e exigindo uma interpretação evolutiva e expansiva da Constituição e a ponderação de bens constitucionais. V. LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. LUÑO, Antonio-Enrique Pérez (Coord). Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 16.

⁹⁵ BOBBIO, Norberto, *op. cit.* p. 17-18. *Founding fathers* são os líderes políticos norteamericanos do século XVIII que firmaram a Declaração de Independência americana, participaram da Convenção constituinte ou firmaram a Constituição estadunidense, como p.ex. Benjamin Franklin, Thomas Jefferson e George Washington.

⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 252, realça ser incorreta e simplista a classificação dos direitos individuais exclusivamente como liberdades negativas (deveres estatais de abstenção) e dos direitos econômicos, sociais e culturais exclusivamente como direitos prestacionais a depender de recursos orçamentários, na medida em que também os direitos individuais exigem prestações positivas e recursos orçamentários, como a prestação dos serviços públicos que garantem a segurança, a liberdade, a propriedade e o exercício dos político-eleitorais, demandando a criação, custeio e manutenção de aparatos estatais de segurança, justiça e participação eleitoral.

CRFB/88, que assegura inúmeros direitos fundamentais prestacionais, não sendo compatível com o paradigma oitocentista do Estado Liberal de Direito.

Assim, MENDES afirma que "a visão dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa (*Abwehrrecht*) revela-se insuficiente para assegurar a pretensão de eficácia que dimana do texto constitucional", sustentando ser necessário não apenas cuidar de ter liberdade *em relação ao Estado*, mas de *desfrutar* essa liberdade *mediante atuação do Estado*.⁹⁷ ALEXY adverte que a polêmica sobre os direitos a prestações é marcada pela profunda divergência acerca da natureza e função do Estado, do Direito e da Constituição, sendo natural a controvérsia acerca da mudança na compreensão dos direitos fundamentais.⁹⁸ Como ALEXY, trataremos aqui de *direitos a prestações estatais* tanto em âmbito fático quanto normativo, já que muitas vezes os direitos fundamentais se emaranham num feixe de posições que dizem respeito a prestações fáticas e normativas (de nada adiantando uma prestação *normativa* que não seja *concretizada* por prestações *fáticas*)⁹⁹ e porque em ambos os casos há imposição ao Estado da persecução de certos objetivos, suscitando a problemática de *se e em que medida* isto deve ocorrer.¹⁰⁰ Do ponto de vista funcional, é predominante a ideia de que os direitos fundamentais assumem hoje um duplo caráter, operando no plano subjetivo como garantidores da liberdade individual e num plano objetivo, dirigindo um comando ao Estado no sentido de proteger direitos, o que implica "além de medidas concretas visando a efetivá-los, a atividade legislativa destinada a desenvolvê-los e promovê-los".¹⁰¹ Assim, os direitos fundamentais passam a dispor de *eficácia dirigente* em relação aos órgãos estatais, ordenando a adoção de medidas para sua permanente concretização.¹⁰²

Independentemente de se estruturarem os direitos fundamentais como direitos à proteção a partir de normas principiológicas objetivas¹⁰³ ou de uma subjetivização do dever de proteção, com a correlação de um direito público subjetivo fundamental de proteção estatal contra terceiros,¹⁰⁴ o

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6.

⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ªed, 3ªtir. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 441

⁹⁹ Em sentido similar, Gilmar Ferreira Mendes anota que os direitos fundamentais envolvem não apenas ações legislativas como também, não raras vezes, medidas administrativas. V. MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 7.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ªed, 3ªtir. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 442-444.

¹⁰¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 76-77.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminas, nº 47. São Paulo: 2004, p. 60-89.

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 11.

¹⁰⁴ Robert Alexy narra que a questão ainda não está esclarecida na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, salientando que apesar de algumas decisões apresentarem uma tendência objetiva e menções à *ordem objetiva de valores* representada pelos direitos fundamentais, outras trazem inevitável subjetivação, até por terem sido prolatadas através de reclamação constitucional, instituto que só pode ser utilizado em caso de violação de direitos (subjetivos). V. ALEXY, Robert, op.cit., p. 452-456. Gilmar Ferreira Mendes sustenta que "embora o *Bundesverfassungsgericht* extraia

importante seria a consideração de que o Estado passa a se obrigar não apenas a observar os direitos do indivíduo em face das investidas do Poder Público mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressões provenientes de terceiros, evoluindo da posição de *adversário* para uma função de guardião destes direitos.¹⁰⁵

Assim, os direitos fundamentais transcendem a mera proibição de intervenção estatal, passando, também, a expressar um postulado de proteção, havendo, ao lado da proibição do excesso a proibição da omissão em defendê-los.¹⁰⁶

2.2 O neoconstitucionalismo e o caráter normativo dos princípios.

O processo histórico de emergência do neoconstitucionalismo e do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) foi impulsionado pelos horrores perpetrados durante a Segunda Guerra Mundial, que demonstraram a necessidade de se repudiar a concepção positivista da indiferença do ordenamento jurídico a valores éticos. Assim, caminhou-se para um reencontro com o pensamento kantiano e uma reaproximação da ética e do direito, promovendo, no plano nacional, a abertura das Constituições à força normativa dos princípios, com ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana, simultaneamente à emergência, no plano internacional, do Direito Internacional dos Direitos Humanos, fundado neste mesmo valor.¹⁰⁷

Com efeito, o neoconstitucionalismo, do ponto de vista metodológico-formal, opera sobre as premissas da normatividade da Constituição, da superioridade de suas normas sobre o restante da ordem jurídica e da centralidade da Constituição no sistema jurídico, devendo os demais ramos serem interpretados e compreendidos a partir da ótica constitucional. Assim, o neoconstitucionalismo é tributário do longo do processo histórico que elevou a Constituição da condição de documento precipuamente político àquela de norma jurídica suprema, consolidando essas premissas teóricas e

a eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas [interindividuais] do significado objetivo destes para a ordem jurídica total, acaba ele por reconhecer efeito jurídico-subjetivo a essas normas". V. MENDES, Gilmar, op.cit., p. 127.

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 11. Em sentido semelhante, ainda, v. DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in theory and practice*. 3rd. Edition. Ithaca/London: Cornell University Press, 2013, p. 35: "*Nonetheless, a state that does no active harm itself is not enough. The state must also protect individuals against abuses by other individuals and private groups. The right to personal security, for example, is about safety against physical assaults by private actors, not just attacks by agents of the state. The state, although needing to be tamed, is today the principal institution we rely on to discipline social forces no less dangerous to the rights, interests and dignity of individuals, families and communities*".

¹⁰⁶ Gilmar Ferreira Mendes anota que o dever estatal de proteção, segundo a doutrina alemã e jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), abrange um dever de proibição (*Verbotspflicht*), "*consistente no dever de se proibir determinada conduta*", um dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante medidas diversas, e um dever de evitar riscos (*Risikopflcht*), autorizando o Estado a exigir medidas de proteção ou prevenção, em especial quanto ao desenvolvimento tecnológico. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, op.cit.,p. 12.

¹⁰⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 87-88.

provendo-as de técnicas jurídicas que possam ser utilizadas no dia-a-dia da aplicação do direito. Desta forma, surgem discussões relativas à eficácia jurídica dos princípios constitucionais, às possibilidades de controle das omissões inconstitucionais e à interpretação e compreensão da legislação ordinária à luz da Constituição.¹⁰⁸

De outro lado, do ponto de vista material, o neoconstitucionalismo se caracteriza pela incorporação explícita de valores relativos à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais, no texto constitucional, decorrente da superação de regimes autoritários, e pela expansão de conflitos entre opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional. A inserção de valores e opções políticas fundamentais nos textos constitucionais decorre da necessidade de impedir o ressurgimento de regimes autoritários e interditar o debate político acerca do consenso de valores (e)levados ao texto constitucional.

Em síntese, a progressiva importância dos direitos fundamentais no constitucionalismo atual é diretamente relacionada a esta evolução, na medida em que são positivados sobretudo por meio de disposições constitucionais dotadas de abertura semântica e forte carga valorativa, isto é, por normas-princípios que densificam valores constitucionais.¹⁰⁹

Quanto às diferenças entre regras e princípios, adota-se na presente dissertação a distinção forte¹¹⁰, preconizada por DWORKIN e ALEXY, reconhecendo que enquanto as regras são aplicáveis de forma disjuntiva (tudo ou nada)¹¹¹, os princípios incidem em graus, indicando a direção a ser

¹⁰⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 32-33.

¹⁰⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 94.

¹¹⁰ Em contraposição à distinção fraca entre princípios e regras, associada às abordagens positivistas, que não veem distinções qualitativas, senão quantitativas entre princípios e regras, enxergando-os apenas como as normas mais gerais de um sistema jurídico, de superior abstração, conforme PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 106-107. A autora admite, porém, a existência de gradações na distinção entre princípios e regras (que não é puramente dicotômica), exemplificando com regras submetidas a muitas exceções (a tornar-se semelhante a um princípio) e princípios de definição tão consolidada jurisprudencial e doutrinariamente que se assemelhem a regras o que, entretanto, não retira a validade da distinção. *Ibidem*, p. 114-115.

¹¹¹ Em que pese ALEXY questionar a tese de DWORKIN de que as regras são aplicáveis sempre sob a forma do tudo ou nada, por vislumbrar a possibilidade de surgirem exceções às regras, à luz do caso concreto, ambos os doutrinadores defendem a existência de uma distinção qualitativa, forte, entre princípios e regras, tendo ALEXY desenvolvido sua tese a partir dos critérios formulados por DWORKIN, buscando adaptá-los ao constitucionalismo germânico, tal qual assinala Jane Reis Gonçalves Pereira. V. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 94-95. A proximidade das teorias de ALEXY e DWORKIN é manifesta, afirmando Paulo Bonavides que a distinção entre regras e princípios trazida por ALEXY "na essência, é a mesma de Dworkin". Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 287. A matriz teórica adotada na presente dissertação se aproxima mais daquela de ALEXY que da de DWORKIN, na medida em que enquanto este entende direitos fundamentais como trunfos que não podem ser ponderados com fins coletivos, aquele, como aqui se cogita, os concebe como veiculados através tanto de regras como de princípios, que podem ser restringidos mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. V. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 106 e 124. Em sentido

seguida, sem exigir uma solução específica, ostentando pesos distintos a serem ponderados em caso de colisão¹¹², a serem sopesadas à luz dos casos concretos.

Como aduz ALEXY:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.¹¹³

Por fim, os princípios se distinguiriam de valores, na matriz pós-positivista adotada na presente dissertação, porque são entendidos como o suporte ou substância axiológica das normas positivadas (regras ou princípios): são normas jurídicas, conceitos deontológicos (dispondo sobre o que é devido) e não apenas conceitos axiológicos a respeito do que é bom. Os princípios têm, pois, força vinculante, positivando os valores em que se fundam, enquanto os valores são tutelados por normas (regras ou princípios), com elas não se confundindo.¹¹⁴ Vale dizer, os valores consubstanciam o conteúdo moral das normas jurídicas, e por essa via integram o processo de interpretação (ante a inevitável dimensão axiológica da hermenêutica constitucional), não dispondo, contudo, de força normativa própria.¹¹⁵

Desta forma, enquanto as regras são normas que veiculam comandos definitivos, que ordenam, proíbem ou permitem algo, mediante a subsunção de um suposto de fato à norma pré-estabelecida, os princípios podem ser realizados em diferentes graus, exigindo sua ponderação com os princípios contrapostos, sendo dotados de uma dimensão de peso.¹¹⁶ Por outro lado, em consequência da normatização de valores no seio da Constituição através de normas principiológicas, intensificou-se a ocorrência de conflitos entre princípios constitucionais, todos válidos e eficazes, que necessitam serem

semelhante, Paulo Bonavides salienta que DWORKIN considera direitos e bens coletivos como meras *policies*, ao contrário de ALEXY, que os considera inseridos no conceito de princípios. V. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 291.

¹¹² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 99-102.

¹¹³ ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ªed.,3ªtir., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 90.

¹¹⁴ Jane Reis Gonçalves Pereira distingue entre o modelo jusnaturalista, que pressupõe a equivalência entre valores e o Direito, o modelo positivista, que pressupõe a total separação entre os valores e o Direito e o modelo pós-positivista, conciliatório, entendendo valores e o Direito como realidades distintas, mas interligadas, reconhecendo que aqueles são positivados por meio de normas jurídicas. V. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 115-121.

¹¹⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 121.

¹¹⁶ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2a. Ed. Revista e Atualizada. Org. Ricardo Lobo Torres. Ed. Renovar. Rio de Janeiro:2001, p. 52-53.

harmonizados.¹¹⁷ Com efeito, o reconhecimento de que não há direitos absolutos e de que os direitos fundamentais são universais, isto é, atribuídos a todos indistintamente, faz com que eles tenham forte tendência a se chocarem¹¹⁸, evidenciando a necessidade de um mecanismo para a resolução dos frequentes conflitos entre direitos fundamentais.

Ao contrário dos conflitos entre regras, que seriam resolvidos através da subsunção e dos critérios da hierarquia, especialidade e cronologia, as colisões entre normas principiológicas são resolvidas a partir de um processo de ponderação que avalie o peso que cada um deles assume no caso concreto.¹¹⁹

2.3 Colisão de direitos fundamentais, ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade:

A pluralidade ética, o caráter compromissório e a positivação de amplos catálogos de direitos nas constituições contemporâneas, tornam inevitáveis as antinomias jurídico-constitucionais, das quais os conflitos de direitos fundamentais são espécie, usualmente através da colisão de princípios constitucionais.¹²⁰ Diante da conflitividade entre direitos fundamentais, normatizados por meio de

¹¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 34-36.

¹¹⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 131-133. Não cabe aqui aprofundar o debate acerca do caráter interno ou externo dos limites ou restrições decorrentes do choque entre direitos fundamentais. Sinteticamente, para os que defendem a teoria interna dos limites (ou concepção estrita do conteúdo dos direitos), os direitos fundamentais já trazem em si sua *delimitação* ou *configuração*, não admitindo restrições externas: os direitos existiriam apenas dentro de seu âmbito de proteção, não sendo possível se falar em colisões de direitos fundamentais; para a teoria externa dos limites (ou concepção ampla do conteúdo dos direitos), além de terem um conteúdo (máximo) delimitado, este conteúdo pode ser restringido por fatores externos, decorrentes da colisão com outros direitos. Como utilizamos a matriz teórica da teoria dos princípios de ALEXEY, adota-se a teoria externa, que viabiliza o método da ponderação: sendo os direitos fundamentais concebidos como princípios, isto é, comandos *prima facie* ao legislador, é possível que sejam restringidos por princípios antagônicos que, em determinadas situações, assumem maior peso, e o direito definitivo é extraído após a ponderação, tendo-se em conta o imperativo da proporcionalidade (*Ibidem*, p. 151). Ademais, se afigura irretorquível a crítica realizada à teoria interna dos limites, no sentido de que esta, ao alegar *descobrir* um conteúdo certo e definido, limite evidente e imanente de um direito, em verdade mascara os motivos e fundamentos que fizeram o intérprete chegar àquela conclusão, deixando de demonstrar o caminho percorrido pelo intérprete e de os argumentos e fundamentos reais, sob a alegação de operar mera subsunção jurídica, declarando uma limitação supostamente já existente. V. PEREIRA, Jane Reis, p. 161. Por fim, em regra, atinge-se o mesmo resultado final em uma e outra teoria (*Ibidem*, p. 167), sendo o debate, essencialmente, relativo ao modo de fundamentação das decisões judiciais. Para aprofundar sobre este debate, vide PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 139-152 e 158-169. No mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 24-27, acrescentando, ainda, que a teoria interna estaria ligada à concepção de direitos fundamentais enquanto regras e a externa ligada à concepção destes como princípios.

¹¹⁹ V. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 109-112, afirmando que autores que entendem ser aplicável a ponderação também à resolução de conflitos entre regras partem de um conceito excessivamente amplo de *ponderação*, inserindo neste conceito metodológico processos hermenêuticos voltados à elaboração de exceções e técnicas de controle de constitucionalidade.

¹²⁰ PEREIRA, Jane Reis, op.cit., p. 222-223.

princípios, a resposta à sua colisão é dada pela técnica da ponderação de interesses. Para PEREIRA¹²¹, ela consiste no método ou operação hermenêutica pela qual são sopesados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que apontem para decisões antagônicas em situações concretas a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder, estabelecendo uma hierarquia condicionada válida para o caso concreto e situações análogas.¹²²

Críticos da técnica de ponderação de interesses alegam que ela permitiria excessiva discricionariedade aos operadores do direito para construção da norma no caso concreto. Contudo, eles não fornecem alternativas que possam diminuir esta discricionariedade, ou aumentar os instrumentos de controle e transparência dos fundamentos decisórios. Ao contrário, ao propor a possibilidade de se *descobrir* a solução para *hard cases* a partir da delimitação de direitos em conflito pela via interpretativa, como o fazem as teorias internas dos limites dos direitos fundamentais, apenas se camufla a existência de um espaço de decisão, decorrente da interpretação judicial, e se evitam os instrumentos de controle e transparência propiciados pelo adequado uso da técnica da ponderação de interesses.¹²³

A hierarquização de princípios colidentes na ponderação preconizada por ALEXY ocorre à luz do caso concreto, de forma flexível, ante o caráter compromissório dos textos constitucionais contemporâneos, como aquele da CRFB/88. Como BARROSO anota, a Constituição, sobretudo quando promulgada em via democrática, é fruto do dialético confronto de crenças, interesses e aspirações distintas, tornando imprescindível que esta pluralidade de concepções seja harmonizada

¹²¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 261-264. Segundo a autora, *op. cit.*, p. 220-221, em sentido amplo, o vocábulo ponderação pode ser usado para designar as diversas operações hermenêuticas consistentes em sopesar bens, valores, interesses, normas ou argumentos. Porém, em sentido estrito, consiste na técnica decisória pela qual o operador do Direito contrapesa, em um juízo dialético, os bens e interesses juridicamente protegidos que estejam em choque no caso concreto, visando a determinar qual deles possui maior peso para a solução do caso, que haverá de prevalecer como fundamento da decisão adotada. Adota-se na presente dissertação a concepção estrita de ponderação. Para um sentido amplo de ponderação, abrangendo ainda a concretização de conceitos indeterminados e a determinação de exceções a normas jurídicas, tornando-a, pois, muito similar à interpretação, vide ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 43-55.

¹²² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 267: "*a característica elementar da ponderação é, precisamente, o fato de esta não redundar numa solução que seja válida para todas as hipóteses de conflito entre os interesses em jogo, mas apenas para os casos em que porventura se repitam as mesmas circunstâncias*".

¹²³ Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2a.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 110-115, a maior fragilidade da teoria interna está na dificuldade do intérprete delimitar, com argumentos racionais, o conteúdo dos direitos em análise, traçando seus limites, sem ser arbitrário, tendo como sua adoção como consequência a ocultação do jogo de valores em disputa, que se veem claramente revelados pela teoria externa, que os pondera através do princípio da proporcionalidade, de forma mais transparente e controlável. No mesmo sentido, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 161, 180-181 e 240-241. Para uma delimitação das teorias interna e externa dos limites dos direitos fundamentais, v. *ibidem*, p. 131-167. Para um aprofundamento na crítica à ponderação de interesses e ao ativismo judicial, vide itens 4.7 e 4.8 infra.

através da interpretação sistemática, consubstanciada no princípio da unidade da Constituição.¹²⁴ O papel deste princípio seria "reconhecer as contradições e tensões - reais ou imaginárias - que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas"¹²⁵, através do mecanismo da ponderação de interesses. Não existe, pois, rígida ascendência de determinados valores ou bens jurídicos, como a que resultaria da absolutização da máxima *in dubio pro libertate*, uma vez que não há hierarquia normativa entre as normas constitucionais.¹²⁶

Assim, não parece constitucionalmente viável que se estabeleça uma ordem rígida e absoluta de preferência entre direitos fundamentais: mesmo a teoria das *preferred freedoms* desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana (pela qual as liberdades pessoais desfrutam de proteção constitucional mais intensa do que os direitos econômicos, por exemplo) não traz uma hierarquia rígida ou absoluta - no caso norte-americano, a jurisprudência constitucional exige um *maior ônus argumentativo* quando se pretende limitar liberdades individuais, em situação análoga ao postulado *in dubio pro libertate* preconizado pela doutrina germânica.¹²⁷

De qualquer sorte, mesmo o estabelecimento de hierarquias axiológicas superáveis e flexíveis deve ser manejada com extrema cautela na ponderação, para que não se esvazie a proteção constitucional dos direitos e bens *não preferidos*: as hierarquias valorativas devem operar apenas como critério auxiliar, para determinar o peso abstrato de cada direito a ser ponderado.¹²⁸

A resolução da colisão de direitos no caso concreto é guiada pelo princípio da proporcionalidade.¹²⁹ Tal princípio, construído pela dogmática alemã a partir da cláusula do Estado

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6a. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 196-198.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 200.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 202-203. O autor lembra que, em direito, hierarquia traduz a ideia de que uma norma colhe o seu fundamento de validade em outra, que lhe é superior. Assim, mesmo defendendo uma primazia axiológica dos direitos individuais - porquanto cláusulas pétreas - no texto constitucional, não reconhece como possível a existência de hierarquia normativa ou precedência rígida entre normas constitucionais (*op.cit.* p. 203). No mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 80, aduz que ainda que a Constituição não repugne a identificação de normas de pesos diferentes, "a fixação de rigorosa hierarquia netre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando também a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico".

¹²⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 251-252. Em sentido similar, poder-se-ia sustentar um maior ônus argumentativo para a ponderação de direitos protegidos por cláusulas pétreas no texto da CRFB/88, mas não na existência de uma hierarquia absoluta ou rígida de direitos individuais sobre os demais. Contra, sustentando que a ponderação de direitos fundamentais colidentes deva se guiar a partir de uma "hierarquização axiológica dos direitos humanos fundamentais, com os de 1ª geração se sobrepondo aos de 2ª e estes aos de 3ª geração, com hierarquização também no seio de cada geração dada a maior essencialidade de uns em relação aos outros": MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Direitos Fundamentais*. In: *Tratado de Direito Constitucional 1*. Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira/NASCIMENTO, Carlos Valder do. 2a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 348.

¹²⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 252.

¹²⁹ Luís Roberto Barroso atinge resultados semelhantes através do princípio da razoabilidade, ligado à garantia do devido processo legal, e de origem anglo-saxã (*due process of law*), remontando à cláusula *law of the land* da Magna Carta, e positivado pelas 5ª e 14ª Emendas à Constituição norte-americana, inicialmente revestindo-se de caráter processual

de Direito, e se subdividiria em três subprincípios: o da adequação, que exige que as medidas adotadas tenham aptidão, em tese, para conduzir aos resultados almejados; o da necessidade, que impõe ao legislador a opção pelo meio menos gravoso para atingir sua finalidade; e o da proporcionalidade em sentido estrito, que preconiza que a ponderação entre os efeitos positivos da norma e os ônus dela decorrentes deve ser positiva, isto é, que a norma traga benefícios superiores às desvantagens que ocasiona.¹³⁰ Ademais, deve-se buscar - tanto quanto possível - o respeito ao núcleo essencial¹³¹ de cada direito fundamental submetido à ponderação, ainda que não seja viável traçá-lo de forma abstrata e absoluta, mas apenas à luz do caso concreto.¹³²

MENDES ressalva que o estabelecimento de objetivos e a definição de meios adequados pressupõe decisão de índole político-econômico-social, exigindo uma postura cautelosa do Judiciário no exame da adequação e necessidade das medidas legislativas, que não se traduz, contudo, numa

para em seguida admitir um cunho substantivo, abrindo espaço para exame de mérito dos atos do Poder Público e ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental (*op.cit.*, p. 218-220), sendo parâmetro para aferir se os atos do Poder Público estão informados pelo valor superior da Justiça (*op.cit.*, p. 224), através da análise da *razoabilidade interna* - que diz com a relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins, e *razoabilidade externa* - relativa à adequação do ato ou lei com os meios e fins admitidos pelo texto constitucional (*op.cit.*, p. 226). O autor defende que o princípio da razoabilidade, derivado da cláusula do devido processo legal substantivo, guarda em linhas gerais uma relação de fungibilidade com o princípio da proporcionalidade (*op.cit.*, p. 224). V. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6a. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 218-232. Neste sentido, v. tb. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 87. Diante da fungibilidade anotada entre os princípios, e da matriz romano-germânica da teoria dos princípios adotada nesta dissertação, segue-se a análise da ponderação com base no princípio da *proporcionalidade*, que é mais facilmente sindicável, por dispor de maior precisão, decorrente do critério trifásico estabelecido para sua implementação, cf. FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p.161.

¹³⁰ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais, 2a. Ed. Revista e Atualizada*. Org. Ricardo Lobo Torres. Ed. Renovar. Rio de Janeiro:2001, p. 58. Gilmar Ferreira Mendes narra que o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) syndica a adequação (*Geeignetheit*) e necessidade (*Erforderlichkeit/Notwendigkeit*) do ato legislativo para atingir os fins colimados, limitando a liberdade de conformação do legislador, vedando medidas contraditórias, incongruentes, irrazoáveis ou inadequadas entre meios e fins, através da proibição do excesso (*Übermassverbot*), derivada do Estado de Direito. V. MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 46-51 Quanto à adoção das grafias *Verhältnismäßigkeitsprinzip* e *Übermassverbot* em vez de *Verhältnismäßigkeitprinzip* e *Übermaßverbot*, v. as observações feitas na nota de rodapé no início deste capítulo, sobre a grafia *Untermassverbot*, também aqui aplicáveis.

¹³¹ V. MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41-46, discorrendo sobre a necessidade de proteção ao núcleo essencial de cada direito fundamental, expressamente exigida pelas constituições alemã, espanhola e portuguesa, para evitar o esvaziamento de um direito fundamental pela ação do legislador: para os adeptos da teoria absoluta do núcleo essencial, este seria substancialmente autônomo, abstrato e intangível, independente de qualquer situação concreta; para a teoria relativa, ele seria definido em cada caso após a ponderação de interesses realizada sob o princípio da proporcionalidade. (*op.cit.*, p. 41-45).

¹³² Daniel Sarmento aponta CANOTILHO e VIEIRA DE ANDRADE como autores que sustentam a teoria absoluta do conteúdo essencial de cada direito fundamental, e ALEXY e HÄBERLE dentre os que defendem a teoria relativa do conteúdo essencial, que acabariam reconduzindo a proteção do núcleo fundamental ao próprio princípio da proporcionalidade. Em conclusão, aduz que a teoria absoluta cria situações insustentáveis que conduziriam a um *non liquet*, como no conflito entre o direito à privacidade e a liberdade de imprensa, não sendo apta ao processo decisório das questões constitucionais mais complexas. V. SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais, 2a. Ed. Revista e Atualizada*. Org. Ricardo Lobo Torres. Ed. Renovar. Rio de Janeiro:2001, p. 60-61.

atitude demissionária quanto a este controle. Assim, respeitado um largo espectro de discricionariedade concedido à decisão política do legislador, dotado de legitimidade democrática, permite-se a análise da adequação, necessidade e do custo-benefício em casos extremos de excesso ou omissão legislativa.¹³³

Assim, ainda que a ponderação - como todos os outros processos destinados a solucionar problemas constitucionais - não ofereça *fórmula mágica que permita chegar a uma única resposta correta*¹³⁴, trata-se de procedimento racional, transparente e controlável, apto a conciliar o reconhecimento da dupla dimensão dos direitos fundamentais pela CRFB/88 com o âmbito de liberdade do legislador democrático, consagrando-se a normatividade de princípios constitucionais destinados a vincular todas as esferas de atuação do Poder Público, inclusive a legislativa, ao respeito e proteção dos direitos fundamentais.¹³⁵

É preciso, então, analisar a construção e reconhecimento dos deveres estatais de proteção dos direitos fundamentais, o que será realizado no tópico a seguir.

2.4 A eficácia dos direitos fundamentais em face de particulares e dos deveres estatais de proteção:

Uma das características do neoconstitucionalismo é o reconhecimento de que a força normativa da Constituição se projeta sobre todo o ordenamento jurídico, sendo a ordem constitucional a fonte reguladora tanto do poder político como da sociedade civil, não sendo mais possível conceber o direito constitucional como dissociado do direito privado.¹³⁶ Surge, pois, a concepção de eficácia horizontal, ou perante terceiros, dos direitos fundamentais (*Drittwirkung der Grundrechte*)¹³⁷, que passam a ser vistos não apenas na relação do indivíduo com o Estado, mas também nas relações interindividuais, protegendo os indivíduos de violações a seus direitos fundamentais perpetradas por outros indivíduos ou poderes privados. Partindo do pressuposto da supremacia e rigidez constitucional, da superação do paradigma do Estado Liberal de Direito e da constatação de que o fenômeno do poder não é exclusivo das relações com o Estado, manifestando-se também na sociedade civil, a Constituição passou a ser compreendida como trazendo uma *ordem de valores da comunidade*,

¹³³ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 46-50. Como anota André de Carvalho Ramos, o princípio aplica-se também às omissões administrativas, fiscalizando quaisquer atos estatais excessivamente insuficientes para promover um direito. V. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2a.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 116. A vertente do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente será analisada com detalhes no item 2.5 infra.

¹³⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 273.

¹³⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit., p. 286-287.

¹³⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit. p. 432.

¹³⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit., p. 443-444.

a reger também as relações interindividuais.¹³⁸ Assim, o indivíduo passa a ter direitos fundamentais garantidos não apenas em face do Estado, mas *por intermédio do Estado, que deve buscar assegurá-los contra agressões de outros indivíduos e poderes privados*. Como afirma PEREIRA:

É intuitivo que, quando se vislumbra os direitos fundamentais a partir de sua finalidade - a qual é, em suma, assegurar níveis máximos de autonomia e dignidade aos indivíduos - torna-se pertinente sua aplicação em todas as situações nas quais possa ser comprometida essa esfera de autonomia, sendo irrelevante se isto ocorre em decorrência da atuação de um poder privado ou do público. Se uma das partes encontra-se em situação de sujeição, seu poder de autodeterminação resta aniquilado, não havendo como cogitar-se de aplicação do princípio da liberdade.¹³⁹

Por sua vez, CANARIS considera que o reconhecimento da função dos direitos fundamentais como imperativos de proteção torna supérflua a utilização da teoria da eficácia de irradiação dos direitos fundamentais, uma vez que sua eficácia perante terceiros ocorrerá de forma mediata, na medida em que o Estado agir para o cumprimento de seu imperativo de tutela, dentro dos limites traçados pelo legislador, atendido, em todos os casos, um parâmetro mínimo de proteção.¹⁴⁰

Assim, reconhece-se um dever estatal de proteção dos direitos fundamentais frente a agressões, inclusive aquelas provenientes de particulares, ainda que de forma mais tênue do que ocorre em relação à vedação do excesso.¹⁴¹ Isto porque, ao revés dos ilícitos decorrentes de *ações* estatais, a responsabilidade estatal por ilícitos concomitantes a *omissões* estatais na tutela ou proteção de direitos fundamentais exige um maior ônus argumentativo, uma vez que o Estado dispõe de variados meios para protegê-los e tutelá-los: assim, nas lesões interindividuais, é preciso avaliar as diversas possibilidades de ação disponíveis ao Estado para que se possa dizer que os ilícitos *decorreram*, ou ao menos foram propiciados, pela omissão estatal e que, conseqüentemente, esta violou direitos fundamentais.

Por outro lado, uma vez reconhecida a existência de um *imperativo de tutela* estatal de um direito fundamental, deve ser indagada a questão acerca à *suficiência dos meios* a serem empregados para esta proteção, sendo vedada a proteção deficiente.¹⁴² Aqui, na análise da legitimidade da

¹³⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 452-453.

¹³⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 456.

¹⁴⁰ CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Edições Almedina, 2012, p. 52-60.

¹⁴¹ Canaris aduz que a eficácia da função de imperativo de tutela é mais fraca do que aquela relativa a proibições de intervenção, porquanto em regra deve ser intermediada pelo legislador, que regulará a forma pela qual será assegurada a tutela estatal. V. CANARIS, Claus Wilhelm, op. cit., p. 66-68 e 103. A necessidade de tutela, por sua vez, é reconhecida sobretudo nos casos de intervenções ilícitas que atentem contra direitos fundamentais, como a utilização de violência ou contra a vida, saúde, liberdade e propriedade (idem, p. 107-108), sendo mais diluída, p.ex., no caso de proteção a direitos da personalidade, como a honra e a privacidade, onde há maior discricionariedade por parte do legislador para delimitar o âmbito de proteção. (idem, p. 109).

¹⁴² CANARIS, Claus Wilhelm, op.cit, p.122-123.

escolha estatal acerca de *como* tutelar os direitos fundamentais, há de se conceder considerável margem de discricionariedade ao legislador para deliberar sobre o conflito e a melhor maneira de solucioná-lo.¹⁴³

Contudo, não se pode concordar com uma discricionariedade *ilimitada* por parte do legislador neste ponto, devendo o espaço de decisão, ainda que amplo, ser limitado pelos direitos constitucionais em jogo, e a solução encontrada ser minimamente proporcional à necessidade concretização dos direitos fundamentais. CANARIS concede tão amplo espaço de discricionariedade ao legislador para a efetivação de imperativos de tutela que nega, por exemplo, fundamento constitucional ao direito de filho nascido fora do casamento em conhecer informações sobre sua paternidade, aduzindo que cabe ao legislador ponderar seu interesse com, por exemplo, o interesse da mãe em não ver revelados seus parceiros sexuais da época e com o interesse destes em terem sua privacidade garantida.¹⁴⁴ Neste exemplo, assim como nos casos de graves violações a direitos humanos - a discricionariedade do legislador, conquanto ampla, não pode ser ilimitada, sendo condicionada pela necessidade de efetiva e proporcional ação estatal para assegurá-los.¹⁴⁵ Dessa forma, se cabe ao legislador um amplo espaço de decisão acerca da forma de proteção dos direitos fundamentais, por outro lado, derivando os imperativos de tutela da norma constitucional, este âmbito se vê delimitado pela exigência de que a proteção seja suficiente e proporcional à gravidade das lesões a direitos fundamentais.

Assim, ainda que a configuração da *forma* pela qual o Estado irá cumprir o imperativo de tutela seja realizada através do legislador, aduz CANARIS que *a força dirigente* decorre da Constituição e, por conseguinte, "o direito infraconstitucional tem de ser desenvolvido quando não satisfaz os imperativos de proteção dos direitos fundamentais - se necessário até mesmo por um ato do legislador"¹⁴⁶, quando não puder ser construído através da interpretação e da via jurisprudencial.¹⁴⁷

Estabelecem-se, pois, as premissas para o desenvolvimento dogmático de *mandados constitucionais de proteção de direitos fundamentais* (como imperativos de tutela) contra agressões públicas ou privadas, vinculantes ao Poder Legislativo, assim como à interpretação do direito infraconstitucional pela Administração e pelo Poder Judiciário, sendo vedada a proteção deficiente¹⁴⁸. Como aduz PEREIRA, a teoria dos deveres estatais de proteção exige que o Estado atue no sentido de

¹⁴³ CANARIS, Claus Wilhelm, op.cit., p. 66-68, 91-93.

¹⁴⁴ CANARIS, Claus Wilhelm, op.cit, p. 91-93.

¹⁴⁵ Canaris expõe que quanto maior o nível do direito fundamental afetado, mais severa a intervenção (privada) que se ameaça ou realiza, menores as possibilidades da vítima de se defender e menor o peso dos interesses contrapostos em praticar a conduta lesiva, mais será de se reconhecer um dever jurídico-constitucional de proteção. CANARIS, Claus Wilhelm, op.cit, p. 114.

¹⁴⁶ Idem, p. 116.

¹⁴⁷ Idem, p. 116, isto é, "*nas hipóteses em que a realização do imperativo de tutela pelos órgãos jurisdicionais ultrapassaria os limites de admissibilidade de um desenvolvimento judicial do direito*". Para análise da limitação da eficácia dos mandados de criminalização ante o limite do princípio da legalidade, vide item 5.2.

¹⁴⁸ Canaris sustenta que a proibição de proteção deficiente é aplicável tanto no caso de omissão legislativa como na aplicação e interpretação do direito. Idem, p. 124.

tentar prevenir lesões a bens jurídicos fundamentais, podendo impor ao legislador, inclusive, a criminalização de condutas atentatórias aos direitos fundamentais,¹⁴⁹ o que será objeto do próximo item.

2.5 A dupla face da proporcionalidade: a vedação da proteção de deficiente (*Untermassverbotprinzip*) e os mandados implícitos de criminalização.

Ante a evolução histórica dos direitos fundamentais, entendidos tanto como deveres de abstenção como de tutela estatal, percebe-se que o imperativo da proporcionalidade incide tanto para impedir excessos como para obstar a proteção estatal insuficiente. Os direitos fundamentais, instituídos por normas principiológicas que trazem comandos de otimização, abrem uma ampla esfera de apreciação ao legislador em sua atividade regulamentadora e conformadora: contudo, sua discricionariedade não é ilimitada, sendo contido pelo imperativo da proporcionalidade, em sua dupla perspectiva.

Para o estudo da hipótese dos mandados de criminalização, este debate deve ser transposto para a seara penal, onde os bens jurídicos protegidos constituem concretizações de valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais.¹⁵⁰ STRECK defende que também neste âmbito é preciso superar a contraposição maniqueísta entre Estado *mau* e sociedade *boa*, que deveria ser *protegida* do *Leviatã* por meio do Direito, reconhecendo, numa visão garantista integral (negativa e positiva) do Direito Penal, que se de um lado há a proibição de excesso (*Übermassverbot*), de outro existe a proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*).¹⁵¹

Assim, na medida em que a Constituição figura como o começo e o fim do sistema jurídico-social, há uma alteração na amplitude da discricionariedade estatal, legislativa ou administrativa. No campo legislativo, o paradigma do novo constitucionalismo se traduz em menor discricionariedade do legislador, que passa a ser compelido por obrigações constitucionais, explícitas e implícitas, de criminalização, sendo pautado pela Constituição e pelo Direito Internacional para o combate a (graves) violações de direitos fundamentais.¹⁵² Entretanto, tais obrigações não se esgotam no campo

¹⁴⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 462-469.

¹⁵⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e constituição: da proibição do excesso (übermassverbot) à proibição da proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. In: Revista da Ajuris, ano XXXII, n. 97, Porto Alegre: AJURIS, 2005. p. 171-202, secundando Figueiredo Dias.

¹⁵¹ Idem, p. 175. Conclui STRECK que "analisar o Direito Penal sob a ótica do Estado Democrático de Direito e do (neo)constitucionalismo que o engendrou implica, necessariamente, levar em conta das mudanças paradigmáticas ocorridas no campo do Estado e do Direito. Consequentemente, torna-se necessário romper com a ideia de que há uma contradição insolúvel entre Estado e Sociedade ou entre Estado e Indivíduo", não sendo necessariamente, na atual quadra da história, o Estado opressor, podendo e devendo ser visto como "amigo dos direitos humanos-fundamentais". Idem, p. 197.

¹⁵² Em sentido semelhante, Idem, p. 176.

normativo, estendendo-se o dever estatal também ao campo fático da promoção de adequada investigação e persecução penal, máxime em caso de graves violações a direitos fundamentais, sob pena de descumprimento do dever estatal de proteção ao livre exercício dos direitos fundamentais e de incentivo a reiteração ou perpetuação dos abusos.¹⁵³

Com efeito, também na esfera penal poderá o Estado frustrar seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos), tal qual vem sendo reconhecido por expressiva doutrina¹⁵⁴ e jurisprudência.¹⁵⁵ Assim, nesta seara (tanto no que tange ao direito material quanto o processual), resulta "inequívoca a vinculação entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado".¹⁵⁶

LUISI afirmava já em 1993 que o novo direito criminal mescla, em convívio por vezes tenso, os princípios liberais do *Rechtsstaat* (Estado Liberal de Direito) com "as exigências de proteção dos valores transindividuais e os imperativos de justiça material", provenientes da ordem constitucional do *Sozialstaat* (Estado Social de Direito), traduzindo a necessidade de proteção de bens coletivos, inclusive pelo instrumento penal.¹⁵⁷ O autor retoma o trabalho de PALAZZO sobre a crescente influência da Constituição sobre o Direito Penal, para quem "o binômio *Rechstaats-/Sozialstaatsprinzip* encontra-se na base das indicações constitucionais relativas ao conteúdo da lei penal", penetrando a norma constitucional em território originariamente dominado apenas pela política criminal, para conformar o legislador.¹⁵⁸ Analisando as Constituições italiana, alemã e espanhola sobre os mandados expressos de criminalização, PALAZZO indaga "se junto às expressas cláusulas de penalização, outras não existem tacitamente", para responder em seguida de forma afirmativa, "pelo papel que podem representar na observância do princípio generalíssimo da *ragionevolezza*"¹⁵⁹, sendo

¹⁵³ Nesse sentido, PIOVESAN, Flávia *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ªed. rev. e atual - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 425-426. No mesmo sentido, Marcos Maselli Gouvêa elenca dentre os direitos fundamentais prestacionais, os *direitos à proteção*, isto é, "*direitos do titular de direito fundamental frente ao Estado para que este o projeta de intervenções de terceiros*", abrangendo garantias *normativas ou materiais*. Aduz o autor que "*o direito à tipificação de um crime contra a pessoa e à alocação de policiais numa determinada circunscrição constituem exemplos de diferentes configurações deste direito à proteção*". V. GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 9.

¹⁵⁴ V. item 2.5.4 infra.

¹⁵⁵ V. item 2.5.5. infra.

¹⁵⁶ V. SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 47. São Paulo: 2004, p. 60-89.

¹⁵⁷ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2a Ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 12-15.

¹⁵⁸ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal: um estudo comparado*. trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989, p. 77

¹⁵⁹ PALAZZO, Francesco C., op.cit., p. 105. O autor reafirma a relação intrínseca dos mandados constitucionais implícitos de criminalização com o princípio da razoabilidade, na formulação italiana, equivalente funcional à proporcionalidade alemã. A menção às *cláusulas expressas de penalização* é relacionada no texto à expressão alemã *Verfassungsrechtliche Pönalisierunggebote*, traduzível como *mandamentos* ou *mandados constitucionais de penalização*.

possível à Corte Constitucional enunciar abstratamente obrigações constitucionais de tutela penal, bem como analisar a constitucionalidade de lei *insuficientemente tutelativa* de um determinado bem ou interesse constitucionalmente protegido e de leis descriminalizantes.¹⁶⁰

Dessa forma, a par de uma área de criminalização *vedada* ao legislador por imperativo constitucional e de outra criminalização *possível* ou *permitida*, ao livre arbítrio do legislador, democraticamente eleito, que dispõe de legitimidade para a escolha da melhor política criminal, haveria um espaço em que, por força da Constituição e do Direito Internacional, a criminalização seria obrigatória¹⁶¹, sendo dever do Estado, ainda, a promoção de adequada investigação e persecução: tal quadro se veria presente, pois, quando da ocorrência de graves violações de direitos humanos.

Defendendo a juridicidade dos mandados constitucionais implícitos de criminalização, TURESSI aduz que "valores constitucionalmente consagrados, como, por exemplo, o direito à vida e à integridade física, ainda que inexistente mandado expresso de criminalização, não podem prescindir do Direito Penal como instrumento de efetiva proteção".¹⁶² Em sentido similar, GONÇALVES aduz que a obrigação tácita de criminalizar fundada na Constituição pressupõe a utilização das duas vertentes do princípio da proporcionalidade: a vedação do excesso e a proibição da proteção deficiente, caso a proteção passível de ser outorgada por outros mecanismos de controle social (como o Direito Civil ou Administrativo, por exemplo), se mostrem inadequados ou insuficientes. Assim, ainda que esta análise seja atribuída, em princípio, ao Poder Legislativo, ante o princípio da reserva legal, as leis - e omissões legislativas - são sindicáveis em sede de controle de constitucionalidade, para análise das duas vertentes do princípio da proporcionalidade, ante a máxima efetividade dos direitos fundamentais e o princípio da universalidade da jurisdição.¹⁶³

A questão se encontra inserida no contexto da problemática maior da tensão entre a soberania popular - representada pelo legislador eleito - e os direitos humanos, entendidos aqui no âmbito do dever estatal de proteção (*Schutzpflicht*). As democracias modernas se caracterizam pela mediação equidistante desta tensão, tomando em consideração que o respeito aos direitos humanos pressupõe a

¹⁶⁰ PALAZZO, Francesco C, op.cit., p.106-110, ainda que ressalvando que a Corte Constitucional italiana não tem os mesmos poderes concedidos ao TCF alemão para *reordenar a disciplina legislativa de forma vinculante e provisória* enquanto o legislador não modifique a legislação de acordo com os condicionamentos estabelecidos judicialmente pelo TCF.

¹⁶¹ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2a ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 65-81.

¹⁶² TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos. Proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 174. Em sentido semelhante, BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11a. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 90.

¹⁶³ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 136-139, aduzindo que as omissões constitucionais em cumprimento de mandados implícitos de criminalização podem ser objeto de mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou arguição de descumprimento de preceito fundamental, bem como que o reconhecimento dos mandados implícitos - limitados à tutela de direitos fundamentais - funciona como óbice à eventual descriminalização - e mesmo à redução da esfera de proteção, por força da proibição do retrocesso.

legitimidade das escolhas da maioria. HABERMAS defende que esta coesão interna entre direitos humanos e soberania popular exige que a soberania popular (exercida pela prática civil do uso público das liberdades comunicativas) seja cumprida por meio dos direitos humanos, já que estes é que possibilitam a autodeterminação dos cidadãos.¹⁶⁴ Assim, transpondo a discussão para o Direito Penal, se uma maioria - representada pelo Legislativo - pretender, por exemplo, não sancionar ou descriminalizar a prática da tortura de detentos ou de racismo, ou mesmo decidir permiti-las através de causas justificantes amplas como "a necessidade do esclarecimento de fato penal mais grave", tal decisão não poderá prosperar: aqui, o princípio da soberania popular, representado pela vontade do legislador, sucumbirá em favor da necessidade de proteção aos direitos humanos das vítimas, ainda que contra a vontade da maioria utilitarista ou racista. Assim, não se pode olvidar que o poder punitivo estatal pode ser usado de modo arbitrário *tanto* através de seu *exercício como* através de sua *omissão*¹⁶⁵, deixando indefesas as vítimas hipossuficientes ante seus agressores, em especial quando detentores de poder (político, militar, paramilitar, econômico etc) e beneficiados pela cumplicidade ou tolerância de agentes públicos.¹⁶⁶ Como salienta BARROSO, o Estado pode violar a Constituição também por não resguardar adequadamente determinados bens, valores ou direitos, conferindo a eles proteção deficiente, "seja pela não tipificação de determinada conduta, seja pela pouca severidade da pena prevista. Nesse caso, a violação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá na modalidade da vedação da insuficiência".¹⁶⁷

2.5.1 Distinção dos âmbitos de aplicação da vedação da proteção deficiente e de mandados implícitos de criminalização:

É preciso assinalar, aqui, que o objeto de estudo da presente dissertação se limita a analisar a construção de um dever de tutela penal - imposto pela norma constitucional e/ou pelo DIDH - em face de graves violações a direitos humanos ou fundamentais. Assim, o objeto da pesquisa científica será adstrito a fatos que ensejem graves atentados dolosos contra os direitos fundamentais à vida, integridade e liberdade física e graves violações a direitos humanos, mormente quando praticadas por agentes do Estado, ou propiciadas por sua omissão, tolerância, incapacidade ou indiferença, ainda que

¹⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. "Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e democracia" In: *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p.285 e ss.

¹⁶⁵ VIGANO, Francesco. L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali. In *Studi in onore di Mario Romano. IV*. Jovene Editore. Napoli, 2011, p. 2.703-2.704.

¹⁶⁶ De forma semelhante, aduz Jack Donnelly: "não basta a um Estado não causar danos: o Estado deve também proteger indivíduos contra abusos praticados por outros indivíduos ou grupos. O direito à segurança pessoal, por exemplo, diz respeito à segurança contra ataques físicos por parte de atores privados e não apenas por ataques por agentes públicos. O Estado, embora precise ser domado, hoje é a principal instituição em que se pode contar para disciplinar forças sociais não menos perigosas para direitos, interesses e para a dignidade de indivíduos, famílias e comunidades". DONNELLY, Jack, *op.cit.*, p. 35.

¹⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4a. Ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 408.

praticadas por particulares. Neste âmbito, estudar-se-ão os fundamentos e críticas dos mandados implícitos de criminalização, primária e secundária.

Se, por um lado, o fundamento constitucional dos mandados de criminalização reside no princípio constitucional da proporcionalidade, na vertente da vedação da proteção deficiente (*Untermassverbot*), anota-se desde logo que este princípio pode ser usado para além do âmbito da presente dissertação: assim, o postulado da vedação da proteção deficiente pode incidir sobre o dever estatal de tutela de direitos sociais, trabalhistas, previdenciários ou assistenciais, abarcando também os meios extrapenais de tutela.

Neste sentido, fala-se na necessidade de se promover, tutelar e implementar direitos sociais, incidindo a vedação da proteção deficiente no direito privado, no direito ambiental, no direito ao reconhecimento e proteção indígena e de minorias (como quilombolas, por exemplo), no biodireito¹⁶⁸, na consolidação institucional de órgãos que prestam assistência jurídico-processual, como a Defensoria Pública¹⁶⁹ e no processo civil coletivo.¹⁷⁰ Da mesma forma, o princípio da vedação da proteção

¹⁶⁸ V. voto-vencido do Min. Gilmar Mendes no julgamento da constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias, onde considerou que a proteção outorgada pela Lei 11.105/2005 aos embriões humanos era insuficiente pela falta de instituição de órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco embrionárias, violando o princípio da proporcionalidade na faceta da vedação de proteção deficiente, propondo interpretação conforme a Constituição para que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias fosse condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde. Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. ADI 3.510. Rel. Min. Carlos Britto. Julgado em 29 de maio de 2008. DJe 28.05.2010. Voto-vencido do Min. Gilmar Mendes.

¹⁶⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2a Turma. AI 598.212-ED/PR. Rel. Min Celso de Mello. julgamento em 25.03.2014. DJe 24.04.2014:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – DEFENSORIA PÚBLICA – IMPLANTAÇÃO – OMISSÃO ESTATAL QUE COMPROMETE E FRUSTRA DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PESSOAS NECESSITADAS – SITUAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE INTOLERÁVEL – O RECONHECIMENTO, EM FAVOR DE POPULAÇÕES CARENTES E DESASSISTIDAS, POSTAS À MARGEM DO SISTEMA JURÍDICO, DO “DIREITO A TER DIREITOS” COMO PRESSUPOSTO DE ACESSO AOS DEMAIS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS – INTERVENÇÃO JURISDICIONAL CONCRETIZADORA DE PROGRAMA CONSTITUCIONAL DESTINADO A VIABILIZAR O ACESSO DOS NECESSITADOS À ORIENTAÇÃO JURÍDICA INTEGRAL E À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITAS (CF, ART. 5º, INCISO LXXIV, E ART. 134) – LEGITIMIDADE DESSA ATUAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES – A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA E A ESSENCIALIDADE DESSA INSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – “THEMA DECIDENDUM” QUE SE RESTRINGE AO PLEITO DEDUZIDO NA INICIAL, CUJO OBJETO CONSISTE, UNICAMENTE, na “criação, implantação e estruturação da Defensoria Pública da Comarca de Apucarana” – RECURSO DE AGRAVO PROVIDO, EM PARTE. (...) - **de nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional**, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por

deficiente é utilizado para a proteção penal de bens jurídicos ligados ao meio ambiente¹⁷¹, à ordem econômica e tributária¹⁷², ou mesmo ligados à probidade administrativa e ao combate à corrupção.¹⁷³

Tais construções, conquanto reafirmem as premissas acima deduzidas, não dizem respeito ao objeto desta dissertação, que indaga acerca dos mandados de criminalização - primária e secundária, decorrentes do princípio constitucional da proporcionalidade (na vertente da vedação da proteção

peças necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República. - **O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. (...) - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse “non facere” ou “non praestare” resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.** Precedentes (ADI 1.458-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Doutrina. - **É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, se e quando se registrar situação configuradora de inescusável omissão estatal, que se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.** Precedentes. Doutrina. - A função constitucional da Defensoria Pública e a essencialidade dessa Instituição da República: a transgressão da ordem constitucional – porque consumada mediante inércia (violação negativa) derivada da inexecução de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art. 5º, LXXIV, e art. 134) – **autoriza o controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Estado e permite aos juízes e Tribunais que determinem a implementação, pelo Estado, de políticas públicas previstas na própria Constituição da República, sem que isso configure ofensa ao postulado da divisão funcional do Poder.** Precedentes: RTJ 162/877-879 – RTJ 164/158-161 – RTJ 174/687 – RTJ 183/818-819 – RTJ 185/794-796, v.g.. Doutrina." (grifos nossos).

¹⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. REsp 1.119.377-SP. Rel. Min. Humberto Martins. julgado em 26.08.2009, reconhecendo que impedir o Ministério Público de propor execução de acórdão do TCE que determinava o ressarcimento ao erário municipal violava a vedação da proteção deficiente: "(...) *Todavia, quando o sistema de legitimação ordinária falha, surge a possibilidade de o Parquet, na defesa do patrimônio público, e não da Fazenda Pública, atuar como legitimado extraordinário. Conferir à Fazenda Pública, por meio de suas procuradorias judiciais, a exclusividade na defesa do patrimônio público consubstancia interpretação restritiva que vai de encontro à ampliação do campo de atuação conferido pela CF/1988 ao MP, bem como leva a uma proteção deficiente do bem jurídico tutelado. Por isso é que o MP possui legitimidade extraordinária para promover ação de execução do título formado pela decisão do TCE, com vistas a ressarcir ao erário o dano causado pelo recebimento de valor a maior pelo recorrido.* Precedentes citados: REsp 922.702-MG, DJe 27/5/2009; REsp 996.031-MG, DJe 28/4/2008; REsp 678.969-PB, DJ 13/2/2006, e REsp 149.832-MG".

¹⁷¹ Sobre a necessidade constitucional de tutela penal de bens jurídicos ligados ao meio ambiente, incluída a segurança do trabalho, v. TURESSI, Flávio Eduardo *Bens jurídicos coletivos. Proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 161-180. O autor desenvolve a legitimidade da expansão do Direito Penal para a tutela do meio ambiente no Brasil, de forma a concretização de mandado expresso de criminalização e o princípio constitucional da precaução em matéria ambiental, propondo como reflexos a admissibilidade de tipos abertos (desde que permitam a delimitação de seu âmbito), de normas penais em branco, de tipos de perigo abstrato (ressalvada a necessidade de proporcionalidade das sanções) e da responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Op. cit.*, p. 190-236.

¹⁷² Vide, por exemplo, a propositura da ADI nº 4.273 pelo PGR, ainda pendente de julgamento, com relação violação do princípio da vedação da proteção deficiente com relação à causa de extinção da punibilidade dos crimes tributários pelo pagamento do débito fiscal, referida no item 2.5.5, para ilustrar o uso jurisprudencial do princípio da vedação da proteção deficiente.

¹⁷³ Márcia Dometila Lima de Carvalho discorre sobre uma necessidade constitucional de se criminalizar "a grande criminalidade econômica que compõe um Direito Penal Econômico lato sensu, incluindo o Direito Penal Financeiro, Ambiental, Tributário, etc", importando a magnitude dos interesses lesados, como marca registrada do crime econômico-constitucional, salientando a necessidade de maior sistematização legal da matéria e a impossibilidade constitucional do tratamento da macrocriminalidade no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. V. CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 89-123.

deficiente) e/ou de normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, relativamente a *graves violações de direitos humanos ou fundamentais*. Assim, não serão desenvolvidas todas as potencialidades - penais ou extrapenais - do princípio da vedação da proteção deficiente, senão apenas no que interessar ao objeto da investigação. Por outro lado, este corte permite que o estudo não se limite aos mandados *constitucionais* de penalização, abrangendo também os deveres oriundos de fontes normativas internacionais, notadamente do DIDH, abrangendo o instituto em sua completude de fundamentos e consequências, dentro do escopo delimitado.

Buscar-se-á, pois, perquirir sobre todos os fundamentos do instituto (constitucionais ou internacionais), bem como explorar todas as suas potencialidades (dever de criminalização não apenas primária mas também secundária, relativo à inexistência de obstrução normativa (ou fática) à persecução de graves violações de direitos humanos ou fundamentais, bem como à implementação de políticas públicas de segurança pública, investigação e persecução penal.

2.5.2 Distinção entre o espaço legítimo de penalização (dignidade penal) e o espaço obrigatório de penalização.

No plano normativo, é preciso deixar claro que nem todo o espaço legítimo de criminalização enseja a obrigatoriedade desta; ao revés, a regra é a ampla liberdade de decisão e conformação do legislador acerca de como dispor sobre condutas que causem danos ou riscos a bens jurídicos. Assim, ainda que incontestemente a danosidade social de uma conduta, tal circunstância não gera *ipso facto* a *necessidade* da tutela penal, senão apenas sua *possibilidade*, facultando ao legislador a decisão criminalizadora.¹⁷⁴

Não é sustentável, pois, uma fusão conceitual entre a *dignidade penal* de um bem jurídico, que habilita eventual decisão legislativa criminalizante, e a *carência* ou *necessidade* de criminalização, a ser avaliada pelo legislador, que decidirá acerca do *se* e do *como* de eventual tipificação, uma vez presente a dignidade penal.¹⁷⁵ A separação constitucional de poderes e a legitimidade democrática do legislador veda, pois, que o Poder Judiciário, a pretexto de melhor decidir, imponha suas visões pessoais de mundo: dissensos sociais sobre temas controvertidos devem ser objeto de discussão e deliberação parlamentar, onde os diversos pontos de vista podem ser expostos dialeticamente, na

¹⁷⁴ Note-se que, ao contrário, no plano das políticas públicas, o administrador *está vinculado* pelas normas constitucionais, pelo DIDH e pelas escolhas infraconstitucionais tomadas pelo *legislador*, não lhe cabendo um âmbito tão amplo de discricionariedade como aquele concedido ao legislador. Assim, ainda que possa priorizar a repressão e investigação de certos delitos, não poderá o agente público por exemplo, decidir *sponte propria* não impedir a prática, não investigar ou não promover a persecução penal de determinada conduta, caso haja o legislador tenha optado por criminalizá-la.

¹⁷⁵ Luiz Carlos dos Santos Gonçalves esclarece que a dignidade (*Strafwürdigkeit*) e necessidade (*Strafbedürftigkeit*) de criminalização devem ser aferidas caso a caso na hipótese de mandados implícitos de criminalização, consoante o princípio da proporcionalidade em sua dupla face; ao revés, tratando-se de mandados explícitos de criminalização, a própria Constituição já traz a decisão criminalizante, não deixando opção acerca da dignidade e necessidade penal (o *se* da criminalização) e condicionando a regulamentação acerca do *como*. V. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 135.

busca de uma síntese.¹⁷⁶ Tampouco se requer o Código Penal seja um mero *espelho da Constituição*, sob pena de se anular a margem de discricionariedade concedida ao legislador para fixar a política legislativa, além de impedir a tutela de novos interesses sociais relevantes não existentes à época da edição do texto constitucional. Assim, a relação entre bens jurídicos constitucionais e penais não será necessariamente a de coincidência, senão a de coerência.¹⁷⁷

Não se pode negar, pois, a existência de uma larga margem de conformação constitucionalmente atribuída ao legislador. Entretanto, a discussão que se apresenta é exatamente se esta ampla discricionariedade legislativa é absoluta ou se, em determinados casos excepcionais, pode ser restringida por *deveres* ou *mandados* constitucionais (ou obrigações internacionais supralegais oriundas do DIDH).

Assim, como afirma FELDENS, o âmbito apropriado para a discussão dos mandados implícitos de criminalização são os casos extremos de carência de tutela penal, não abrangendo, pois, situações próprias da zona de transição entre a obrigação e a conveniência constitucional de legislar penalmente:¹⁷⁸ é possível que uma criminalização goze de intensa legitimidade constitucional, sem que por este fato seja *obrigatória* e passível de ser sindicada juridicamente, saindo da área de *livre* conformação legislativa. Isto porque o princípio da vedação da proteção deficiente não incide de forma idêntica à proibição do excesso: enquanto esta veda toda e qualquer medida que se mostrem inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais, analisando uma dada lei ou política concreta, a vedação da proteção deficiente (*Untermassverbot*) pode ser analisada diretamente do texto constitucional, até mesmo na inexistência de uma lei ou política concreta, e declara inconstitucional apenas medidas *manifestamente insuficientes*, não exigindo a adoção daquela *mais eficiente ou rigorosa*, ainda que a uma proteção *mais eficiente* do que a adotada pudesse se afigurar *conveniente*, sob pena de se suprimir a margem de conformação do legislador.¹⁷⁹

Entretanto, discute a doutrina se há casos em que, além de possível - ou mesmo apenas *conveniente* - a tutela penal se faça - constitucional ou internacionalmente - obrigatória, para a proteção de direitos fundamentais de indiscutível essencialidade, em face a agressões de caráter especialmente

¹⁷⁶ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 29.

¹⁷⁷ Nesse sentido, v.tb. FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 94.

¹⁷⁸ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 139.

¹⁷⁹ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 114-116. Em sentido similar, SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 47. São Paulo: 2004, p. 60-89, sustentando a autonomia dogmática da proibição da proteção deficiente frente à proibição do excesso, "*na medida em que uma violação do dever de proteção (só) pode ser reconhecida quando nenhuma medida concreta e adequada é tomada ou as medidas forem inteiramente inadequadas ou ineficazes*".

mais repulsivo.¹⁸⁰ Significativa parte da doutrina, explorando os argumentos constitucionais¹⁸¹ e internacionais¹⁸², responderá afirmativamente a tal indagação: sua tese é a de que os textos constitucionais e o Direito Internacional dos Direitos Humanos exigiriam dos Estados não apenas uma abstenção de violação de certos direitos, como também um dever ativo de proteção destes direitos, inclusive mediante a tutela penal e em face de ataques de particulares, em especial provenientes da macrocriminalidade política¹⁸³, da criminalidade organizada ou quando haja manifesta hipossuficiência da vítima frente ao criminoso. Esta posição obteve o reconhecimento jurisprudencial das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, dos Tribunais Penais Internacionais (*ad hoc*, mistos e permanente) e de várias cortes constitucionais, reproduzindo a visão constitucionalista (ou internacionalista) do Direito Penal cujos fundamentos, críticas, reflexos e viabilidade serão aqui investigados.

Em sentido semelhante, GONÇALVES alerta que a obrigação tácita de criminalizar envolve um juízo de proporcionalidade, em sua dupla forma, atribuído em princípio ao Poder Legislativo. Entretanto, também a omissão legislativa pode ser objeto de controle judicial, prevendo a Constituição brasileira a possibilidade da utilização de mandado de injunção, de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e de arguição de descumprimento de preceito fundamental: assim, ainda que haja um maior espaço de conformação legislativa discricionária, "isto não significa que se trate de Poder indene à verificação de sua atividade ou omissão", devendo o Judiciário coartar condutas, omissivas ou comissivas, que impliquem em desrespeito à Constituição. Assim, em síntese dialética propõe o autor que *como forma de prestigiar o Parlamento* democraticamente eleito deve-se entender que "essas obrigações tácitas de criminalização referem-se, apenas, a direitos fundamentais", em relação aos quais poderia o Judiciário verificar se não haveria proteção deficiente.¹⁸⁴

Em relação aos mandados implícitos de criminalização de origem constitucional, também Maria da Conceição Ferreira da CUNHA defende que nem toda a criminalização legítima, isto é, constitucionalmente possível, será obrigatória, sob pena de não se deixar ao legislador qualquer margem de decisão sobre a melhor política criminal a ser adotada. Ainda que se considere uma criminalização político-criminalmente *desejável*, esta não será, *de regra, obrigatória* ao legislador,

¹⁸⁰ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 136-137.

¹⁸¹ Vide item 2.5 da dissertação.

¹⁸² Vide item 3.2 da dissertação.

¹⁸³ A *macrocriminalidade política*, entendida como o conjunto de ilícitos praticados dentro de uma estrutura de organização, aparato de poder ou outro contexto de ação coletiva fortalecida pela omissão, tolerância, intervenção ou incentivo estatal traz consigo a responsabilidade estatal em assegurar ampla proteção às vítimas, sob pena de regresso a uma situação pré-jurídica da lei do mais forte. Cf. AMBOS, Kai, *Derechos humanos y derecho penal internacional*, in *Temas de Derecho Internacional y Europeo*, Ed. Marcial Pons, Madrid: 2006, p. 22-23.

¹⁸⁴ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 136-138.

salvo quando estivermos tratando do núcleo duro dos valores mais essenciais e estáveis, diretamente ligados à dignidade humana.¹⁸⁵ Também neste sentido, o Tribunal Constitucional Federal alemão reconhece a existência, ao lado da área onde a criminalização é vedada e de uma larga zona intermediária de criminalização possível, um espaço nuclear, *indiscutivelmente* pertencente ao Direito Penal (*Kernbereich des Strafrechts*), que se pode deduzir da ordem constitucional de valores, incluindo as mais graves violações a direitos fundamentais e o funcionamento do Estado Democrático de Direito, em relação aos quais se poderia sustentar a existência de deveres de proteção penal.¹⁸⁶ Neste sentido, TIEDEMANN propõe que num reduzido âmbito de proteção da vida e da integridade corporal, da liberdade ambulatoria e da propriedade sejam reconhecidos *deveres de proteção penal*, derivados dos direitos fundamentais e da ordem constitucional de valores que eles materializam.¹⁸⁷ No Brasil, NILO BATISTA defende que além das funções de fundamento e controle, "o texto constitucional seleciona situações a serem necessariamente tratadas pelo legislador penal, naqueles casos de bens essenciais à vida, à saúde e ao bem-estar do povo: chama-se a isso 'imposição constitucional de tutela penal", anotando que o caráter classista e arbitrário da legislação penal "se manifesta também na omissão ou pachorra da elaboração legislativa" de crimes que possam ser praticados por poderosos.¹⁸⁸ E, acrescente-se, na dificuldade de efetivação de adequada e célere investigação, persecução, julgamento e imposição de pena em relação a estes fatos.

Em relação à sociedade brasileira, pode-se indagar se este não seria o caso das graves e frequentes violações de direitos humanos praticadas por uma macrocriminalidade¹⁸⁹ composta por agentes estatais e grupos paramilitares de milícia, extermínio, pistolagem e narcotraficantes, que

¹⁸⁵ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Constituição e crime - uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Universidade Católica Portuguesa Editora. Coimbra: 1995 op. cit. p. 301-305.

¹⁸⁶ Cf. anota FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 63.

¹⁸⁷ TIEDEMANN, Klaus. *Constitución y Derecho Penal*. Trad. ZAPATERO, Luis Arroyo. Revista Española de Derecho Constitucional, año 11, núm. 33, sep-dic, 1991, p. 167. Disponível em <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=48566>, acesso em 17 de novembro de 2015.

¹⁸⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11a. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 90.

¹⁸⁹ Kai Ambos define *macrocriminalidade* (*Makrocriminalität*), a ensejar a atuação do Direito Penal Internacional (DPI), como "*comportamentos conforme ao sistema e adequados à situação dentro de uma estrutura de organização, aparato de poder ou outro contexto de atuação coletiva*", diferenciando-a da *criminalidade dos poderosos* (*Kriminalität der Mächtigen*), que se refere aos "*fatos cometidos por poderosos em defesa de sua posição de poder*", aduzindo que a *macrocriminalidade política* seria a relativa a crimes de Estado, perpetrados ou propiciados pela intervenção, tolerância, omissão ou fortalecimento estatal de comportamentos macrocriminais. O autor ainda anota que há moderna tendência em se estender o conceito de macrocriminalidade a todas as ameaças criminais de grande dimensão. Cf. AMBOS, Kai, *Derechos humanos y derecho penal internacional*. In: *Temas de Derecho Internacional y Europeo*, Ed. Marcial Pons, Madrid: 2006, p. 21-22. Na presente dissertação, como não se analisa a questão sob a ótica do DPI, mas se investiga a existência de um *dever* - fundado na CRFB/88 e/ou no DIDH - de o próprio Estado promover a tutela penal de direitos fundamentais e humanos, e como estas são praticadas no Brasil tanto por agentes estatais como por grupos armados paraestatais à margem do Estado (realidade com a qual nem todos os países convivem), será utilizado um conceito amplo de macrocriminalidade, para abranger, também, a criminalidade dos poderosos em defesa de sua situação de poder, inclusive de grupos paraestatais, tal qual utilizado, também, pela jurisprudência da Corte IDH, cf. item 3.3.1 infra.

ocupam militarmente áreas de exclusão social habitadas por cidadãos *invisíveis*¹⁹⁰ ao Poder Público e abandonados à opressão¹⁹¹ ante o conluio ou tolerância estatal com o arbítrio que lhes é imposto.

Reitera-se, pois, que o objeto da pesquisa não abrange perquirir sobre a melhor política criminal para furtos, ilícitos a direitos do consumidor, à propriedade intelectual, crimes contra a honra, constrangimento ilegal, lesões corporais, ilícitos aduaneiros ou tributários, onde parece haver uma (mais) ampla margem de discricionariedade legislativa. A investigação aborda a questão dos mandados implícitos de criminalização sob a ótica de graves ataques contra os direitos fundamentais à vida, à integridade física e à liberdade e de graves violações a direitos humanos, em especial aquelas propiciadas pela intervenção, anuência, omissão ou tolerância de agentes públicos. Como VIGANÒ recorda, a tipologia da maioria dos casos nos quais tribunais internacionais de direitos humanos desenvolveram nas últimas duas décadas a doutrina do caráter dúplice dos direitos fundamentais, a criar um *dever de castigar penalmente* graves violações de direitos humanos, é aquela de execuções arbitrárias, tortura, maus tratos e desaparecimentos forçados imputáveis ou tolerados agentes estatais.¹⁹²

Assim, o *locus* apropriado para a pesquisa dos mandados implícitos de criminalização são casos extremos de carência de tutela penal, não devendo se avançar sobre a zona cinzenta, não controlável juridicamente, de transição entre a obrigação e a conveniência constitucional de legislar penalmente: ainda que se esteja em uma zona de intensa legitimidade constitucional para a penalização, já teríamos abandonado a esfera de criminalização *obrigatória*, passível de ser sindicada juridicamente, e entrado na ampla área de livre conformação do legislador quanto à necessidade e meios de tutela de

¹⁹⁰ Oscar Vilhena Vieira sustenta que as exclusões econômicas e sociais causam *invisibilidade* dos indivíduos submetidos à extrema pobreza, a *demonização* dos invisíveis que desafiam o sistema e a *imunidade* dos privilegiados, minando a imparcialidade da lei e a justiça. Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena, Desigualdade e a subversão do Estado de Direito, in Igualdade, Diferença e Direitos Humanos, coords SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, 2a tiragem, p. 206-207.

¹⁹¹ Veja-se que a Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada na Câmara dos Deputados em abril de 2015 para apurar as causas, razões, consequências, custos sociais e econômicos da violência, morte e desaparecimento de jovens negros e pobres no Brasil, relatou que, dentre as 56.337 vítimas de homicídio doloso no Brasil em 2012, 30.072 eram jovens entre 15 e 29 anos, ou 53,4% do total, e destes, 71,5% eram negros e 93,4% eram do sexo masculino, relatando ainda o *"desamparo estatal quanto a políticas públicas nos territórios de moradia da população negra e pobre"*, exposta a uma taxa de homicídios 146,5% maior do que a de brancos em 2012, tendo a vitimização negra aumentado, entre 2002 e 2012, em 100,7%, no que foi denominado de *genocídio simbólico*. Ademais, noticiou que a taxa de homicídios de policiais no Estado do Rio de Janeiro - que em 2013 teria atingido 265 homicídios por 100.000, é 37 vezes maior do que a norte-americana (de 7,1 policiais vítimas de homicídio por 100.000), apontando a necessidade de mudanças na política pública de prestação da segurança pública, investigação penal e combate ao racismo, e propondo diversas medidas legislativas e administrativas. BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito da violência contra jovens negros e pobres. Relatório final. Relatora Deputada Rosângela Gomes. Brasília, Julho de 2015. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-morte-e-desaparecimento-de-jovens/relatorio-final-14-07-2015/relatorio-final-reuniao-de-15-07-15>. Acesso em 10 de janeiro de 2015.

¹⁹² VIGANÒ, Francesco. L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali. In *Studi in onore di Mario Romano. IV*. Napoli: Jovene Editore, 2011, p. 2.689.

interesses.¹⁹³ Assim, quando o bem jurídico violado dispuser de inquestionável preponderância na ordem constitucional - como a vida, a dignidade humana e a liberdade - e sofrer grave agressão, que não puder ser dissuadida através de meio extrapenal, como por exemplo nas hipóteses de homicídio doloso, sequestro, estupro, submissão à escravatura ou condição análoga, a Constituição - e o DIDH - vinculam os Poderes e órgãos estatais, a exigir a efetiva criminalização, primária e secundária, destes fatos.¹⁹⁴

Desta forma, não se pode confundir o amplo espaço de conformação do legislador com a arbitrariedade e a falta de amarras constitucionais: Márcia Dometila Lima de CARVALHO recorda que a lei penal não pode desprezar "os valores e princípios maiores, quais sejam os da Constituição e do Direito Internacional", sendo necessário evitar o que denomina de fraude à legalidade constitucional, consistente na "não tipificação, ou tipificação deficiente ou insatisfatória", de fatos gravemente lesivos a valores constitucionais, fraudando o Estado Democrático de Direito e desmoralizando o princípio da legalidade através da omissão ou insuficiência.¹⁹⁵ Em sentido semelhante, sustenta-se que o *garantismo positivo* corresponde à função estatal de garantir a existência e integridade dos bens e direitos individuais e coletivos contra ataques injustos, do que decorre uma obrigação de prestação normativa por parte do Estado, que não pode se omitir de protegê-los, inclusive através do Direito Penal, para a realização dos objetivos do Estado Democrático de Direito. Não bastaria, ademais, uma proteção penal meramente formal ou nominal aos bens jurídicos fundamentais, considerando-se inconstitucional a cominação de penas inócuas ou excessivamente brandas a fatos graves, por violação ao princípio da vedação da proteção deficiente, decorrente do princípio da proporcionalidade.¹⁹⁶

Investiga-se, pois, se a par de uma área de criminalização vedada e de outra de criminalização possível, existe área onde a tutela penal de direitos fundamentais - em face das mais graves formas de violação - seja constitucionalmente exigível, dando ensejo ao desenvolvimento da doutrina dos mandados de criminalização, iniciado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, como será analisado no tópico a seguir.

2.5.3 O nascimento da teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização. Acórdãos Aborto I e II do Tribunal Constitucional Federal alemão.

¹⁹³ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 138-139. FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 96-97.

¹⁹⁴ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 97.

¹⁹⁵ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 55 e 59.

¹⁹⁶ MARINHO, Alexandre Araripe/FREITAS, André Guilherme Tavares. *Manual de direito penal: parte geral*. 2a. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 29-35.

O nascimento da teoria dos mandados constitucionais implícitos de criminalização, em decorrência de um dever estatal de proteção penal de direitos fundamentais, se origina na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*, doravante TCF ou TFCA) relativamente à descriminalização do aborto na antiga Alemanha Ocidental em 1975.

O TCFA, na decisão conhecida como Aborto I (*BVerfGE 39, 1, Schwangerschaftsabbruch I*), em 25 de fevereiro de 1975, declarou a inconstitucionalidade da 5ª Lei de Reforma do Direito Penal que tornava impunível o aborto praticado por médico com a concordância da gestante dentro das 12 (doze) primeiras semanas de gravidez (regra do prazo), bem como o aborto eugênico praticado em feto com deficiência insanável em seu estado de saúde tornando inexigível a continuidade da gravidez, desde que praticado até a 22ª semana de gestação e após prévio aconselhamento em repartição pública ou junto a um médico, além das hipóteses de estado de necessidade. Asseverou o tribunal que "o dever de proteção do Estado não só proíbe intervenções diretas estatais na vida em desenvolvimento no ventre materno, como também ordena que o Estado se posicione de forma protetora e fomentadora diante dessa vida", e que deveria haver uma *proteção efetiva, proporcional ao significado do bem jurídico* que, caso não possa ser alcançada de outra forma, obriga o uso do instrumentário penal, ainda que o legislador esteja livre para avaliar outros ônus extraordinários que, a par do perigo de vida ou à saúde da gestante, possam isentar o aborto de pena.¹⁹⁷ O TCF alemão, em que pese reconhecendo que cabe ao legislador escolher o modo como o Estado cumpriria seu dever de efetiva proteção ao nascituro, assinalou que o critério aventado pela legislação infraconstitucional protegia de forma manifestamente insuficiente a vida humana intrauterina.

O legislador alemão-ocidental, então, reavaliou a questão através da 15ª Lei de Mudança do Direito Penal, em 18 de maio de 1976, de 18 de maio de 1976, que criminalizava o aborto, mas o tornava impunível na hipótese de *estado geral de necessidade da mulher* (inclusive financeira), se praticado dentro das doze primeiras semanas de gestão. Por sua vez, na Alemanha Oriental, o regime comunista considerava impunível qualquer aborto praticado nas doze primeiras semanas de gestão, e com a reunificação alemã em 1990 a matéria foi unificada através da promulgação de lei descriminalizando o aborto praticado por médico dentro das 12 primeiras semanas de gestação, caso se provasse ter havido prévio aconselhamento da gestante, assegurando benefícios do seguro estatal de saúde para sua realização.

¹⁹⁷ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Edit. WOISCHNIK, Jan. Org. e Introd. MARTINS, Leonardo. Trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V./Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, p. 267-268. Disponível em http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf. Acesso em 11 de novembro de 2015. Note-se que no caso alemão discute-se a punibilidade apenas do provocador do aborto, não tendo sido objeto de discussão a falta de punição da gestante no auto-aborto ou na prestação do consentimento a outrem, considerada dentro do âmbito de decisão do legislador ("*Se, nesses casos, ele não considerar o comportamento da gestante como passível de ser tipificado criminalmente, desistindo do meio do sancionamento penal, então isso deverá ser, em todo caso, enquanto resultado de uma ponderação que cabe ao legislador, também constitucionalmente aceito*", *op. cit.*, p. 272).

Novamente questionada a legislação perante o TCFA, a Corte prolatou em 28 de maio de 1993 o acórdão conhecido como *aborto II* (*Schwangerschaftsabbruch II, BVerfGE 88, 203*), na qual *declarou inconstitucional e nulo o dispositivo* que classificava como *lícito* o aborto praticado após simples aconselhamento, *quando não houvesse estado de necessidade (ainda que econômico)*, bem como a previsão de que este tipo de ato fosse custeado pelo serviço público nestes casos.¹⁹⁸

Assim, assentou-se que a proteção estatal constitucionalmente devida ao nascituro abrangia a proibição, como regra, da interrupção da gestação, devendo o Estado adotar "medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela, que levem - considerando os bens conflitantes - ao alcance de uma proteção adequada e, como tal efetiva (proibição de insuficiência)", combinando-se elementos de proteção preventiva e repressiva, não permitindo a *livre desistência da utilização, também, do Direito Penal* para a proteção da vida intrauterina.¹⁹⁹ Em adição, assentando caber ao legislador "uma margem discricionária para avaliação, valoração e conformação também quando ele - como aqui - é constitucionalmente obrigado a tomar medidas eficazes e suficientes para a proteção de um bem jurídico",²⁰⁰ asseverou o TCFA que esta margem consistiria na *delimitação concreta* dos elementos típico-normativos que afastariam, *em situações excepcionais*, a imposição do dever jurídico de levar a termo a gestação, conforme o *critério da inexigibilidade*. Ademais, considerou o TCFA que a Constituição obrigaria o Estado a fomentar a pretensão de proteção da vida, dando ênfase ao aconselhamento a gestantes para convencê-las a não interromper a gravidez, ainda que em casos de estado de necessidade econômica.

Assim, reafirmando as premissas teóricas da decisão anterior, a nova decisão do TCFA assinalou a existência de um dever de tutela para com a vida de cada feto, frente a perigos oriundos de terceiros (como a própria gestante e, em especial, os integrantes de seu círculo familiar e social), a serem limitados por normas jurídicas imperativas, ainda que a via penal não seja a única possível, sendo tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção, observada a proibição da proteção deficiente.²⁰¹

Dessa forma, uma proteção estabelecida apenas com base em critérios cronológicos da gestação não seria suficiente, não distinguindo a Lei Fundamental períodos ou prazos para a proteção do direito à vida: ao contrário, esta, para o TCFA, exigiria a ilicitude, em regra, do aborto, durante toda a gravidez, para que o direito do feto humano à vida não coubesse à livre decisão de terceiro, ainda que este terceiro seja a própria mãe. Entretanto, em situações excepcionais, *que não permanecem no âmbito de uma situação normal de gravidez*, e que configuram situações conflitantes sérias, que

¹⁹⁸ SCHWABE, Jürgen, op.cit., p. 274-275.

¹⁹⁹ Idem, p. 275-276.

²⁰⁰ Idem, p. 285.

²⁰¹ Idem, p. 278-279.

signifiquem o "sacrifício de valores vitais próprios", a serem delimitadas pelo legislador, torna-se inexigível a continuidade da gestação.²⁰² Por fim, conclui o TCFA que o Estado pode - dentro da Constituição - decidir atuar por meios *extrapenais* para inibir os abortos em caso de gestantes necessitadas, como através da promoção da assistência à maternidade, da proteção laboral da mulher, da promoção escolar do valor da proteção da vida intrauterina, de forma que cumpra com o dever constitucional de tomar medidas eficazes e suficientes para proteger o direito à vida, não sendo vedada a ênfase no aconselhamento à gestante em necessidade.²⁰³

Assim, expressamente adotando a tese da existência de um dever estatal de proteção, inclusive penal, do direito à vida, ainda que sujeita a espaço de conformação legislativa quanto às hipóteses despenalizadoras, onde seriam admissíveis meios extrapenais de tutela, o TCFA consolidou, através dos julgamentos conhecidos como Aborto I e II, a doutrina dos mandados constitucionais implícitos de criminalização, nas três últimas décadas do século XX.

Como anota Luís Greco, com base em tais decisões do TCFA sobre o aborto, a doutrina penalista alemã majoritariamente aceita que a Constituição possa impor "deveres legislativos de incriminação", a partir da necessidade constitucional de proteção estatal a bens jurídicos, obrigando o legislador a intervir, "e a intervir através do Direito Penal".²⁰⁴ Percebe-se, pois, o reconhecimento da teoria dos mandados constitucionais *implícitos* de criminalização, vinculando o legislador à proteção penal dos bens jurídicos essenciais, pela doutrina majoritária e jurisprudência alemã, a partir de tal decisão.

²⁰² Idem, p. 282. O TCF alemão menciona aqui hipóteses em que *um conflito social, psicológico ou de personalidade* puder ser claramente reconhecível, de forma análoga às demais hipóteses permissivas, como às relacionadas a um risco à vida ou saúde da gestante ou a embriopatias.

²⁰³ Neste ponto o TCF aduz que na fase inicial da gravidez de mulher torna-se plausível a avaliação de que o nascituro tenha uma *chance melhor para sua proteção quando o Estado atua em parceria com a mãe necessitada*, facilitando que gestantes em conflito aceitem o aconselhamento e exponham sua situação, devendo o aconselhamento abranger o círculo familiar próximo e velar pelo convencimento da gestante em necessidade de desistir da interrupção da gravidez. Cf. SCHWABE, Jürgen. *op. cit.* p. 286.

²⁰⁴ GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. In: *Novos rumos do Direito Penal contemporâneo. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 413. O autor conclui a p. 414 que "*se trata de um problema que merece ser melhor estudado entre nós, apesar de que, quando se trata de direito penal, nosso legislador - infelizmente - quase nunca peca por omissão*", salientando, entretanto, que "*os penalistas só podem tratar de um tal tema levando em conta os avanços da doutrina de direito constitucional no que se refere aos chamados deveres de proteção do Estado*". É de se ratificar a primeira assertiva - que corrobora a necessidade científica do presente estudo, asseverando, em relação à última, que apesar da incontestável inflação normativo-penal brasileira - muitas vezes sobre condutas de somenos importância, por outro lado há importantes condutas - inclusive referidas em mandados expressos de criminalização, como o terrorismo - que até o momento ainda não foram tipificadas, ressaltando-se, ainda, que devem ser analisados os efeitos dos mandados implícitos de criminalização também - e principalmente - sobre a criminalização secundária, dirigindo-se estes outrossim ao administrador, à polícia, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, exigindo a efetiva proteção penal de bens jurídicos, através de adequada prevenção, investigação e persecução penal, e não apenas sua criminalização abstrata no plano normativo.

Em evolução desta jurisprudência, que, como alerta VIGANÒ, na decisão original do TCF alemão disciplinava apenas um dever ao legislador²⁰⁵, os tribunais internacionais de direitos humanos, como a CorteIDH e o TEDH, bem como a doutrina constitucionalista²⁰⁶ e do DIDH posteriormente desenvolveram o instituto - em relação a outra tipologia de fatos, no sentido de reconhecerem a existência de obrigação estatal não apenas de tipificar, mas também de promover a efetiva prevenção, investigação e adequada persecução penal de graves violações a direitos fundamentais e humanos.

2.5.4 Propostas doutrinárias.

Apesar da origem inicial estrangeira da doutrina dos mandados implícitos de criminalização, fundados na vedação de proteção deficiente, diversos autores brasileiros desenvolvem o instituto - quiçá inspirados pela riqueza de dispositivos constitucionais trazendo mandados expressos de criminalização na CRFB/88 - extraindo do texto constitucional também mandados implícitos de criminalização, primária e secundária, fundados no princípio constitucional da vedação da proteção deficiente na esfera penal, e elaboram diversas propostas de repercussões jurídicas derivadas destes mandados.

Nessa esteira, LÊNIO STRECK, salientando que a proteção dos *direitos humano-fundamentais* exige também o dever de protegê-los contra as omissões (proteção deficiente) do Estado, assinalando que há casos em que este "não pode abrir mão da proteção através do direito penal para a proteção do direito fundamental"²⁰⁷ e desenvolve diversas consequências jurídicas: a) impediria a extinção da punibilidade do crime de estupro pelo casamento da vítima com terceiro prevista pelo art. 107, VIII, vigente até a edição da Lei 11.106/2005;²⁰⁸ b) inconstitucionalidade parcial do art. 2o. da Lei 10.259, por violação à vedação de proteção deficiente, na medida em que desclassifica à condição de crime de menor potencial ofensivo diversas condutas que impedem a realização dos objetivos constitucionais do

²⁰⁵ Como relata Francesco Viganò: "(...) *le implicazioni pratiche di tali obblighi sono state contenute entro limiti estremamente ristretti: essi non implicano, afferma il Bundesverfassungsgericht, un dovere assoluto di punire, bensì un mero obbligo di attivare la minaccia penale (Strafdrohung), rientrando poi nella sfera di discrezionalità legislativa la possibilità di prevedere cause di non punibilità (...)*". Em tradução livre: "As implicações práticas de tais obrigações foram delimitadas dentro de limites extremamente restritos: elas não implicam, afirmou o TCFA, um dever absoluto de punir, senão uma obrigação de ativar a ameaça penal, reentrando, ademais, na esfera de discricionariedade legislativa a possibilidade de previsão de causas de extinção da punibilidade". V. VIGANÒ, Francesco. *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*. In *Studi in onore di Mario Romano. IV*. Jovene Editore. Napoli, 2011, p. 2.649.

²⁰⁶ Não cabe, dentro do escopo da presente dissertação, perquirir acerca da influência da decisão do TCF alemão perante outras Cortes Constitucionais, como a italiana, espanhola e a portuguesa, limitando-se a pesquisa à doutrina constitucional brasileira e à doutrina internacional de DIDH, justificando-se a referência à jurisprudência do TCF dos julgamentos do Aborto I e II por ter reconhecido, de forma pioneira, a existência de mandados constitucionais implícitos de criminalização, relativamente a ofensas ao direito fundamental à vida, servindo de referência para o estudo do instituto também pela doutrina brasileira.

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e constituição: da proibição do excesso (übermassverbot) à proibição da proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. In: *Revista da Ajuris*, v. XXXII, n. 97, Porto Alegre: AJURIS, 2005, p. 11.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 9.

Estado ou que violam direitos fundamentais, unificando como de somenos importância, crimes como o abuso de autoridade, crimes contra o meio ambiente, contra as relações de consumo, crimes tributários, crimes contra crianças e adolescentes e crimes nas licitações: assim, propõe seja declarada a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto para afastar do conceito de crimes de menor potencial ofensivo os crimes de abandono de recém-nascido (art. 134 do CP), subtração de incapazes (art. 249 do CP), violação de domicílio qualificada (art. 150, p. 1o), atentado ao pudor mediante fraude (art. 216), desacato (art. 331), desobediência à decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito (art. 359 do CP), fraude processual (art. 347 do CP), sonegação fiscal (art. 2o da Lei 8.137/91), crimes ambientais (art. 45 da Lei 9.605/98), crimes contra a criança e adolescente (arts. 228, 229, 230, 232, 234, 235, 236, 242, 243 e 244 da Lei 8.069/90), crimes licitatórios dos arts. 93, 97 e 98 da Lei 8.666/93;²⁰⁹ c) implicaria a inconstitucionalidade do art. 94 da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) ao rebaixar à categoria de crimes de menor potencial ofensivo aqueles com pena máxima abstratamente cominada de até 4 anos, como os delitos de omissão de socorro a idoso com resultado morte e a exposição a perigo a saúde de idoso, submetendo-o a condições ou trabalho escravo e qualificado por lesão corporal grave: para STRECK, o legislador rasga o texto constitucional, ao pretender denominar *de menor potencial ofensivo* aquilo que manifestamente não o é, "como uma personagem de Alice no País das Maravilhas que diz: eu dou às palavras o sentido que quero";²¹⁰ d) também a norma do art. 9o da Lei 10.684/03, determinando a extinção da punibilidade dos crimes do art. 1o. e 2o. da Lei 8.137/91 e dos arts. 168-A e 337-A do Código Penal pelo pagamento dos tributos e contribuições sociais devidos e acessórios;²¹¹ e) na inconstitucionalidade da benesse do parágrafo 4o do art. 33 da Lei 11.343/06, na medida em que a punição insuficiente para um crime de extrema gravidade equivale à impunidade, descumprindo-se comando constitucional expresso criminalizante do tráfico ilícito de drogas, sustentando o afastamento, sem redução de texto, de interpretações que possam levar à pena fixada inferior ao mínimo de 3 anos antes previsto no art. 12 da Lei 6.368/76, em vigor quando a Constituição determinou maior rigor penal com o tráfico ilícito de entorpecentes em mandado expresso de criminalização que declarou o fato equiparado a crime hediondo;²¹² no cabimento de mandado de segurança em matéria criminal para proteção minimamente suficiente da garantia fundamental à

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 12-14.

²¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e constituição: da proibição do excesso (übermassverbot) à proibição da proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. In: Revista da Ajuris, v. XXXII, n. 97, Porto Alegre: AJURIS, 2005, p. 15-16.

²¹¹ *Ibid.* p. 17-19.

²¹² STRECK, Lenio Luiz. *Dever de proteção. Qual a semelhança entre o furto privilegiado e o tráfico de drogas?* Disponível em http://www.conjur.com.br/2008-jul-10/qual_semelhanca_entre_furto_privilegiado_trafico_drogas. Acesso em 26 de outubro de 2015.

segurança, considerada também ela um direito humano tanto pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1.789, como pela Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU de 1.948.²¹³

Ingo SARLET, trazendo à colação extensa doutrina constitucionalista alemã, afirma que também a ausência de tutela penal pode implicar violação das exigências de proporcionalidade e que a Constituição impõe limites aos poderes constituídos, inclusive ao legislador. Assim, este dispõe apenas de uma relativa liberdade de conformação, vinculada pela necessidade de respeito aos deveres de proteção e vedação de proteção deficiente (*Untermassverbot*), manifestando-se o autor pela inconstitucionalidade da supressão pura e simples da exigência de laudo técnico criminológico prevista pela Lei 10.792/03 para fins de concessão de benefícios na execução penal, não podendo ser generalizada esta supressão por impedir a ponderação das circunstâncias do caso concreto pelo juiz.²¹⁴ Outra consequência atribuída por SARLET ao princípio da vedação da proteção penal deficiente - fundamento dos mandados implícitos de criminalização - é o afastamento da tese da absoluta inconstitucionalidade da agravante da reincidência, na medida em que a dimensão da proibição da insuficiência exige "a tomada de medidas necessárias à proteção dos direitos fundamentais", propondo que a constitucionalidade da agravante seja aferida na análise do caso concreto e rejeitando a inconstitucionalidade do próprio instituto, o que redundaria, em certos casos, em violação do princípio da vedação de proteção deficiente. Arremata que "entre o extremo do abolicionismo desenfreado (...) ou mesmo um minimalismo unilateral e cego, que não faz jus a um sistema de garantias negativas e positivas" necessárias à proteção dos direitos fundamentais e um sistema de intervenção penal máxima há que se lembrar que o Estado Democrático de Direito deve atuar nos limites do necessário à consecução dos seus fins, como a proteção da dignidade humana, devendo-se compreender e atentar para a dupla dimensão do princípio da proporcionalidade, para a própria sobrevivência do garantismo frente a um "fundamentalismo penal desagregador".²¹⁵ SARLET afirma, ainda, que a descriminalização de delitos de cunho econômico e tributário, que se revestem de alto potencial ofensivo, é "de constitucionalidade questionável se formos analisar a questão à luz da teoria dos deveres de proteção do Estado".²¹⁶

²¹³ STRECK, Lênio Luiz. *A dupla face do Princípio da Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em <https://www.mprs.mp.br/criminal/doutrina/id385.htm> Acesso em 23 de novembro de 2015.

²¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. GAUER, Ruth Mria Chittó (org). 2a. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p.221-222, manifestando-se favoravelmente a posição processual manifestada por LENIO STRECK em incidente de inconstitucionalidade suscitado perante o TJRS.

²¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 47. São Paulo: 2004, p. 60-89.

²¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 47. São Paulo: 2004, p. 60-89.

Outro dos maiores desenvolvedores da teoria no Brasil, juntamente com STRECK e SARLET, FELDENS analisa a mudança de paradigma decorrente da evolução constitucionalista do Estado de Direito para o Estado Constitucional e Democrático de Direito e a ascensão normativa das cartas constitucionais - configurando positiva e negativamente o exercício do poder punitivo - com a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que paralelamente vem reconhecendo a existência de deveres de proteção jurídico-penal dos direitos humanos, abrangendo não apenas o Poder Legislativo, mas também o Executivo e Judiciário.

Nesse quadrante, pois, não haveria sentido em se debruçar sobre o suplício de *Damiens*, executado na França pré-revolucionária de 1757 e descrito por Foucault, e não enxergar o suplício de *Damião* Ximenes Lopes, falecido em decorrência de tortura em unidade do Sistema Único de Saúde no município de Sobral/CE, em 4 de agosto de 1999. Sua morte - ante a absoluta falta de efetividade e adequação da investigação criminal, por retardos na persecução penal e pela lentidão do processamento judicial - redundou na condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por violação de direitos humanos decorrente da omissão estatal em promover em prazo razoável uma adequada investigação, persecução e julgamento penal da violação de seu direito à vida, assegurado na Convenção Americana de Direitos Humanos.²¹⁷

Assim, FELDENS expande os horizontes nos quais anteriormente o tema vinha sendo tratado, tanto no sentido de pesquisar as fontes internacionais dos mandados de criminalização quanto por desenvolver as repercussões dos mandados perante os demais Poderes. O estudo da questão por uma ótica interdisciplinar, tanto a partir de sua fundamentação constitucional quanto com base em seus fundamentos internacionais do DIDH - traz uma abordagem mais completa e científica de seus fundamentos e repercussões, sendo aconselhável ante a comunicabilidade entre as fontes internacionais e constitucionais de direitos humanos, suprarreferida.

Afirma-se, então, que verificado um atentado criminoso a um direito fundamental, a Constituição e o DIDH exigem do Poder Executivo que promova adequada investigação tendente a elucidá-lo, colocando em marcha o aparato estatal para que, em prazo razoável, seja oportunizado ao Ministério Público e ao Judiciário a apreciação dos fatos. De forma semelhante, os mandados implícitos de criminalização exigem do Poder Judiciário uma tutela judicial efetiva, apreciando a causa penal em tempo hábil e razoável e, na hipótese de se concluir pela responsabilidade do imputado, na imposição da sanção correspondente. Para o autor, trata-se do *redescobrimento* de ideia enraizada na concepção originária do Estado moderno²¹⁸, mas que teria caído em certo esquecimento durante o

²¹⁷ FELDENS, Luciano. De *Damiens* a *Damião*: deveres de proteção penal na perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. In: *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. GAUER, Ruth Mria Chittó (org). 2a. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

²¹⁸ Em sentido similar, FREITAS, André Guilherme Tavares de. Tutela penal dos direitos humanos: a proteção da vida e da integridade física. Curitiba: Juruá, 2015, p. 143-144, aduzindo que a proteção à vida, liberdade e integridade física, através da manutenção da paz social pelo Estado pelo estabelecimento de sanções suficientes para dissuadir o indivíduo

século XIX, com a diferença de que hodiernamente a teoria dos deveres de proteção se funda na força normativa, antes não reconhecida ou existente, da Constituição e de tratados de DIDH, assegurando positividade aos direitos fundamentais em sua dupla função.²¹⁹

Os paradigmas irmãos do neoconstitucionalismo e da consolidação do DIDH exigiriam, pois, o desenvolvimento de um projeto garantista integral, levando não a *mais* Direito Penal, mas a um Direito Penal *melhor*, constitucional- e internacionalmente condicionado.²²⁰ Desta forma, atos que importem em graves violações a direitos fundamentais, como o homicídio doloso, o sequestro, o estupro, a tortura, a submissão à escravatura ou condição análoga, por força do dever constitucional e internacional de proteção destes direitos, devem necessariamente ser objeto de criminalização primária e de efetivos esforços estatais almejando a criminalização secundária: vale dizer, devem ser alvo de uma investigação criminal oficial que atenda a padrões mínimos de seriedade, eficiência e celeridade, possibilitando uma adequada persecução penal e um julgamento dos fatos em tempo razoável, que, após o devido processo legal e na hipótese de a serem identificados e condenados os responsáveis, possa levar à aplicação das sanções previstas em lei.²²¹

Por outro lado, o autor recusa o argumento de que os mandados *expressos* de criminalização possam ter primazia axiológica em relação aos demais bens jurídico-penais: eles decorreriam mais de uma desconfiança constitucional acerca do juízo de conveniência do legislador penal em certas matérias, como o combate ao racismo, os crimes ambientais e a apropriação indébita do salário, do que de sua preponderância sobre outros bens, como o direito à vida, por exemplo, porque a necessidade de proteção penal da vida já se afigurava como evidente e incontroversa ao constituinte.²²² Entretanto, a existência de mandados expressos de

do *espírito despótico*, em oposição ao contínuo Estado de guerra antes existente, que tornava a liberdade plena inútil em face da incerteza de sua conservação, é inerente ao *contrato social*, pelo qual a renúncia à liberdade plena exige do Estado a prestação da proteção a estes bens, através do Direito Penal. Assim, a necessidade de proteção penal remontaria às teorias contratualistas e, com o desenvolvimento constitucionalista e internacionalista da segunda metade do século XX, teria ganhado novos contornos e fundamentos normativos. Em sentido semelhante, ainda, DONNELLY, Jack. *Universal Human Rights in theory and practice*. 3rd. Edition. Ithaca/London: Cornell University Press, 2013, p. 34: "*The state, though, precisely because of its political dominance in the contemporary world, is the central institution available for effectively implementing international recognized human rights. 'Failed states' such as Somalia show that one of the few things as frightening as an efficiently repressive state is no state at all. Therefore, beyond preventing state-based wrongs, human rights require the state to provide certain (civil, political, economic, social and cultural) goods, services, opportunities, and protections. This more positive human rights vision of the state also goes back to the seventeenth- and eighteenth-century social contract theories. Locke, for example, emphasizes that natural rights cannot be effectively enjoyed in a state of nature*". O autor salienta, ainda, que o papel essencial do Estado como guardião dos direitos humanos é ainda mais claro na prática: a luta por inclusão e contra a discriminação racial, religiosa, étnica, a tortura, desaparecimentos e massacres busca transformar o Estado de predador em protetor de direitos.

²¹⁹ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 99-100.

²²⁰ Idem, p. 19-21.

²²¹ Idem, p. 97. V. tb. FELDENS, Luciano. De *Damiens* a Damião: deveres de proteção penal na perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. In: *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. GAUER, Ruth Mria Chittó (org). 2a. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

²²² FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 94. O constituinte, então, teria preferido deixar expressa a necessidade

criminalização, do racismo, tortura, dos crimes ambientais e da retenção dolosa do salário do trabalhador, por exemplo, sob pena de manifesta incoerência interna constitucional, não permitem a descriminalização de atos que possam atentar ainda mais gravemente contra os direitos fundamentais, como o homicídio, a violação sexual e o sequestro, servindo para dar ainda maior vigor ao reconhecimento dos mandados implícitos de penalização.²²³

Ainda desenvolvendo a vertente do princípio da proporcionalidade relativa à vedação da proteção deficiente (*Untermassverbot*), FELDENS, secundando posição processual adotada por LENIO STRECK enquanto procurador de Justiça, defende a inconstitucionalidade da dispensa do laudo criminológico para a progressão de regime prisional trazida pela Lei 10.792/03 ao inserir o parágrafo 2o. no art. 112 da LEP, ao menos na interpretação de que o mero atestado administrativo vincularia a decisão judicial.²²⁴ Em proposta inovadora, propõe, outrossim, que a violação do dever constitucional de pagar impostos, que assegura os direitos sociais, deve passar pelo duplo crivo do princípio da proporcionalidade. Dessa forma, a descriminalização, direta ou indireta, de crimes tributários, de fraudes fiscais e de evasão de divisas, inclusive através da extinção da punibilidade pelo pagamento e de anistias deve ser constitucionalmente sindicada. Esta análise deveria, inclusive, verificar até que ponto o pragmatismo governamental no acerto das emergências públicas "não implica a desconstrução axiológica de um sistema originalmente concebido à proteção de um bem jurídico de dimensões constitucionais", fomentando a descrença social quanto à certeza da resposta estatal, quando da verificação da adequação dos fins a que se propõe, da (in)suficiência repressiva dos demais instrumentos remanescentes e da proporcionalidade em sentido estrito, sempre com olhos para a realidade brasileira.²²⁵

Por sua vez, em detalhada pesquisa sobre os mandados constitucionais expressos de criminalização, GONÇALVES sustenta que "os mandados de criminalização não se exaurem em determinar a produção de tipos penais", não se limitando ao dever do legislador tipificar condutas

de tutela penal contra o racismo, a tortura, crimes ambientais, o tráfico ilícito de drogas, a retenção ilícita do salário e outros, estabelecendo mandados expressos de criminalização.

²²³ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 117-118. Em sentido análogo, Dulce Maria Santana Vega sustenta que prevendo a Constituição (espanhola) mandados de criminalização de bens jurídico-penais coletivos, secundários desde o ponto de vista do ser humano (como a proteção ao patrimônio histórico e cultural), "debe deducirse que se admite, implícitamente, lo menos: las obligaciones de castigar tácitas de bienes jurídico-penales primarios: la vida, integridad física o libertad", arrematando que se "el legislador goza, dentro de los límites establecidos por la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (...)", por outro lado, "no puede ser plena la libertad de quien tiene que observar pautas", estando limitada pelas obrigações constitucionais de tutela penal. Cf. VEGA, Dulce Maria Santana. Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente. In: *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Professor José Manuel Valle Muñiz*. Coord. OLIVARES, Gonzalo Quintero/PRATS, Fermín Morales. Aranzadi Editorial. Elcano: 2001, p. 881-883.

²²⁴ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 202-206.

²²⁵ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 206-210.

atentatórias a direitos fundamentais. Ao contrário, envolvem vários aspectos do poder-dever de punir, abrangendo a concessão de benefícios penais, regimes de cumprimento, bem como a possibilidade de concessão de indultos ou outras causas excludentes da punibilidade. Ainda, "não se permitem hipóteses de exclusão da ilicitude ou da punibilidade que sejam incompatíveis com o grau de proteção penal exigido pela Constituição".²²⁶

Em continuidade, argumenta que o princípio da vedação da proteção penal deficiente impede a leveza desproporcional das sanções, exemplificando que as penalidades impostas pela Lei 4.898/65 para tipificar o abuso de autoridade violam a vedação da proteção deficiente, não sendo lícito ao Estado ser tolerante com desvios de seus agentes em face de direitos fundamentais dos cidadãos, afastando pelo mesmo fundamento a constitucionalidade de sua classificação como crime de menor potencial ofensivo.²²⁷ Sustenta o autor, ainda, a inconstitucionalidade da extinção de punibilidade de crimes fiscais pelo pagamento dos tributos²²⁸, prevista no art. 34 da Lei 9.249/95 e no art. 9º da Lei 10.684/03, objeto de ADI em trâmite no STF, e a insuficiência da proteção penal à democracia e à higidez eleitoral decorrente do sancionamento assaz brando de crimes previstos no Código Eleitoral como o de corrupção eleitoral (em especial na modalidade de *compra de votos*), a permitir a suspensão condicional do processo e a aplicação de pena restritiva de direito, bem como os de coação eleitoral por servidor público (art. 300 do C.E.) e abuso eleitoral da máquina pública (art. 346 do C.E.), com penas de detenção até seis meses, passíveis, em tese, até mesmo de transação penal.²²⁹ GONÇALVES defende, ainda, que a imprescritibilidade do genocídio, dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra, prevista no art. 29 do Estatuto de Roma, criador do Tribunal Penal Internacional, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, *de lege ferenda*, deva ser estendida aos crimes de tortura (previstos na Lei 9.455/97) e de trabalho escravo (art. 149 do CP).²³⁰ Sustenta, outrossim, ser incompatível com a Constituição, por proteção deficiente, a prescrição retroativa com base na pena fixada na sentença condenatória, bem como o decurso do prazo prescricional durante o longo trâmite de recursos penais ao STF e STJ, uma vez que obstada a pronta execução da pena, pugnando pela adoção da doutrina da *actio nata*, pela qual não é possível a fluência do prazo prescricional enquanto não possa o Estado praticar atos que a interromperiam, suscitando o precedentes do STF quanto à suspensão da prescrição de crimes tributários.²³¹

²²⁶ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 181-182.

²²⁷ Ibid., p. 112.

²²⁸ Ibid., p.115-118.

²²⁹ Ibid., p.119-121.

²³⁰ Ibid., p.121-124.

²³¹ Ibid., p.124-126. Note-se que Gonçalves escreveu anteriormente ao recentíssimo julgamento do HC 126.292, no qual o STF, alterando sua jurisprudência anterior, considerou não ser mais necessário o esgotamento dos recursos constitucionais - senão apenas das vias ordinárias - para o início de execução da pena imposta por tribunal de 2ª

Por fim, como consequência das obrigações constitucionais tácitas de criminalização para a proteção de direitos fundamentais, GONÇALVES defende que funcionam como óbice a eventual descriminalização ou redução da esfera de proteção, em nome da proibição de retrocesso²³², conclusão a que também chega FREITAS.²³³

Denominando os mandados expressos de criminalização de *cláusulas expressas de penalização* ou de *normas constitucionais penalizantes*, FREITAS defende a existência de bens jurídicos em relação aos quais a necessidade de tutela penal é uma imposição constitucional, como a vida, a liberdade e a integridade física, ainda que não mencionada expressamente, "ante sua obviedade".²³⁴ Estes direitos, *como pilares da existência humana*, e pressupostos para o gozo dos demais direitos, devem para o autor ser protegidos pelo Estado da maneira mais reforçada possível, inclusive através do Direito Penal, por imposição internacional e constitucional de proteção dos direitos humanos. Não seria possível conceber a tutela do direito à vida em face do homicídio doloso p.ex., apenas através da obrigação cível de indenização aos sucessores: mesmo uma sanção penal exclusivamente pecuniária não seria suficientemente dissuasória aos afortunados²³⁵ (e àqueles que não dispusessem de patrimônio, acrescente-se). Considera FREITAS que a obrigatoriedade de atuação estatal para proibir e sancionar penalmente as condutas que atentem contra os direitos humanos não apenas tem fundamento constitucional, como advém do *jus cogens*, gozando de *status* supraconstitucional: assim, a liberdade do legislador para estabelecer a política criminal do Estado não é absoluta, sendo limitada pelas imposições de proteção penal dos direitos humanos exigida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, transformado em parâmetro de validade das Constituições nacionais, informando e vinculando o direito interno.²³⁶

Desenvolvendo sua fundamentação, o autor formula, *de lege ferenda*, em atendimento aos mandados implícitos de proteção penal dos direitos humanos, a tese da *imprescritibilidade* dos crimes que manifestem desprezo acentuado pelo direito à vida, como os tipos de homicídio qualificado e dos

instância. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 126.292. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgamento em 17.02.2016.

²³² GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 138.

²³³ FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Tutela penal dos direitos humanos: a proteção da vida e da integridade física*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 137.

²³⁴ *Ibid.*, p. 138.

²³⁵ *Ibid.*, p. 137-142.

²³⁶ *Ibid.*, p. 139, 147-149 e 172. O autor define *jus cogens* como "o conjunto de normas dotadas de imperatividade própria e autônoma em relação aos Estados, vinculando os mesmos ao seu cumprimento, independente de suas vontades e soberanias", ingressando no Direito interno independentemente da aquiescência do Estado - e mesmo contra a sua vontade -, pelo seu caráter supraconstitucional, *Ibid.*, p. 80-81. Por sua vez, o art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969, promulgada no Brasil pelo Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009, conceitua *jus cogens* como: "(...) uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza".

crimes patrimoniais e sexuais seguidos de morte dolosa. Ressaltando a necessidade da prescrição em casos ordinários, por força da segurança jurídica e da paulatina perda da eficácia da prevenção geral positiva e negativa com o decorrer do tempo, salienta que em determinados crimes, por seu elevado grau de lesividade, a impunidade é que representa fator de insegurança jurídica e de prejuízo à paz social, uma vez que a falta de realização da justiça material põe em risco a pacífica convivência entre os membros da sociedade: neste sentido, aduz que Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968, reconhecendo o elevado conteúdo antijurídico destes crimes, já estatua sua imprescritibilidade, o que foi corroborado pelo art. 29 do Estatuto de Roma (promulgado pelo Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002), que criou o Tribunal Penal Internacional. Assim, salientando que a Constituição não foi exaustiva ao exemplificar hipóteses expressas de imprescritibilidade, sustenta que o texto constitucional não só faculta como recomenda a imprescritibilidade destes gravíssimos crimes, que atentam dolosamente de forma especialmente qualificada contra o direito à vida, devendo o legislador infraconstitucional concretizar a obrigação constitucional e internacional de tutela reforçada dos Direitos Humanos determinando a imprescritibilidade destes fatos.²³⁷

Por outro lado, ainda sobre causas de extinção da punibilidade, defende o autor que o dever estatal de proteção do direito à vida veda, em regra, a concessão de indulto, graça ou anistia em relação aos crimes contra a vida humana, excepcionada a hipótese dos crimes culposos. Assim, além da vedação constitucional expressa da concessão de anistia, graça (incluído o indulto, conforme pacífico entendimento do STF) aos crimes de tortura, tráfico ilícito de drogas, ao terrorismo e aos crimes definidos como hediondos, sustenta que a proteção estatal reforçada do direito à vida não pode ser enfraquecida pela concessão de anistia, graça ou indulto a atentados dolosos contra a vida.²³⁸

Outro consectário que FREITAS desenvolve a partir dos mandados implícitos de penalização é o da proibição do retrocesso, pela qual fica vedado ao legislador não apenas descriminalizar tipos penais que descrevam condutas atentatórias aos direitos humanos, como também o abrandamento na resposta penal, salvo, neste último caso, por "razões de alta relevância, relacionadas diretamente com a dignidade da pessoa humana e com os próprios direitos humanos", já que excluída a matéria da "simples liberdade de conformação do legislador". Para o autor, pois, seria em regra vedado o abrandamento das sanções penais de graves violações de direitos humanos, já que a proteção penal concedida aos direitos humanos não pode ser "afrouxada, renunciada ou postas em planos secundários de atuação".²³⁹

²³⁷ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Tutela penal dos direitos humanos: a proteção da vida e da integridade física. Curitiba: Juruá, 2015, p. 150-158.

²³⁸ Ibid., p. 389-390.

²³⁹ FREITAS, André Guilherme Tavares de. Tutela penal dos direitos humanos: a proteção da vida e da integridade física. Curitiba: Juruá, 2015, p. 158-160.

Por fim, propugna o autor a necessidade de se cominar e aplicar sanções penais proporcionais, atendendo a vedação de proteção penal deficiente, em relação a "condutas cuja tônica seja o menoscabo aos direitos humanos". Para tanto, assinala a necessidade de ser erradicada, em crimes desta natureza, a *política de fixação da pena no mínimo legal*, de forma padronizada e ignorando as diretrizes estabelecidas pelo art. 59 do Código Penal, em violação à exigência constitucional de individualização das penas e à "imposição constitucional de máxima garantia dos Direitos Humanos".²⁴⁰

Outra autora que especifica percucientemente as repercussões concretas que defende a partir do instituto, Maria SCHÄFER STRECK sustenta que o princípio constitucional da vedação da proteção deficiente assegura o manejo do mandado de segurança no processo penal para tutela eficaz dos interesses sociais²⁴¹, permite a possibilidade de sindicância judicial sobre as normas concessivas de indulto²⁴², impede decisões excessivamente lenientes em matéria de abusos sexual infanto-juvenil²⁴³,

²⁴⁰ Ibid., p. 164-165.

²⁴¹ STRECK, Maria Luiza Schäfer, *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 129-135.

²⁴² Ibid., p. 136-140.

²⁴³ Ibid., p. 113-122. A autora critica veementemente julgados da 7ª Câmara Criminal do TJRS relatados pelo Desembargador Nereu Giacomolli, citando em especial a Apelação Crime nº 70008609919, em que, mesmo considerando verdadeiros os fatos imputados, de abuso sexual continuamente praticado em continuidade delitiva por padrasto sobre sua enteada de 10 anos de idade, constringendo-a praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal nos quais, "*visando satisfazer a própria lascívia, abaixava a calcinha da vítima, lambia e passava a mão em sua vagina e seios, colocava seu dedo dentro da vagina desta e obrigava-a a pegar seu pênis e colocar em sua boca*", teve sua conduta desclassificada para o antigo tipo de *corrupção de menores* do art. 218 do Código Penal "*Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de quatorze e menor de dezoito anos, com ele praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-la ou presenciá-la. Pena: reclusão, de um a quatro anos*", ainda que o julgador tenha consignado que a avaliação psicológica da vítima constatou que ela "*perdeu a vontade de comer, deixou de cuidar de si mesma, chorava com frequência e se tornou agressiva. Através de desenhos, projetou sentimento de inferioridade e inadequação, frustração, falta de ambição e confiança na própria produtividade, sentimento de fraqueza ao manipular o ambiente. Demonstrou falta de atenção e observação e inadequação para conseguir independência pessoal. Através do teste das fábulas, percebe-se que J. está insegura e ansiosa, desenvolve fantasias de abandono, rejeição e sentimentos ambivalentes (...)*". Apesar disto, o julgador - por considerar que a conduta "*não se apresenta, sob a ótica do direito criminal, intensamente reprovável ao efeito de punição nos moldes daquela prevista para o atentado violento ao pudor e estupro*" e que a aplicação da pena prevista em lei para o fato, então capitulado pelo art. 214 c/c 224 e 226 do Código Penal, como atentado violento ao pudor mediante violência presumida, violaria o princípio da proporcionalidade na faceta da proibição de excesso, desclassificou o caso para o crime de corrupção de menores do art. 218 do CP, de médio potencial ofensivo. Cf. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. *Apelação crime nº 70010094696*. Sétima Câmara Criminal. Relator: Nereu José Giacomolli. Julgado em 29 de dezembro de 2004. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?ano=2004&codigo=770280. Acesso em 24.11.2015. O caso foi objeto de recurso especial por parte do Ministério Público gaúcho, que foi autuado no Superior Tribunal de Justiça em 27.06.2005, sob o nº REsp 760.019-RS (2005/0098811-4) aparentemente não havendo sido julgado até o presente momento: apesar de remetidos conclusos ao Min. Relator com o parecer da PGR em 13.02.2006, em 27.11.2009, foi proferido despacho determinando o retorno dos autos ao TJRS para intimação do réu para que constituísse novo advogado, ante a omissão de seu advogado constituído em apresentar contrarrazões ao recurso especial, e caso não o faça, seja intimada a Defensoria Pública para apresentar contrarrazões em favor do réu. O processo consta como baixado ao TJRS desde 19.02.2010, sem informação de seu retorno, conforme último andamento processual disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em 24.11.2015. A hipótese parece ser de clara inconstitucionalidade decorrente de violação do princípio da proporcionalidade, na vertente da vedação de proteção deficiente, e mostra as consequências que poderiam ser evitadas pelo desenvolvimento dogmático e jurisprudencial do instituto.

impede o reconhecimento da continuidade delitiva para crimes hediondos²⁴⁴, exige a necessidade de laudos criminológicos para a progressão do regime de cumprimento de pena²⁴⁵ e seria incompatível com o estabelecimento da iniciativa privada para a propositura da ação penal nos crimes sexuais.²⁴⁶ Por fim, corrobora a autora as críticas de LENIO STRECK acerca da inconstitucionalidade da extinção da punibilidade pelo pagamento de tributos em crimes fiscais e da desclassificação generalizada de *hard crimes* promovida pelas Leis 10.259/02 (cujo conceito de menor potencial ofensivo foi generalizado pela Lei 11.313/2006) e pela Lei 10.741/03, bem como acerca da inconstitucionalidade da redução de pena prevista no parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.²⁴⁷

À guisa de encerramento desta compilação das principais propostas doutrinárias de repercussões jurídicas decorrentes dos mandados de criminalização, faz-se mister mencionar a posição de VECCHIATI²⁴⁸ que, com base nas normas contidas no art. 5º, incisos XLI e XLII, da CRFB/88, sustenta a existência de mandado de criminalização de atos discriminatórios motivados por preconceito ligado à orientação sexual ou de gênero (por ele denominados de *homotransfobia*), aduzindo já terem se demonstrado insuficientes as medidas extrapenais adotadas para combatê-los. A partir de tal premissa, o autor desenvolve o instituto com a maior amplitude de efeitos na doutrina pátria, levando-o à consequência extrema de excepcionar o princípio da legalidade estrita da norma penal incriminadora.

Deveras, defende ele a possibilidade de que a omissão do legislador seja *suprida* pela jurisdição constitucional, através do instrumento processual do mandado de injunção. Assim, o efeito do mandado constitucional de criminalização da *homotransfobia* imporá que STF *determinasse* ao Congresso Nacional a criminalização de atos *homotransfóbicos*, assinalando prazo para a edição de lei em tal sentido. Sustenta, ainda, que caso decorrido o prazo sem a edição do respectivo diploma legal, caberia ao STF concretizar por si mesmo a norma constitucional determinante da criminalização, *criando judicialmente tipo penal* que reprimisse atos de *homotransfobia* até que o Congresso legislasse sobre o tema. O autor defende que o princípio da legalidade estrita da norma penal incriminadora *não* constituiria óbice a tal eficácia, porquanto deveria ser interpretado sistematicamente com a previsão da jurisdição constitucional: assim, na persistência de omissão legislativa inconstitucional, após

²⁴⁴ STRECK, Maria Luiza Schäfer, *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 123-129, citando precedentes neste sentido de Portugal e lamentando que a jurisprudência tenha acabado por atribuir aos delitos hediondos "*praticamente o mesmo tratamento dos demais tipos incriminadores do Código Penal*", em violação à isonomia, à vedação da proteção deficiente e ao mandado expresso de criminalização mais rigorosa destes fatos.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 141-145.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 146.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 149-161.

²⁴⁸ VECCHIATI, Paulo Roberto Iotti. *Criminalização da homofobia. O Mandado de injunção e a criminalização de condutas*. Disponível desde 26 de agosto de 2014 em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas>. Acesso em 23 de novembro de 2015.

cientificado o Parlamento e decorrido *in albis* o prazo razoável estabelecido, o princípio da legalidade estrita da norma penal incriminadora seria constitucionalmente excepcionado, dentro de sistema de freios e contrapesos entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

Conforme a estrutura proposta à presente dissertação, a análise dos méritos e críticas a cada uma destas propostas, dentro dos limites do escopo deste texto, será objeto dos capítulos IV e V da presente dissertação, onde se empreenderá o estudo das críticas ao instituto e a reflexão sobre as possíveis repercussões jurídicas que dele podem advir. É preciso, porém, antes verificar como o instituto vem sendo aplicado pelo STF em seus julgados, bem como as propostas que ainda estão em debate em nossa Corte Constitucional.

2.5.5 O princípio da vedação da proteção deficiente e os mandados implícitos de criminalização na jurisprudência do STF.

Assim, após a compilação das principais propostas doutrinárias de aplicação do princípio da vedação de proteção (penal) deficiente, fundamento dos mandados implícitos de criminalização, buscar-se-á verificar sua utilização na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁴⁹, analisando as possibilidades de rendimento do instituto e a forma de sua utilização pelo STF.

Percebe-se uma gradual aceitação da tese da existência de dever de tutela penal dos direitos fundamentais, não se limitando seus efeitos à tipificação incriminadora de condutas atentatórias aos respectivos bens jurídicos, como se poderia supor a partir da construção histórica inicial do *Bundesverfassungsgericht* sobre o aborto. Ao revés, o princípio da vedação da proteção deficiente e os mandados implícitos de criminalização vêm sendo discutidos e aplicados no STF de forma ampla - como preconizado pela doutrina antes mencionada, permeando (toda) a interpretação do Direito Penal e Direito Processual Penal e abrangendo vários aspectos do poder-dever de punir.²⁵⁰ Dessarte, vêm incidindo não só na discussão da constitucionalidade e conteúdo de tipos penais incriminadores, como - e em especial - na relativa à constitucionalidade de óbices processuais à persecução penal, à constitucionalidade e extensão de causas de extinção da punibilidade (como a prescrição e o indulto, dentre outras), à discussão sobre regimes de cumprimento de pena, bem como sobre diversos benefícios penais e processuais penais (como aqueles preconizados aos crimes de menor potencial ofensivo). Assim, passa-se a analisar algumas das principais manifestações dos ministros dos STF

²⁴⁹ Justifica-se a delimitação à jurisprudência do STF por se tratar do intérprete maior da Constituição Federal, onde se fundamenta o instituto, ainda que sua utilização não se restrinja àquela Corte.

²⁵⁰ Cf. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 182: "Os mandados de criminalização não se exaurem em determinar a produção de tipos penais, com as respectivas sanções. Envolvem vários aspectos do poder/dever de punir. Abrangem os benefícios penais que poderão ser concedidos, as formas de substituição das penas, os regimes de cumprimento, os benefícios dados durante sua execução, a concessão de indultos ou outras causas excludentes da punibilidade".

abordando os mandados constitucionais de criminalização e o princípio da vedação da proteção (penal) deficiente (*Untermassverbot*).

a) Delimitação do conteúdo da expressão *racismo* contida no art. 5º, XLII, da CRFB, para fins de imprescritibilidade (HC 82.424-RS).

Pode ser apontado como precursor do tema na jurisprudência do STF o julgamento do HC 82.424-RS²⁵¹ (*Caso Ellwanger*), concluído em 17.09.2003, no qual o STF reconheceu que a imprescritibilidade constitucionalmente estabelecida (art. 5º, XLII, da CRFB/88) para o crime de racismo abrangia, também, crime decorrente de discriminação da religião ou povo judeu: assim, afirmando que a finalidade da norma visava à proteção de grupos étnicos, religiosos e raciais contra a prática ou incitação do ódio e da discriminação, a maioria dos ministros do STF considerou imprescritível, em interpretação extensiva do vocábulo *racismo*, a prática ou incitamento de discriminação contra os judeus. Houve referência, no voto do Min. Gilmar Mendes, à necessidade de ponderação de valores constitucionais através do princípio da proporcionalidade, e conquanto não tenha havido expressa menção à vedação da proteção deficiente, a decisão da maioria visou a proteger minoria religiosa, através da extensão da imprescritibilidade à discriminação religiosa, o que não seria admissível numa interpretação literal da norma constitucional (que traz exclui a incidência da prescrição para crimes de *racismo*), propugnada pelos ministros Moreira Alves e Marco Aurélio Mello. É de se observar que extensão do conceito de *racismo* para abranger a discriminação religiosa (considerando, ainda, referências ao *povo judeu*) se relacionou apenas à imprescritibilidade - isto é, à exclusão da possibilidade de incidência da prescrição, e não ao conteúdo da tipificação incriminadora (do art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação da Lei 8.081/90), que expressamente já tipificava a prática, induzimento ou instigação, por publicação de qualquer natureza, da discriminação ou preconceito religioso.

b) Da possibilidade de sindicância judicial da constitucionalidade das causas de extinção da punibilidade da anistia (ADI 1.231-DF) e do indulto (ADI 2.795).

Em ocasião anterior, o STF havia admitido sindicância a constitucionalidade de norma trazendo causa de extinção da punibilidade ao julgar a ADI 2.795²⁵², tendo considerando inconstitucional a concessão de indulto a condenados por crimes hediondos, ante a vedação ao mandado expresso de criminalização do art. 5º, XLIII, da CRFB/88, ainda que tenha se recusado a sindicância a proporcionalidade ou razoabilidade da extensão de decreto de indulto.

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 82.424-RS. Relator Min. Maurício Corrêa. Brasília/DF, julgamento em 17.09.2003. DJ 19.03.2004.

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 2.795-MC/DF. Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgamento em 08.05.2003. DJ 20.06.2003.

Em seguida, no julgamento da ADI 1.231-DF²⁵³, em 15.12.2005, o STF, embora considerando constitucional a Lei 8.985/95, que concedeu anistia a ilícitos eleitorais praticados nas eleições gerais de 1994, assentou a possibilidade de controle judicial da constitucionalidade de leis concessivas de anistia, *para aferir eventual desvio de poder de legislar ou afronta ao princípio da razoabilidade (devido processo legal substancial) ou proporcionalidade*. O voto do Relator, Min. Carlos Velloso, vencedor, conquanto tenha reconhecido a constitucionalidade da norma e assentado que a anistia é ato político, concedido mediante lei do Congresso Nacional sancionada pelo Presidente da República, no exercício de suas competências discricionárias para aferir a conveniência e oportunidade do ato, afirmou que o benefício legal não é isento de ser objeto de controle de constitucionalidade, "porque pode ocorrer, por exemplo, desvio do poder de legislar ou afronta ao princípio da razoabilidade, assim com afronta ao devido processo legal substancial (CF, art. 5º, LIV)". O voto-vista do Min. Marco Aurélio foi adiante e, considerando o "cotejo com os princípios explícitos e implícitos da Carta da República", tendo a norma por casuística e afrontosa à "autoridade e segurança jurídica dos pronunciamentos judiciais", julgou procedente o pedido, no sentido de declarar-se sua inconstitucionalidade. Também o voto do Min. Gilmar Mendes na ocasião, embora admitindo que toda anistia interfere em decisões tomadas pelo Executivo ou pelo Judiciário, relativizando a separação dos Poderes, e negando procedência ao pedido, consignou também entender admissível o controle de constitucionalidade das normas concessivas de anistia, tendo como parâmetros "o princípio da proporcionalidade, o princípio da não-arbitrariedade da lei e o próprio princípio da isonomia".

Ainda que não desenvolvido o tema em sua plenitude neste julgado, a única vertente do princípio da proporcionalidade que poderia invalidar norma que traz causa de extinção da punibilidade seria o da vedação da proteção deficiente, que paulatinamente vai se inserindo e sendo reconhecida na jurisprudência do STF.

c) Restrição à aplicação da causa de extinção da punibilidade do art. 107, VII e VIII, do CP nos crimes sexuais, no RE 418.376:

Posteriormente, o princípio permeou o julgamento do RE 418.376²⁵⁴, em 09 de fevereiro de 2006, também sobre causas de extinção da punibilidade. Tratava-se de recurso extraordinário em face de acórdão que havia condenado o recorrente pelo estupro de sua tutelada, que contava com 9 anos de idade no início dos abusos sexuais. Os fatos indicavam que a menor, que teria tido um filho com o recorrente em decorrência do(s) estupro(s), residia com o mesmo, alegando ele que a convivência encerrava união estável que deveria, por equiparação constitucional, servir para construção de analogia *in bonam partem* ensejando a aplicação da causa de extinção da punibilidade prevista no inciso VII do

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1.231-2/DF. Relator Min. Carlos Velloso. Brasília/DF. Julgamento em 15.12.2005. DJ 28.04.2006.

²⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 418.376. Brasília/DF, julgamento em 09/02/2006 DJ 23/03/07.

art. 107 do Código Penal, relativa ao casamento da vítima de crime sexual com o agressor, ainda não revogada à época dos fatos pela Lei 11.106/05.

Após voto do Ministro Marco Aurélio, relator, pelo provimento do recurso para extinção da punibilidade por aplicação analógica do art. 107, VII, do Código Penal, tecendo considerações acerca da modificação do papel da mulher, da sexualidade e da família na sociedade, pela equiparação da união estável ao casamento, acompanhado dos Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, os demais Ministros negaram provimento ao recurso, assinalando que a proteção constitucional da família constituída sob a forma de união estável diz respeito àquela formada entre pessoas maiores e capazes, e não entre criança e estupro, desclassificando os fatos sequer como união estável legalmente reconhecível. Assim, rejeitaram o uso da analogia para ampliar o alcance da causa de extinção da punibilidade do casamento (art. 107, VII, do CP). O Min. Gilmar Mendes, ainda aduziu que é dever do Estado colocar a salvo crianças e adolescentes de toda a forma de exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, da CRFB/88), reconhecendo uma situação de opressão e submissão da menor ao estupro, seu tutor legal desde os 8 anos de idade, e expressamente mencionou que a aplicação da causa de extinção de punibilidade do art. 107, VII, do CP, por analogia caracterizaria "típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano geral, e do Judiciário, num plano mais específico", caracterizando a proibição da proteção insuficiente um garantismo positivo, adquirindo importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, na perspectiva do dever de proteção penal. Os Ministros Cezar Peluso, Carlos Britto e Ellen Gracie sustentaram em debate que se tratava de situação equivalente à escravidão sexual, na qual a menor não tinha condições de reagir, e esta ainda afirmou *obiter dictum* que "sempre me parecerá absurda tal excludente de punibilidade, que, em boa hora (...) os legisladores extirparam do ordenamento jurídico com a edição da recente Lei 11.106/2005. Dar foros de legitimidade à violência sexual porque se continue a perpetrá-la é realmente o absurdo dos absurdos (...)", rejeitando, por fim, que pudesse ser considerada como *união estável* aquela que envolvesse menor impúbere, rejeitando o paralelismo da situação com o casamento.

Contudo, a maior parte dos ministros parece ter encarado a questão sob a ótica infraconstitucional, se limitando a afastar a extensão analógica da aplicação do art. 107, VII, ao concubinato de menor impúbere com seu tutor, negando pudesse ser qualificado como *união estável* apta a receber reconhecimento estatal como entidade familiar. Quiçá pelo chocante quadro fático e pela própria revogação destes incisos do art. 107 do CP, deixou-se de discutir talvez o mais importante: a inconstitucionalidade da referida norma - e daquela prevista no art. 107, VIII, mesmo na sua aplicação estrita, relativamente ao casamento, ante a violação do princípio da vedação da proteção deficiente - e, em relação a menores, do mandado constitucional de criminalização do art. 227, parágrafo 4º, da CRFB/88. A análise da questão por esse prisma, encarando-se o Direito Penal sob a

ótica constitucional, permitiria a filtragem constitucional das normas infraconstitucionais, afastando-se desde logo as causas de extinção da punibilidade em tela, revogadas pelo advento da CRFB/88.

Assim, o *incômodo* manifestado por diversos ministros com as causas de extinção da punibilidade previstas no art. 107, VII e VIII, do Código Penal, então já revogadas pela Lei 11.106/05, em verdade parece refletir *a manifesta inconstitucionalidade das referidas normas*, que pode ser facilmente percebida quando se reconhece a dupla face do princípio da proporcionalidade e a existência de mandados de criminalização: trata-se de interpretar as normas penais à luz dos deveres estatais de proteção penal dos direitos fundamentais, afastando-se as referidas causas de extinção da punibilidade por incompatibilidade com a Constituição. Note-se, por fim, que no caso específico dos autos, tratava-se de abuso e violência sexual *contra criança*, circunstância a ensejar a incidência direta de *mandado expresso de criminalização* trazido pelo art. 227, parágrafo 4º, da CRFB/88, o que, contudo, não chegou a ser objeto dos debates.

d) Julgamento da (in)constitucionalidade do regime integralmente fechado para crimes hediondos no HC 82.959:

O princípio da vedação da proteção deficiente voltou a ser suscitado no julgamento do HC 82.959²⁵⁵, concluído em 23.02.2006, principalmente nos votos vencidos dos Ministros Celso de Mello e Ellen Gracie, para sustentar a constitucionalidade do regime integralmente fechado para o cumprimento de pena dos crimes hediondos. Após sustentar que a progressividade de regime advém do texto da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84) e extingui-la ou restringi-la estaria dentro da margem de discricionariedade do legislador - não cabendo ao juiz sobrepor sua preferência sobre a regra editada pelo legislador, o Min. Celso de Mello sustentou que o regime integralmente fechado para crimes hediondos "longe de transgredir o princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), objetiva dar-lhe concretização e efetividade, consideradas as diretrizes que resultam da cláusula inscrita no art. 5º, inciso XLIII, da Lei Fundamental". Assim, em função da maior gravidade objetiva dos ilícitos referidos, o legislador teria traçado regime de execução penal mais gravoso, fundado em "critérios cuja razoabilidade e legitimidade são inquestionáveis", sendo adequados à "exigência de rigor que deriva do próprio texto constitucional", resultando da "necessidade de o Estado estabelecer mecanismos diferenciados de repressão à criminalidade violenta", que põe em risco valores fundamentais, com consequências "socialmente desestruturantes e profundamente lesivas à segurança dos cidadãos". Assim, para o Ministro Celso de Mello o regime integralmente fechado para crimes hediondos estaria dentro do poder de conformação legislativa e refletiria, em verdade, as diretrizes

²⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 82.959. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 23.02.2006. DJ 01/09/06. Neste julgamento, por apertada maioria de 6x5 votos, o Pleno do STF considerou inconstitucional o regime integralmente fechado então previsto na Lei 8.072/90 para o cumprimento de pena dos crimes hediondos e equiparados.

político-criminais do próprio texto constitucional, ajustando-se ao postulado da individualização penal. O Min. Carlos Ayres Britto, mesmo votando pela inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, ressaltou que aplicação da fração de 1/6 para progressão de regime nos crimes hediondos também seria inconstitucional, violando o princípio da isonomia, uma vez que significaria dar tratamento igual a situações desiguais, tendo proposto que a fração apenas fosse aplicada até a edição pelo legislador de norma específica de progressão de regime para crimes hediondos. Também o Min. Sepúlveda Pertence, ao votar pela inconstitucionalidade do regime integralmente fechado e mesmo após o fim da exigência legal de exame criminológico para a progressão de regime, assentou não ter dúvidas de que não é ilegal submeter o condenado, para gozo dos benefícios da execução da pena, a exame criminológico, caso o juízo da execução penal entenda necessário.

e) Julgamentos relativos ao Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03): da (in)constitucionalidade de restrições à fiança (ADI 3.112) e da criminalização do porte de arma de fogo desmuniada (HC 104.410).

Em 02 de maio de 2007, no julgamento da na ADI 3.112²⁵⁶, relativo a diversas inconstitucionalidades na Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), refutando a tese vencedora que julgava parcialmente procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 (que proibiam a concessão de fiança nos crimes de porte ilegal e disparo de arma de fogo) e do art. 21 (que proibia a concessão de liberdade provisória no crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito) da referida lei, o voto (vencido) do Min. Gilmar Mendes, considerando constitucionais as restrições à concessão de fiança aos crimes dos artigos 14 e 15 da Lei 10.826/03, se fundamentou nos mandados implícitos de criminalização e no princípio da vedação da proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

Disse o Ministro:

É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo "catálogo" de mandatos de criminalização expressos de que se tem notícia.

Ao lado dessa ideia de mandatos de criminalização expressos, convém observar que configura prática corriqueira na ordem jurídica a concretização de deveres de proteção mediante a criminalização de condutas.

Outras vezes cogita-se mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado.

Em muitos casos, a eleição da forma penal pode conter-se no âmbito daquilo que se costuma chamar de discricionariedade legislativa, tendo em visto desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a um certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir sobre quais medidas

²⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3.112. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 02.05.2007. DJe 26.10.2007. Neste julgamento, por maioria de 6x4 votos, o Pleno do STF decidiu pela inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 da Lei 10.826/03, que impediam ou restringiam a possibilidade de concessão de fiança aos crimes de porte ilegal de arma de fogo e disparo de arma de fogo em local pública.

devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) impõe ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. (...)

Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como ultima ratio, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.

A reserva de lei penal configura-se como reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes): a proibição de excesso (Übermassverbot) funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) como limite mínimo da intervenção legislativa penal. Abre-se, com isso, a possibilidade de controle da constitucionalidade da atividade legislativa em matéria penal.

Se é certo, por um lado, que a Constituição confere ao legislador uma margem discricionária para a avaliação, valoração e conformação quanto às medidas eficazes e suficientes para a proteção do bem jurídico penal, e, por outro, que a mesma Constituição também impõe ao legislador os limites do dever de respeito ao princípio da proporcionalidade, é possível concluir pela viabilidade da fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa. O Tribunal está incumbindo de examinar se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.

O Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pelos Ministros Carlos Britto, Sepúlveda Pertence e, em relação ao crime de disparo de arma de fogo (art. 15 da Lei 10.826/03) pelo Ministro Marco Aurélio Mello, restaram vencidos, considerando que as restrições à afiançabilidade destes crimes estariam dentro da margem de conformação do legislador, não sendo desproporcional a inafiançabilidade nem estando restrita às hipóteses constitucionalmente previstas, salientando a distinção entre a inafiançabilidade e a possibilidade de concessão judicial de liberdade provisória. O Min. Sepúlveda Pertence salientou que a análise da proporcionalidade das leis pelo STF deve ser restrita às hipóteses "em que se possa quase objetivamente ver o desarrazoado ou o desproporcional da opção legislativa", negando o alegado excesso desproporcional que fundamentou a posição vencedora.

Ainda com relação à Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), o princípio da vedação da proteção insuficiente e os mandados implícitos de criminalização voltaram a ser utilizados na jurisprudência do STF em 06 de março de 2012, no julgamento do HC 104.410-RS²⁵⁷, no qual a 2ª

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª. Turma. HC 104.410. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 06.03.2012. DJe 27.03.2012. Tal entendimento também foi adotado posteriormente pela 1ª Turma, conforme HC 103.539, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 17.04.2012, DJe 16.05.2012 e RHC 116.280, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 25.06.2013, DJe 15.08.2013, reafirmando jurisprudência anterior neste sentido, que havia sido questionada pela concessão da ordem no julgamento do HC 99.449-MG, 2ª. T., Rel.p/ acórdão, Min. Cezar Peluzo, julgamento em

Turma do STF, por unanimidade, considerou constitucional a criminalização do porte de arma de fogo desmuniada. O relator, Min. Gilmar Mendes, consignou expressamente que ambas as faces do princípio constitucional da proporcionalidade - a proibição do excesso (*Übermassverbot*), ligada ao princípio da lesividade ou ofensividade, e a proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*) limitam o âmbito de discricionariedade da atividade legislativa incriminadora, devendo o Estado proteger os direitos fundamentais também contra agressões decorrentes de atos de terceiros. Assim, a própria Constituição lhe impõe "a instituição de um sistema de proteção por meio das normas penais". Sustentou o ministro que "a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal" sendo, ao contrário, muitas vezes "a melhor alternativa, ou a medida mais eficaz para proteção de bens jurídico-penais supra-individuais ou de caráter coletivo": a antecipação da proteção penal em relação à lesão torna mais eficaz, em muitos casos, a proteção do bem jurídico, cabendo ao legislador, dentro de sua ampla margem de avaliação e decisão, definir as medidas mais adequadas para a efetiva proteção de um determinado bem jurídico. Apenas quando assim o fazendo transbordar os limites da proporcionalidade é que poderá ser tachada de inconstitucional. Assim, salientando que a arma de fogo - diferentemente das armas impróprias (faca, vidro etc) tem inerente à sua natureza a característica da lesividade, havendo inequívoco interesse público e social na proscrição do porte de arma de fogo, para a tutela da segurança pública (art. 6º e 144 da CRFB/88), paz social (pelo seu poder de intimidação sobre as pessoas) e, indiretamente, da vida, liberdade, integridade física e psíquica do indivíduo: considerou o ministro que o legislador antecipou-se aos prováveis resultados lesivos, decorrentes da finalidade mesma para a qual a arma de fogo é concebida. Assim, consignando que se pode *poetizar sobre a arma de fogo*, mas é *inexorável que sua natureza é letal*, respaldando uma legítima preocupação do legislador em coibir seu uso, porte e posse, concluiu a unanimidade da 2ª Turma do STF pela constitucionalidade da criminalização do porte de arma desmuniada, a atender a margem de discricionariedade legislativa traçada pelas duas faces do princípio constitucional da proporcionalidade.

f) Julgamento da (in)constitucionalidade da aplicação dos benefícios despenalizadores da Lei 9.099/95 a crimes previstos no Estatuto do Idoso (art. 94 da Lei 10.741/03), na ADI 3.096:

Também no julgamento da ADI 3.096²⁵⁸, realizado em 16/06/2010, relativo à norma do art. 94 da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), o STF manejou o instituto da vedação da proteção penal deficiente, declarando a inconstitucionalidade parcial para conceder interpretação conforme à Constituição no sentido de excluir a aplicação de quaisquer medidas despenalizadoras e de

25.08.2009, DJe 12.02.2010, ocasião em que havia sido considerado inconstitucional a criminalização do porte ilegal de arma de fogo, então prevista no art. 10 da Lei 9.437/97, caso estivesse desmuniada, se não houvesse possibilidade de pronto muniamento.

²⁵⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3.096. Julgamento em 16.06.2010. DJe 03.09.2010.

interpretação benéfica ao autor de crime praticado contra o idoso a partir da norma do art. 94 do Estatuto do Idoso, permitindo apenas a aplicação do rito sumaríssimo e do princípio da celeridade processual previstas na Lei 9.099/95, conforme voto vencedor da relatora Min. Cármen Lúcia. Tratava-se de norma cujo teor literal considerava aplicável o regime penal dos crimes de menor potencial ofensivo trazido pela Lei 9.099/95 aos crimes praticados previstos naquela lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapassasse 4 anos de reclusão.

Após o voto do Min. Eros Grau, julgando improcedente o pedido, sob o fundamento de que não caberia ao STF adentrar o juízo de proporcionalidade ou razoabilidade da lei, o Min. Carlos Ayres Britto, acompanhando a relatora Min. Cármen Lúcia, ante o teor da norma do art. 230 da CRFB/88, prevendo o dever do Estado amparar as pessoas idosas e defender sua dignidade, considerou inconstitucional interpretação que permitisse o gozo dos benefícios despenalizadores da Lei 9.099/95 a quem cometesse crimes contra o idoso, previstos na Lei 10.741/03, "por afronta ao invariável sentido tutelar da Constituição, na matéria, assim como aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, além do princípio da isonomia". Assim, considera-se contrária à Constituição a concessão de tratamento penal mais benéfico ao agente que desrespeitou o bem jurídico mais valioso, a incolumidade e dignidade do próprio idoso, interpretando a norma do art. 94 exclusivamente para fins procedimentais (do art. 77 em diante da Lei 9.099/95, a serem aplicados no Juízo comum), a fim de imprimir tramitação mais rápida aos processos penais abertos contra quem invada a esfera de proteção dos direitos da pessoa idosa. Os demais ministros acompanharam a relatora, salvo o Min. Marco Aurélio que, entendendo não ser possível cindir a norma em questão, sob pena de o STF agir como legislador positivo, julgava procedente a demanda para declarar a inconstitucionalidade integral do dispositivo, por violação aos princípios da proporcionalidade, isonomia e violação do dever constitucional de proteção do idoso.

g) Julgamento da (in)constitucionalidade do regime especial de proteção penal trazido pela Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), vedando a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 e a exigência de representação para a persecução penal de lesões corporais, na ADI 4.424, ADC 19 e HC 106.212.

Em uma série de decisões relativas à constitucionalidade e aplicabilidade da Lei 11.340/06 (*Lei Maria da Penha*), o STF também utilizou o princípio da vedação da proteção deficiente para defender a constitucionalidade e necessidade de proteção penal das mulheres vítimas de violência doméstica.

No julgamento do HC 106.212²⁵⁹, em 24 de março de 2011, o Pleno do STF debruçou-se sobre a constitucionalidade e âmbito de incidência do art. 41 da Lei 11.340/06. Neste julgamento, por

²⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 106.212. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento em 24.03.2011. DJe 13.06.2011.

unanimidade, o STF não só considerou constitucional a vedação de aplicação dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 aos *crimes* praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, como realizou interpretação extensiva do dispositivo - lei penal mais gravosa - para declarar sua incidência também à *contravenção* de vias de fato praticadas neste contexto. Note-se não ter ocorrido extensão do conteúdo de tipo penal incriminador em detrimento do princípio da legalidade, mas mero afastamento de institutos (previstos na Lei 9.099/95) que ensejariam a extinção da punibilidade, a partir de analogia - ou quando menos, de interpretação extensiva - da regra trazida pelo art. 41 da Lei 11.340/06. O STF considerou, pois, à unanimidade, que o princípio da legalidade não impunha óbice à extensão de norma penal mais gravosa de vedação de institutos despenalizadores a hipóteses não previstas expressamente no dispositivo legal: ao revés, sustentou-se que o dispositivo tinha que ser interpretado à luz da Constituição - que determinava a adoção de mecanismos para coibir a violência doméstica - e sob a perspectiva da necessidade de proteção às vítimas das agressões, concretizando o valor da dignidade da pessoa humana e o direito à integridade física e moral das mulheres, admitindo, outrossim, os parâmetros trazidos pelo art. 4º da própria Lei 11.340/06 determinando que a interpretação tivesse em vista "as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar".²⁶⁰ Novamente, no voto do Min. Gilmar Mendes, expressamente se aduziu a temática da proibição da proteção insuficiente - *Untermassverbot* - como "a outra faceta dessa noção de proporcionalidade", afirmando, outrossim, a Min. Ellen Gracie que para cumprir com seus objetivos - a proteção dos direitos fundamentais das mulheres - os juizados de violência doméstica deveriam ser equipados com psicólogos, assistentes sociais e toda uma infraestrutura para realocação das vítimas no mercado de trabalho.

O STF voltou a analisar a constitucionalidade de normas da Lei 11.340/06 nos julgamentos da ADC 19²⁶¹ e da ADI 4.424²⁶², realizados conjuntamente em 09 de fevereiro de 2012. No primeiro, o STF declarou por unanimidade a constitucionalidade do tratamento diferenciado entre homens e mulheres trazido pelo art. 1º da Lei 11.340/06, da determinação de criação de juizados especializados por lei federal e do afastamento da aplicação da Lei 9.099/95 no âmbito da violência doméstica,

²⁶⁰ Aliás, no voto do relator, Min. Marco Aurélio, no HC 106.212, expressamente se consignou a possibilidade de extensão do teor literal da norma penal que impede a aplicação de causas extintivas da punibilidade: "*Dirão que o dispositivo contém referência a crime e não a contravenção penal, não alcançando as vias de fato. Fugam à interpretação verbal, à interpretação gramatical, que, realmente, seduzindo, porquanto viabiliza a conclusão sobre o preceito legal em aligeirado olhar, não consubstancia método seguro de hermenêutica. Presente a busca do objetivo da norma, tem-se que o preceito afasta de forma categórica a Lei n. 9.099/95 no que, em processo-crime - e inexistente processo-contravenção -, haja quadra a revelar a violência doméstica e familiar.*" Não se tratando de norma penal incriminadora, conquanto norma penal mais gravosa, admitiu, e determinou o STF uma *interpretação teleológica extensiva* do teor literal da norma, gramaticalmente considerada, que promovesse *proteção efetiva* dos direitos constitucionais das vítimas.

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADC 19-DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 09.02.2012. DJe 29.04.2014.

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 4.424-DF. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento em 09.02.2012. DJe 01.08.2014.

considerando ter o legislador cumprindo o dever de proteção contra violência no âmbito familiar trazido pelo art. 226, parágrafo 8º, da Constituição Federal. O relator, Min. Marco Aurélio, aduzindo que o tratamento diferenciado concedido às mulheres era corolário da isonomia material prevista na Constituição, disse ter o legislador adotado medidas adequadas e necessárias para cumprir a finalidade traçada pelo art. 226, parágrafo 8º, da CRFB/88, estando a legislação, ainda, em harmonia com a obrigação internacional assumida pelo Brasil de incorporar à legislação interna normas penais, civis e administrativas necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, conforme art. 7º, item c, da Convenção de Belém do Pará. Assim, "sob a óptica constitucional, a norma também é corolário da incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais", concretizando os preceitos contidos na Carta da República, retirando "da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades" ocorridas na privacidade do lar e buscando assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à Justiça.

A Min. Rosa Weber afirmou que a lei inaugurava uma "nova fase no *iter* das ações afirmativas em favor da mulher brasileira", consistindo em verdadeiro microsistema de proteção à família e à mulher (inclusive com normas penais e processuais penais estabelecidas para a defesa dos direitos fundamentais das *vítimas* de violência doméstica). Prosseguiu afirmando que o propósito da legislação - escorada em compromissos assumidos no texto constitucional e em tratados constitucionais - é afirmar um "sistema de persecução e punição minimamente eficaz" para a violência doméstica contra a mulher, ressaltando que o Estado "somente se desincumbe satisfatoriamente do seu dever de agir positivamente na criação de mecanismos para coibir a violência no seio familiar quando tais mecanismos são adequados e eficazes à concretização do seu fim", e fazendo menção ao julgado OPUZ vs. TURQUIA, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que, em 2009, considerou que a proteção à mulher vítima de violência doméstica exige que a persecução penal ocorra de ofício, independentemente da retratação da vítima. Assim, o espectro de escolhas legislativas constitucionalmente disponíveis "somente inclui aquelas que fornecem proteção suficiente ao bem jurídico tutelado", sob pena de ser negada a força normativa da Constituição. Arremata que a experiência derivada da aplicação da Lei 9.099/95 mostrou a manifesta inadequação e insuficiência da frágil proteção penal ali concedida para lidar com a violência praticada no âmbito familiar, indicando que a suavidade da pena e *o desaparecimento da culpa do agressor pelas tratativas procedimentais* tinha levado à "legalização da surra doméstica".

Em sentido similar, o Ministro Luiz Fux afirmou que as políticas de ações afirmativas "se desenvolvem também por medidas de caráter criminal", salientando que uma abordagem pós-positivista da Constituição infere dos direitos fundamentais a existência de "deveres de proteção (*Schutzpflichten*)" impostos ao Estado, concluindo que "como o Direito Penal é o guardião dos bens jurídicos mais caros ao ordenamento, a sua efetividade constitui condição para o adequado

desenvolvimento da dignidade humana, enquanto a sua ausência demonstra uma proteção deficiente dos valores" agasalhados na Constituição. Vale dizer: consigna o Ministro que a *ausência de tutela penal adequada* acarreta uma violação à Constituição, pela proteção deficiente de valores constitucionais, concluindo que "a impunidade dos agressores acabava por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de sevícias, em clara afronta ao princípio da proteção deficiente (*Untermassverbot*)".

O Min. Gilmar Mendes teceu considerações similares, aduzindo que o texto constitucional, mais do que recomenda, *determina* uma ação positiva do legislador em proteger as mulheres vítimas de violência doméstica. O Min. Celso de Mello afirmou que o dever de tutela se assentava na Constituição, bem como na Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar toda forma de violência à mulher, firmada em 1996 em Belém do Pará, devendo ser o Direito uma fórmula de libertação da dominação patriarcal, sendo a Lei Maria da Penha um legítimo instrumento de efetivação dos princípios constitucionais e da determinação contida no art. 226, parágrafo 8º, da CRFB/88, que impõe ao Estado o dever de coibir a violência no âmbito familiar.

Por sua vez, no julgamento relativo à ADI 4.424, o STF, por maioria, assentou a natureza incondicionada da ação penal em caso de lesão corporal contra a mulher em ambiente doméstico, declarando inconstitucional interpretação dos artigos 12, I e 16 da Lei 11.340/06 que considerasse que o crime de lesão corporal leve tivesse sua ação penal condicionada à representação. Trata-se, pois, de mais uma hipótese em que uma condição de procedibilidade que poderia resultar na aplicação de uma causa de extinção da punibilidade em favor de acusados foi afastada, por uma interpretação da questão à luz da Constituição, a exigir a persecução penal incondicionada para a hipótese. Apesar de a maioria dos ministros ter consignado entendimento de que a própria aplicação do art. 41 da Lei 11.340/06, afastando a aplicabilidade da Lei 9.099/95 aos crimes cometidos no âmbito da violência doméstica contra a mulher, já tornaria a ação penal pública e incondicionada, pela não-incidência do art. 88 da Lei 9.099/95, que transformava a lesão corporal leve em crime de ação penal pública condicionada à representação, todos os ministros votantes, à exceção do Ministro Cezar Peluso, votaram pela procedência do pedido, para afastar qualquer interpretação dos artigos 12, I, 16 e 41 da Lei 11.340/06 que considerasse a ação penal do crime de lesão corporal praticado no âmbito doméstico contra a mulher condicionada à representação. Os votos majoritários reiteraram os argumentos expendidos no julgamento da ADC 19, inclusive acerca da necessidade de persecução penal da violência doméstica, sob pena de violação da vedação da proteção insuficiente.²⁶³ A jurisprudência

²⁶³ As diferenças para o julgamento da ADC 19 se limitaram, em síntese, ao voto vencido do Min. Cezar Peluso consignou que sua experiência anterior como juiz em Vara de Família lhe indicava o caráter benéfico das audiências prévias de conciliação de casais em litígio, na presença do magistrado, salientando que o legislador teria dado o caráter condicionado à ação penal por boas razões, por considerar que a dignidade da pessoa humana é melhor concretizada pela outorga à mulher ofendida do poder de decidir acerca do seu destino. Assim, sendo incondicionada a ação, ela sofreria o risco de, se houver decidido continuar a conviver com o parceiro que a agrediu "- e pode ter sido ofensa

em tela foi recentemente reafirmada pelo STF no âmbito da sistemática dos julgamentos com repercussão geral, tendo sido reiterado no julgamento do Tema 713 que "os crimes de lesão corporal praticados contra a mulher no âmbito doméstico e familiar são de ação penal pública incondicionada".²⁶⁴

h) Interpretação do crime de corrupção de menores à luz da Constituição: reafirmação do caráter formal do delito. (RHC 108.970)

Também no julgamento do RHC 108.970²⁶⁵, pela 2ª Turma do STF; em 09 de agosto de 2011, reafirmando jurisprudência anterior do STF e do Superior Tribunal de Justiça, decidiu-se pela natureza formal do delito de corrupção de menores previsto no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (incluído pela Lei 12.015/09), utilizando-se a necessidade de se conferir o *máximo de eficácia à Constituição* como diretriz hermenêutica, assegurando-se proteção penal a *todas as crianças e adolescentes*. Assim, violaria o conjunto de garantias trazido pelo art. 227 da Constituição Federal o afastamento da criminalização da corrupção de menores quando houvesse notícia de prévio envolvimento do menor em atos infracionais. Reconhecendo o relator, Min. Ayres de Brito, que a norma "não tem outro fim imediato senão a proteção da criança e do adolescente", conclui que admitir que nem todas as crianças e adolescentes merecem (ou podem receber) proteção penal significa *precarizar "com a desproteção"* aquele que a Constituição quis mais fortemente proteger, o que é conclusão vedada pela hermenêutica constitucional. Verifica-se, aqui, que o reconhecimento de um dever estatal de proteção (suficiente) à criança e adolescente impediu exegese que afastasse a incidência de norma penal incriminadora, promovendo-se interpretação do Direito Penal à luz da Constituição - ainda que sem efeitos ampliativos do teor literal do dispositivo penal.

i) Ações constitucionais pendentes de julgamento: a (in)constitucionalidade da extinção de punibilidade nos crimes tributários pelo pagamento e a ADI 4.273.

eventual e isolada -, no meio dessa convivência eventualmente já pacificada mediante a renovação do pacto familiar, ser surpreendida com uma sentença condenatória, que terá no seio da família consequências imprevisíveis", podendo desencadear maior violência, além de desconsiderar a "necessidade da manutenção da situação familiar, em que está envolvida não apenas a condição da mulher ou a condição do parceiro, mas também filhos, netos, outros parentes, e que constituem elemento fundamental na mecânica da sociedade". Por outro lado, o Min. Gilmar Mendes, no julgamento da ADI 4.424, lamentou *obiter dictum* a falta de dados empíricos que pudessem determinar qual fórmula - de persecução penal pública condicionada à representação ou incondicionada - promoveria de fato uma maior proteção à mulher vítima de violência doméstica, temendo uma maior taxa de subnotificação caso a ação fosse incondicionada. Conclui-se, pois, que a divergência se relacionada não à existência de um dever de proteção adequada, fática e normativa, para a mulher vítima de violência doméstica, senão para a melhor forma de implementá-lo, isto é, se através do reconhecimento da ação pública incondicionada para o crime de lesão corporal no âmbito doméstico contra a mulher, ou através da exigência de representação da vítima para a persecução penal.

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário Virtual. Repercussão Geral. Tema 713. ARE 773.765-RG/PR. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 04.04.2014, DJe 28.04.2014.

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RHC 108.970-DF. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento em 09.08.2011. DJe 19.12.2011.

O princípio da vedação da proteção (penal) deficiente é, ainda, fundamento das iniciais das ADIs 3.002 e 4.273, ajuizadas pelo Procurador-Geral da República em face das normas das Leis 10.684/03 e 11.941/09, respectivamente, que preveem a extinção da punibilidade em crimes tributários em decorrência do pagamento dos tributos e acessórios e a suspensão dos processos em caso de adesão a programa de parcelamento e pagamento dos débitos. Argumentou-se que o tratamento penal das fraudes fiscais tributárias importaria em discriminação odiosa em relação aos crimes ordinários praticados contra o patrimônio, ou mesmo de falsidade, importando em "penalizar sistematicamente os delitos dos pobres" e "se mostrar complacente com os delitos dos ricos". A ADI 3.002 foi extinta, sem julgamento do mérito, por perda de objeto, ante a revogação da norma impugnada da Lei 10.684/03 pela Lei 11.941/09. A ADI 4.273, impugnando ambas as normas, encontra-se pendente de julgamento. É de se salientar a posição do Conselho Federal da OAB-RJ, defendendo que a criminalização dos crimes tributários dos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 atenta contra o princípio da intervenção mínima no Direito Penal, que seria concretizado pelas normas impugnadas. Sustenta, ainda, a OAB que a extinção da punibilidade pelo pagamento incentivaria, ainda, a regularização de pendências financeiras com o Fisco, defendendo ser mais útil à sociedade o pagamento do débito do que a penalização do sonegador. O STF vem aplicando a causa de extinção da punibilidade em questão de forma unânime, conforme HC 81.929 e Inq 1.864-PI, consignando no primeiro julgado a retroatividade da norma, como lei penal mais benigna, e no segundo, por seu Pleno, afirmando que a causa de extinção de punibilidade trazida pelo art. 9º da Lei 10.684/03 (atualmente pelo art. 68 da Lei 11.941/09) "goza de presunção de constitucionalidade, não obstante esteja em tramitação nesta corte ação direta de inconstitucionalidade, sem pedido de liminar, visando a retirar sua eficácia normativa", tendo sido, pois, rejeitada denúncia em face de parlamentar federal, ante o pagamento integral do débito por ele devido.

j) Ações constitucionais pendentes de julgamento: a (in)constitucionalidade da necessidade de representação da vítima ou sucessores na ação penal do crime de estupro qualificado por lesões graves ou morte da vítima, na ADI 4.301 (novo art. 225 do CP cf. Lei 12.015/09).

Outra ação direta de inconstitucionalidade ainda pendente de julgamento perante o STF onde se sustenta violação ao princípio da vedação da proteção deficiente é a ADI 4.301, que ataca a nova redação dada pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, ao art. 225 do Código Penal. A demanda, proposta pelo Procurador-Geral da República, visa à declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do *caput* do art. 225 do CP, para excluir do seu âmbito de incidência os crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, em relação aos quais requer se reconheça a persistência da regra geral de que a ação penal é pública e incondicionada.

A Lei 12.015/09, ao passo em que fundiu os antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um mesmo tipo penal, inseriu os tipos qualificados no mesmo artigo em que veiculada a

figura típica fundamental, abandonando a antiga previsão apartada antes contida no art. 223 do CP, revogado pela nova legislação. Dessa maneira, a aplicação literal da norma trazida pelo novo art. 225, *caput*, do CP, especial em relação à norma geral do art. 101 do Código Penal, levaria à conclusão de que a ação penal nos crimes de estupro qualificado, do qual decorresse lesão corporal grave ou morte, seria doravante condicionada à representação da vítima ou de seus sucessores.

O PGR pede seja declarada a inconstitucionalidade de tal interpretação, considerando que exigir a referida condição de procedibilidade da ação penal em casos tais, de altíssima gravidade e direta violação a direitos fundamentais como a vida, integridade física e liberdade sexual, "constitui franca transgressão ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e ao princípio da proibição da proteção deficiente, importante vertente do princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF)". Assim, o dever de proteção penal de bens jurídicos de índole constitucional não poderia ser obstado por empecilho processual sem que houvesse uma forte razão a justificar a opção legislativa, sob pena de se deixarem vulneráveis bens jurídicos essenciais à dignidade da pessoa humana. Ademais, a falta de razoabilidade da previsão decorreria, ainda, que nos demais crimes definidos na legislação com resultado morte ou lesão corporal grave, a ação penal é sempre pública e incondicionada, não sendo sustentável o tratamento diferenciado em relação ao crime de estupro.

A referida ADI, de número 4.301, ainda está pendente de ser incluída na pauta para julgamento, tendo sido adotado o rito do art. 12 da Lei 9.868/99, para julgamento definitivo da causa, ante a relevância da matéria e seu especial significado para a segurança jurídica. Cabe salientar, ainda, que o Advogado-Geral da União manifestou-se pela *procedência* do pedido, para excluir do âmbito de incidência do novo art. 225 do CP o crime de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, em relação ao qual a lei não pode obstar a persecução penal, sob pena de violar a dignidade da pessoa humana, o princípio da razoabilidade e a vedação de proteção deficiente dos direitos fundamentais.

k) Ações constitucionais pendentes de julgamento: criminalização da homofobia. Mandados de criminalização do art. 5º, XLI e XLII, da CRFB/88. Pedido de extensão interpretativa do crime de racismo do art. 20 da Lei 7.716/89 à discriminação homo- e transfóbica (Inq. 3.590 e ADO 26). Pedido de determinação judicial ao Congresso Nacional, com fixação de prazo, da criminalização de atos discriminatórios fundados na orientação sexual ou de gênero, sob pena de criminalização judicial da homotransfobia pela jurisdição constitucional, através da ADO 26 e MI 4.733.

Por fim, a questão dos mandados implícitos de criminalização - com novas repercussões - vem a tona no bojo da discussão acerca da criminalização da denominada *homofobia*, discutida no Inq 3.590 (cuja denúncia, oferecida em 08.01.2013, foi rejeitada à unanimidade pela 1ª Turma do STF em 12.08.2014), na ADO 26-DF (ajuizada em 19.12.2013) e no MI 4.733 (ajuizado em 10.05.2012), estes ainda pendentes de julgamento.

A partir do Inquérito n. 3.590, o PGR ofereceu denúncia em face do deputado Marcos Antônio Feliciano por suposta violação da norma do art. 20 da Lei 7.716/89, ao manifestar-se de forma negativa com relação aos homossexuais em conta que mantém em rede social cibernética, mencionando que "A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam (sic) ao ódio, ao crime, a (sic) rejeição". Por tal manifestação, o PGR ajuizou denúncia imputando a prática do crime do art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação da lei 9.459/97: "Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional". O PGR argumentava que o precedente firmado no HC 82.424 (Caso *Ellwanger*, supramencionado), estabelecia "premissas que no tema da discriminação e do racismo sobre o tema da discriminação e do racismo, visando conferir enfoque ampliado ao conceito de raça constante do tipo penal", para que fosse considerada típica a manifestação pejorativa realizada em desfavor dos homossexuais. Ante a impossibilidade de se usar de analogia para a criação de norma penal incriminadora, decorrente do princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), a 1ª Turma, por unanimidade, rejeitou a denúncia, por atipicidade da conduta.

A questão, todavia, está sendo novamente discutida - com outra abordagem - na ADO 26-DF e no MI 4.733. A primeira demanda, proposta pelo Partido Popular Socialista - PPS em 19.12.2013, pede: i) o reconhecimento de que o conceito de racismo abrange a homofobia a transfobia, para enquadrar tais condutas na ordem de criminalização e imprescritibilidade do racismo do art. 5º, XLII, da CRFB/88; ii) a declaração da mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar a homofobia e transfobia, fixando-se prazo para aprovação de legislação neste sentido; iii) que caso o Poder Legislativo não respeite o prazo estipulado, sejam incluídas as práticas discriminatórias fundadas na orientação sexual na Lei 7.716/89 ou sejam tipificadas as condutas de homofobia e transfobia, "nos moldes que o STF entender mais adequados", bem como seja condenado o Estado brasileiro a indenizar as vítimas de todas as formas de homofobia e transfobia. O Senado Federal negou a existência de mora diante dos inúmeros debates no parlamento sobre o tema, e a Câmara dos Deputados indicou a aprovação de projeto de lei no sentido requerido, já encaminhado ao Senado Federal para apreciação. O PGR manifestou-se pelo não conhecimento da demanda no que tange à condenação a indenização das vítimas, por se tratar de processo objetivo. No mérito, opinou no sentido de que o mandado de criminalização do racismo - e a própria Lei 7.716/89 - abrange atos homofóbicos e transfóbicos, já que o racismo não seria um conceito antropológico ou biológico, senão cultural e sociológico, a caracterizar instrumento de controle ideológico e subjugação social. O PGR considerou que as normas dos incisos XLI e XLII do art. 5º da CRFB/88, determinando a "punição de qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais" e que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei", criam um dever de tratamento penal da discriminação relativa à orientação sexual, diz não haver justificativa para tratamento jurídico diverso "sob pena de intolerável hierarquização de opressões", cita recomendações

não-vinculantes de organismos supranacionais e a existência de "compromisso oficial do governo brasileiro", exteriorizado pelos Decretos nº 4.229/2002 e nº 7.037/2009 - Plano Nacional de Direitos Humanos II e III, respectivamente, em "propor o aperfeiçoamento da legislação penal no que se refere à discriminação e à violência motivadas por orientação sexual".

Conclui o PGR que há proteção insuficiente destas minorias contra atos discriminatórios e violência homofóbica, caracterizando inconstitucionalidade pela falta de tutela penal e aduzindo que a mora no trâmite de projeto de lei que criminalize tais atos já ultrapassou qualquer lapso temporal aceitável, sugerindo a fixação de prazo razoável - mencionando precedente referindo prazo de 18 meses para cumprimento de dever constitucional pelo Legislativo²⁶⁶ para edição de lei criminalizando atos homofóbicos.

Não sendo observado o prazo, a nova manifestação do PGR é no sentido do *suprimento normativo da omissão legislativa pela própria Corte*, regulamentando os dispositivos constitucionais invocados enquanto não sobrevier edição de lei específica pelo Congresso Nacional (para o que sugere a adoção de parâmetros objetivos, como a utilização do conteúdo do projeto de lei aprovado pela Câmara dos Deputados ou da respectiva parte do projeto de Código Penal em trâmite no Senado Federal. Sem prejuízo, manifesta-se o PGR no sentido de que seja promovida imediata interpretação da Lei 7.716/89 conforme a Constituição, para determinar a aplicabilidade daquele diploma legal "para todas as formas de homofobia e transfobia", adotando-se "decisão de perfil moderadamente aditivo a partir da legislação existente", concedendo-se "interpretação extensiva, sintonizada à realidade social".²⁶⁷

Eficácia semelhante ao princípio da vedação da proteção deficiente e aos mandados de criminalização é buscada através do Mandado de Injunção 4.733-DF, também pendente de decisão definitiva no STF. O MI 4.733 foi ajuizado por associação civil²⁶⁸ em 10.05.2012, havia sido objeto de decisão monocrática de não conhecimento em 23.10.2013, acolhendo manifestação do AGU e parecer do PGR no sentido do descabimento do *writ* injuncional. Salientou-se, na ocasião, a inexistência de direito subjetivo concreto cuja fruição estivesse sendo obstada pela ausência de regulamentação legal, mas sim a configuração de um "bem articulado movimento em prol de uma legislação criminal ainda mais rigorosa no tocante à punição de condutas homofóbicas", bem como a falta de possibilidade de suprimento judicial da suposta omissão legislativa na seara do Direito Penal, tendo em vista o óbice do princípio da reserva legal penal (art. 5º, XXXIX, da CRFB/88), a exigir lei, em sentido estrito, produzida pelo Congresso Nacional, para a edição de normas penais incriminadoras.

²⁶⁶ À luz do precedente da ADI 3.682-MT, onde foi estabelecido um prazo de 18 meses para a adoção das providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, parágrafo 4º, da Constituição.

²⁶⁷ Conforme parecer da Procuradoria-Geral da República datado de 15.06.2015, disponível em <http://www.pgr.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/ADO-26.pdf>. Acesso em 23.11.2015.

²⁶⁸ A autora do MI coletivo é a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT).

O anterior PGR havia aduzido, ainda, não haver mora ou omissão legislativa, ante a existência de projeto de lei, já aprovado na Câmara dos Deputados, em trâmite no Senado Federal, bem como pela existência de normas penais que tipificam os delitos de homicídio, lesões corporais e crimes contra a honra, a veicular proteção penal dos bens jurídicos usualmente violados por atos de homofobia e transfobia, bem como por seu entendimento acerca da aplicabilidade do art. 20 da Lei 7.716/89 a qualquer tipo de discriminação ou preconceito, inclusive contra os homossexuais.

Entretanto, a impetrante interpôs agravo regimental, visando a afetar a questão ao Plenário do STF, tendo o recurso recebido parecer *favorável* do novo PGR, por seu conhecimento e provimento. O parecer recursal exarado pelo atual PGR²⁶⁹, suscitando a evolução da jurisprudência do STF no sentido de admitir que a decisão do mandado de injunção possa fixar prazos para que o Poder Legislativo edite a norma devida e até mesmo possa prever a própria regulamentação da situação pelo STF, saúda seu uso como *ferramenta de concretização constitucional*: enquanto o STF traduziria demandas sociais judicialmente articuladas, o Congresso enfrentaria as demandas articuladas politicamente, contribuindo o Judiciário no processo de construção normativa através de diálogo institucional com o Legislativo, para acelerar o processo de produção normativa e conferir concretização aos comandos constitucionais de punição da discriminação e do racismo. Para o atual PGR, o mandado de injunção permitiria diversas possibilidades de provimento judicial: desde a mera injunção (aviso de mora ao Congresso), com ou sem assinação de prazo ao legislador - inspirado no *Appellentscheidung* da prática alemã, reconhecendo que cabe a este a avaliação acerca da oportunidade de edição da norma regulamentadora, passando pela interpretação conforme a Constituição da Lei 7.716/89 para estender sua aplicação a todas as formas de homofobia e transfobia, e chegando até mesmo ao acolhimento do pedido maior de que *o próprio Supremo Tribunal Federal proceda à regulamentação dos dispositivos constitucionais*, propugnando a mesma solução ofertada na ADO 26, isto é, a adoção dos projetos de lei em trâmite na Câmara e Senado como parâmetros, manifestando-se contrariamente, apenas, ao pedido de indenização em favor das vítimas da homofobia e transfobia, por não se adequar à finalidade do mandado de injunção e por não se poder atribuir ao Estado responsabilidade genérica pela violência social, *a não ser quando se consiga estabelecer responsabilização específica por déficit inaceitável de segurança*. Em relação ao óbice do princípio da reserva legal, defendeu o PGR que este deve ser interpretado à luz da supremacia da Constituição, das determinações específicas de legislar para proteger a dignidade, do controle de constitucionalidade, da previsão de mecanismos para o enfrentamento da omissão inconstitucional e do papel do STF na

²⁶⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. MI 4.733. Parecer datado de de 25.07.2014. Íntegra disponível nos links: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4733&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>, e <http://www.pgr.mpf.mp.br/conheca-o-mpf/procurador-geral-da-republica/informativo-de-teses/informativo-no-3-de-25-06-2015/docs/MI-4733.pdf>. Acessos em 20 de novembro de 2015.

concretização constitucional, "que geram reconfiguração desse princípio", permitindo a "efetiva regulamentação do valor (sic) constitucional desprotegido" , ainda que de modo provisório e por intermédio da jurisdição constitucional, tratando-se de "regulamentação autorizada pela Constituição, com o que restará atendido o princípio da legalidade", e regulamentação "excepcional e supletiva, com o que se respeitará o princípio da divisão funcional do poder e a primazia da conformação pelo Poder Legislativo".

A mudança no posicionamento do PGR acerca do MI 4.733 e a posição manifestada na ADO 26 ensejaram fortes reações contrárias na doutrina - inclusive por parte de alguns dos principais desenvolvedores da teoria dos deveres estatais de tutela (penal) de direitos fundamentais e da vedação de proteção deficiente no Brasil, LENIO STRECK e INGO SARLET. Em artigo conjunto destes professores com outros expoentes doutrinários²⁷⁰, a repercussão proposta pelo atual PGR ao instituto foi veementemente criticada. Os autores salientaram que a luta pela criminalização da homofobia devia ocorrer no Parlamento, não sendo o Poder Judiciário o foro adequado para satisfazer a pretensão da associação impetrante. Afastando a tese de que o art. 5º, XLI, encerre um mandado de *criminalização*, já que não faz menção à necessidade de sanção *penal* para *qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*, salientaram que o Constituinte deixou ao alvedrio da deliberação legislativa infraconstitucional o estabelecimento das hipóteses concretas e das respectivas sanções cabíveis, não havendo comando constitucional que exija tipificação específica da homofobia ou transfobia. Ademais, ressaltaram o papel do princípio da legalidade estrita (art. 5º, XXXIX, da CRFB/88) como óbice absoluto a tentativa de *criminalização judicial* de condutas, salientando que o deferimento do *writ* faria com que o Judiciário legislasse, substituindo os juízos políticos, morais e éticos, próprios do legislador, pelos seus. Rejeitaram os autores, ainda, a extensão do conceito de racismo para abranger a homofobia, porquanto desconsidera a vedação da analogia *in malam partem* em sede de norma penal incriminadora. Aduzem, ainda, que o princípio da proibição da proteção insuficiente - *Untermassverbot* - foi utilizado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão para impedir a descriminalização de uma lesão a direito fundamental, à míngua de alternativas eficazes de proteção, e para servir de controle das omissões e ações insuficientes do Poder Público, não se prestando como fundamento cogente para, por si só, justificar a criminalização de uma conduta mediante provimento jurisdicional. Afirmam a distinção constitucional entre as normas referentes ao racismo (art. 5º, XLII, da CRFB/88, trazendo mandado expresso de criminalização e determinando a imprescritibilidade e a punição de atos de racismo com pena de reclusão) e à discriminação atentatória de direitos fundamentais (art. 5º, XLI, da CRFB/88), criticando a vagueza e ambiguidade do "tipo

²⁷⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin/SARLET, Ingo Wolfgang/COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda/STRECK, Lenio Luiz/PANSIERI, Flávio. *Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito*. Disponível desde 21.08.2014, em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em 23 de novembro de 2015.

penal" pretendido na impetração (de criminalização de "todas as formas de homofobia e transfobia"). Concluem que a *bondade intrínseca do combate a todas as formas de discriminação* não justifica todo e qualquer meio para a sua realização, mormente quando implicar por si em sérias violações de direitos e garantias fundamentais asseguradas na Constituição e no DIDH, arrematando que "pretendemos ser duros na defesa do direito constitucional, mas tolerantes com a divergência e prontos para o diálogo democrático", não se podendo violar *princípios sagrados à Democracia e ao constitucionalismo*.²⁷¹

As críticas suscitaram réplica por parte de VECCHIATI²⁷², advogado da associação impetrante, na mesma *homepage*, sustentando que a previsão constitucional do mandado de injunção não impede seu uso para a criminalização de condutas, de forma a permitir o exercício de direitos fundamentais ameaçados, pugnando pela reforma da jurisprudência do STF neste sentido. Assim, rejeitando o "fundamentalismo do Direito Penal Mínimo", afirma ser incoerente a crítica, porquanto demonstrada a insuficiência das medidas administrativas e cíveis adotadas em alguns estados e municípios para coibir a *homotransfobia*. Assim, forte na imperatividade dos mandados de criminalização frente ao legislador, VECCHIATTI defende que apenas a normatização do tema, ainda que provisória, pelo Tribunal Constitucional, em caso de recusa do Parlamento, é capaz de cumprir a ordem constitucional de legislar e suprir a omissão inconstitucional, o que seria corolário do próprio sistema de freios e contrapesos inerente à separação de poderes: a única forma de controlar eficientemente a omissão inconstitucional é mediante seu suprimento pela jurisdição constitucional, na forma da corrente concretista geral do MI. Conclui, corroborando o segundo parecer da PGR, que o princípio da legalidade estrita deve ser interpretado sistematicamente com a supremacia constitucional.

Sem pretender neste momento abordar o mérito da discussão, é preciso recordar que eventuais excessos nas propostas de repercussões a serem dadas aos mandados de criminalização e ao princípio da vedação da proteção deficiente, inevitáveis à evolução doutrinária e jurisprudencial de qualquer tese, contribuem dialeticamente para o desenvolvimento do instituto jurídico, e não devem ser vistos como inerentes a ele, em si mesmo, senão como um (mau?) uso das premissas constitucionais e da dogmática proposta. Afinal, é possível reconhecer a juridicidade e racionalidade da fundamentação teórica e estudar a aplicação jurisprudencial de um instituto sem que isto importe em concordar com todas as respectivas propostas e desenvolvimentos preconizados pela doutrina ou por operadores do direito. Assinalar quais efeitos e repercussões são necessários, quais são possíveis e refletir se há

²⁷¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin/SARLET, Ingo Wolfgang/COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda/STRECK, Lenio Luiz/PANSIERI, Flávio. *Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito*. Disponível desde 21.08.2014, em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em 23 de novembro de 2015.

²⁷² VECCHIATI, Paulo Roberto Iotti. *Criminalização da homofobia. O Mandado de injunção e a criminalização de condutas*. Disponível desde 26 de agosto de 2014 em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas>. Acesso em 23 de novembro de 2015.

aqueles que não podem ser admitidos é exatamente o papel dos intérpretes e da doutrina que se debruça a pesquisar o tema.

Por via de consequência, exatamente por estarem os mandados de criminalização em desenvolvimento teórico e jurisprudencial, seus contornos exatos e possibilidades jurídicas ainda não estão rigidamente delimitados, sendo certo que vêm alimentando debates no seio do STF e ganhando crescente reconhecimento em sua jurisprudência e no meio doutrinário. Neste sentido, verifica-se que caberá ao STF, nos próximos anos, traçar as consequências jurídicas passíveis de desenvolvimento, com amplas oportunidades de discussão do tema a partir do julgamento das demandas que pedem seja declarada a inconstitucionalidade de causa de extinção da punibilidade relativa a crimes tributários (ADI 4.273), de interpretação que preveja a existência da condição de procedibilidade da representação da vítima ou de seus sucessores, nos crimes de estupro seguido de lesões graves ou de morte (ADI 4.301), e da determinação judicial de criminalização da homo- e transfobia, sob pena de suprimento judicial da omissão através de mecanismos de jurisdição constitucional (ADO 26 e MI 4.733).

Após a análise dos fundamentos internacionais dos mandados de penalização, vinculados ao DIDH, no capítulo III, e das críticas empreendidas em face do instituto, no capítulo IV, no capítulo V refletir-se-á acerca do mérito destas discussões, bem como de outras propostas de repercussão e de possível eficácia jurídica do instituto, nos limites traçados pelo escopo desta dissertação.

2.6 Conclusões intermediárias:

Em conclusão aos argumentos e fatos expostos neste capítulo, pode-se afirmar que o STF vem reconhecendo os pressupostos necessários ao desenvolvimento e aplicação do instituto, forte na evolução neoconstitucionalista, no caráter normativo dos princípios constitucionais e na eficácia dos direitos fundamentais em face de particulares (*Drittwirkung der Grundrechte*), ensejando deveres constitucionais de proteção. Assim, o STF vem outorgando diversos efeitos - inclusive penais e processuais penais - ao princípio da vedação da proteção deficiente, que reconhecem como subprincípio da proporcionalidade ou da razoabilidade.

De forma semelhante, a doutrina brasileira começa a se debruçar sobre a temática, elaborando propostas que sustentam a inconstitucionalidade de diversos institutos despenalizadores, que ensejem óbices à persecução penal ou que tratem de forma demasiadamente branda certos ataques contra direitos fundamentais, em desenvolvimentos que vêm sendo, em parte, acolhidos pela jurisprudência do STF.

Com efeito, da análise de diversos julgados do Tribunal, verifica-se que ele vem reconhecendo que a norma constitucional possa determinar a criminalização secundária de condutas, afastando óbices processuais e prescricionais, bem como iluminar a hermenêutica das normas penais incriminadoras. Assim, com base no princípio da vedação da proteção deficiente, como vertente do princípio da

proporcionalidade e no princípio da isonomia, o STF promoveu interpretação extensiva à imprescritibilidade constitucionalmente prevista ao racismo para declarar que abrangia também a discriminação religiosa, assentou a possibilidade de sindicância da constitucionalidade de norma concessiva de anistia ante o princípio da proporcionalidade, negou extensão analógica a causa extintiva da punibilidade em crime de estupro e mencionou, ainda que *obiter dictum*, a inconstitucionalidade da progressão de regime em crimes hediondos com os mesmos parâmetros temporais dos crimes comuns. Além disso, o STF considerou inconstitucionais benefícios despenalizadores concedidos de forma ampla pela Lei 10.741/03, reduzindo sua incidência para que não violassem a vedação da proteção deficiente e o princípio da isonomia. A necessidade constitucional de proteção penal permeou a interpretação de tipos penais, culminando na conclusão da constitucionalidade da criminalização de tipo de perigo abstrato (na hipótese do porte ilegal de arma de fogo desmuniada) e na reafirmação do caráter formal do crime de corrupção de menores (ante a necessidade constitucional de proteção penal adequada para crianças e adolescentes). Por fim, o STF usou do princípio da vedação da proteção deficiente para concluir pela constitucionalidade do afastamento dos benefícios despenalizadores da Lei 9.099/95 em casos de violência doméstica, bem como para determinar a inconstitucionalidade da interpretação que obstasse a persecução penal de lesões corporais em violência de gênero contra a mulher à representação, afirmando a necessidade de a persecução penal ocorrer de ofício e de forma incondicionada nesta hipótese.

Por outro lado, pendem de julgamento no STF demandas onde se veiculam o dever de proteção penal, o princípio da isonomia e a necessidade constitucional de criminalização secundária para afastar a extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida em crimes tributários e para afastar o óbice processual da necessidade de representação na hipótese de crime de estupro seguido de morte, ou de lesões corporais grave. Por fim, na questão da criminalização da homofobia, o Tribunal terá que se defrontar com a tese da existência de um mandado de criminalização *primária* da discriminação homofóbica e com pedidos de criminalização *judicial* dos fatos. Retomaremos estes desenvolvimentos, e analisaremos seu mérito, no capítulo V, após a exposição dos fundamentos internacionais dos mandados implícitos de criminalização (capítulo III) e a análise das principais críticas efetuadas ao instituto (capítulo IV).

3 FUNDAMENTOS INTERNACIONAIS DOS MANDADOS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO:

Após a exposição dos fundamentos constitucionais dos mandados de criminalização, é mister perquirir acerca das fontes internacionais do instituto, encontradas no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Com efeito, com o desenvolvimento e evolução do DIDH, em especial a jurisprudência da Corte IDH e do TEDH paulatinamente passaram a reconhecer - a partir das respectivas convenções americana e europeia de direitos humanos, a existência de *obrigações positivas, deveres positivos de tutela penal* dos Direitos Humanos por parte dos Estados signatários. Tais deveres internacionais de tutela penal abrangem não apenas o Legislador - que deve criminalizar tais condutas e abster-se de editar causas normativas de impunidade (p.ex. normas que prevejam a extinção da punibilidade, causas justificantes ou exculpantes excessivamente amplas ou vagas), como ao Executivo, Ministério Público e Judiciário, como exposto no item 1.4.2.2 supra.

Antes é preciso, porém, narrar como se deu a evolução do DIDH neste sentido, bem como esclarecer as características e o funcionamento do sistema interamericano de Direitos Humanos, com ênfase na submissão brasileira à Corte IDH.

3.1 A evolução do DIDH.

A partir do Direito Internacional Público, em especial a partir do período do pós-guerra²⁷³, como reação às atrocidades nacionais-socialistas chanceladas pelo direito interno²⁷⁴, desenvolve-se no

²⁷³ Com a Carta da ONU, firmada em 26 de junho de 1945 (e positivada no Brasil pelo Decreto 19.841, de 22 de outubro de 1945, prevê que as Nações Unidas deverão favorecer o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos (art. 55, alínea c, da Carta da ONU), secundada pela Declaração Universal de Direitos e Deveres do Homem de 1948, pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os direitos fundamentais antes declarados passaram a ser positivados, estabelecendo-se um sistema internacional de monitoramento e responsabilização (*accountability*), para promoção, controle e garantia dos direitos humanos. Neste sentido, BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Os direitos humanos e a violência descrita nos tipos penais*. Renovar. Rio de Janeiro:2014, p. 70. No mesmo sentido, ARAÚJO, Nádia de, e ANDREIUOLO, Inês da Matta. A internacionalização dos tratados no Brasil e os Direitos Humanos. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.69-70, aduzindo que a formulação *jurídica* dos direitos humanos surgiu com a Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, ainda que tenha sido influenciada pelo *Bill of Rights* inglês (de 1.689), pela Declaração de Independência norte-americana (de 1.776) e pela Declaração de direitos do Homem e do cidadão da Revolução Francesa, de 1789. Ainda, no mesmo sentido, André de Carvalho Ramos anota ainda que o processo de internacionalização dos direitos humanos se acelerou com a superação da bipolaridade da Guerra Fria, cf. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17; de forma semelhante, PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p.385. A autora salienta, ainda, (Ibid., p. 188-210) que o Direito Humanitário (que limita a conduta dos Estados na hipótese de conflitos armados), a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho, criadas após a Primeira Guerra Mundial, foram os primeiros marcos do processo de internacionalização dos direitos humanos, limitando a soberania estatal, antes tida como absoluta, e que doravante incorporava obrigações internacionais de direitos humanos, fazendo paulatinamente emergir a concepção de que os direitos humanos constituem matéria de legítimo interesse internacional (Ibid., p.190); entretanto, a verdadeira consolidação do DIDH, surgiria apenas no pós-

ordenamento jurídico internacional o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), como "conjunto de normas que estabelece os direitos que os seres humanos possuem para o desenvolvimento de sua personalidade e estabelece mecanismos de proteção a tais direitos"²⁷⁵, integrando o *jus cogens*, isto é, as normas imperativas da ordem jurídica internacional, por seu caráter imperativo, prescindindo da necessidade de reciprocidade.²⁷⁶ Dessa forma, os tratados internacionais de direitos humanos se distinguem substancialmente dos demais tratados ordinariamente firmados entre Estados: primeiro, porque são inspirados em valores comuns superiores de proteção do ser humano; depois, frequentemente são dotados de mecanismos próprios de supervisão, estabelecendo garantias coletivas de sua observância, ao revés dos tratados ordinários, que regulamentam interesses recíprocos entre os Estados-partes e são por estes próprios aplicados. Ademais, o DIDH e o direito interno agem em constante interação no propósito convergente e comum de salvaguarda dos direitos humanos e, conseqüentemente, em caso de conflito, deterá a primazia aquela norma que melhor proteja as vítimas de violações de direitos humanos, seja ela de origem internacional ou interna.²⁷⁷ Por fim, o DIDH se desenvolve visando a proteção dos direitos fundamentais em face de possíveis violações não apenas por parte de Estados, mas também de empresas, guerrilhas, grupos terroristas e até mesmo delinquentes

guerra, como reação às monstruosas violações de direitos humanos perpetradas pela ditadura nacional-socialista alemã, através da Carta das Nações Unidas de 1945 e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, normatizada através do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que asseguram novos direitos e afastam quaisquer dúvidas acerca do caráter vinculante e normativo das prescrições enunciadas. (Ibid., p. 239-240), sendo complementada por dezenas de convenções internacionais e regionais de direitos humanos e impulsionada pelo fim da Guerra Fria, considerada uma *segunda revolução* no processo de internacionalização dos direitos humanos, reafirmando-os como tema global (Ibid., p. 386). Por sua vez, Fábio Konder Comparato enuncia uma primeira fase de internacionalização dos direitos humanos entre a segunda metade do século XIX e a 2ª Guerra Mundial, centrada no direito humanitário, na luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado, seguida pela segunda fase de internacionalização dos direitos humanos, após a 2ª Guerra Mundial e como reação a "*três lustros de massacres e atrocidades de toda a sorte*". V. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ª ed. rev. atual., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 54-55.

²⁷⁴ Flávia Piovesan aduz que a indiferença do positivismo a valores éticos permitira a ascensão nazifascista e a promoção da barbárie em nome da lei, como desvelado por HANNA ARENDT em sua obra clássica sobre o julgamento de Eichmann: assim, a reconstrução dos direitos humanos no pós-guerra exigia e promovia tanto a emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos, como a adoção de textos constitucionais abertos a princípios e dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade da pessoa humana, incorporados na experiência brasileira após a redemocratização política com a Constituição de 1988. PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a reforma do Poder Judiciário*. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 407-409. A referência à obra de HANNA ARENDT é ao clássico ARENDT, Hanna. *Eichmann em Jerusalém - Um relato sobre a banalidade do mal*, trad. José Rubens Siqueira. São Paulo, Cia das Letras, 1999.

²⁷⁵ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 788. Conforme RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 25-26, o DIDH é "*o conjunto de normas jurídicas internacionais que cria e processa obrigações do Estado em respeitar e garantir certos direitos a todos os seres humanos sob sua jurisdição, sejam eles nacionais ou não*", encontrando-se dispersas em centenas de textos internacionais de diferentes tipos e alcances, no costume internacional e nos princípios gerais do Direito.

²⁷⁶ BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Os direitos humanos e a violência descrita nos tipos penais*. Renovar. Rio de Janeiro: 2014, p. 52-53.

²⁷⁷ V. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.10.

comuns²⁷⁸, em especial para amparar as vítimas, determinar a atuação estatal para coibir os ilícitos e dispor acerca da reparação de danos causados por Estados omissos ou tolerantes com violações a direitos humanos.

O desenvolvimento do DIDH não ocorre, entretanto, apenas com fulcro em tratados e deliberações de organizações internacionais vinculados às Nações Unidas. Paralelamente à Carta da ONU e à Declaração Universal de Direitos do Homem, foram criados sistemas regionais de promoção, controle e garantia dos direitos humanos, a partir das convenções regionais de direitos humanos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Dessa forma, foram criadas instituições especificamente incumbidas de aplicar as convenções regionais e fiscalizar o respeito aos direitos humanos no âmbito regional, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e o Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH). A regionalização dos sistemas de proteção dos direitos humanos apresenta vantagens, na medida em que o menor número de Estados participantes pode facilitar que se atinja um consenso político acerca dos textos convencionais e dos mecanismos de monitoramento nos sistemas regionais, em comparação ao sistema universal.²⁷⁹ De qualquer sorte, trata-se de sistemas que operam de forma complementar²⁸⁰, cabendo ao indivíduo a escolha do instrumental mais favorável à proteção de seu direito, já que no âmbito do DIDH tem primazia a norma mais favorável à suposta vítima de violações de direitos humanos.²⁸¹

A Convenção Americana de Direitos Humanos - assim como sua similar europeia - prevê o dever dos Estados de respeitar e garantir os direitos nela consagrados, abstando-se de violá-los (obrigações negativas) e adotando todas as disposições legislativas ou de outra natureza necessárias e razoáveis para tornar efetivos os direitos humanos protegidos pela convenção (obrigações positivas).²⁸²

²⁷⁸ De forma semelhante, Patrícia Mothé Glioche Béze afirma: “*O Direito Internacional dos direitos humanos se desenvolveu mediante a adoção de tratados internacionais voltados à proteção dos direitos fundamentais, tendo em vista que não apenas os Estados, mas também as organizações internacionais, as empresas multinacionais, os grupos guerrilheiros e terroristas e até mesmo os delinquentes comuns podem violar os direitos humanos. (...) Na verdade, os Estados tornam-se negligentes por não prevenirem internamente o crime e, assim, um fato ilícito que inicialmente não pode ser imputado ao Estado, em razão de sua natureza, pode acarretar sua responsabilidade internacional, pela falta de diligência em sua prevenção*”, ainda que ressaltando que, *em princípio*, o Direito Internacional não vise à imposição de penas a pessoas que pratiquem violações, mas precipuamente a amparar as vítimas. Cf. BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Os direitos humanos e a violência descrita nos tipos penais*. Renovar. Rio de Janeiro:2014, p. 54-55.

²⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339-341.

²⁸⁰ De forma similar, ARAÚJO, Nádia de, e ANDREIUOLO, Inês da Matta. A internacionalização dos tratados no Brasil e os Direitos Humanos. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.71, anotando que os sistemas regionais - como o interamericano e o europeu - de proteção de direitos humanos não se antagonizam com o sistema global, sendo-lhe complementares, numa coexistência que fortalece o grau de proteção devida às vítimas de violações de direitos humanos.

²⁸¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 341-342.

²⁸² BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Os direitos humanos e a violência descrita nos tipos penais*. Renovar. Rio de Janeiro:2014, p. 72-74.

Assim, além do dever de respeitar, limitando o poder público em face dos direitos do indivíduo, a CADH exige que os Estados *garantam* os direitos humanos, através de prestações, organizando estruturas capazes de prevenir, investigar e punir as violações, públicas ou privadas, dos direitos humanos, sob pena de responsabilidade internacional do Estado, através da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte IDH.²⁸³

Ademais, ao longo do desenvolvimento e consolidação do DIDH, verifica-se que diversos tratados e organizações internacionais paulatinamente passaram a admitir o ingresso direto dos indivíduos às instâncias internacionais, tanto na qualidade de autores como naquela de demandados perante cortes internacionais de direitos humanos (como o TEDH no primeiro caso e o TPI no segundo). Dessa forma, fala-se no reconhecimento de personalidade jurídica ao indivíduo no plano internacional, dispondo de direitos e obrigações que decorreriam diretamente das normas internacionais.²⁸⁴ Assim, tratados de direitos humanos passam a beneficiar diretamente indivíduos e grupos protegidos, cobrindo relações (dos indivíduos frente ao poder público) "cuja regulamentação outrora era o apanágio do direito constitucional"²⁸⁵, de forma que, regendo a mesma gama de relações, dos indivíduos ante o Estado, o DIDH e o Direito Constitucional passam a apontar na mesma direção, coincidindo no propósito básico de proteção ao ser humano, dispondo de primazia a norma mais favorável às vítimas, seja ela de direito internacional ou interno.²⁸⁶

²⁸³ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 224-225.

²⁸⁴ MAZZUOLI. *Curso de direito internacional público*. 9a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 471. Em sentido semelhante: BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Os direitos humanos e a violência descrita nos tipos penais*. Renovar. Rio de Janeiro:2014, p. 56-57.

²⁸⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (ed.). São José, Costa Rica, IIDH, ACNUR, CIVC, CUE, 1996, p. 231.

²⁸⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (ed.). São José, Costa Rica, IIDH, ACNUR, CIVC, CUE, 1996, p. 231-234, exemplificando que o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, a convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção sobre os Direitos da Criança expressamente prevêm que seus dispositivos não prejudicam outros direitos e vantagens concedidas às pessoas protegidas por estes documentos por outros diplomas; da mesma forma, aduz que as Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos estipulam que nenhuma de suas disposições deverá ser interpretada no sentido de limitar ou prejudicar direitos humanos reconhecidos pelo direito interno ou por outra norma internacional, e que a Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e Tratamento ou Punição Desumano ou Degradante esclarece que não prejudicará os dispositivos de direito interno ou de tratado internacional que forneça maior proteção às pessoas privadas de sua liberdade. Assim, o DIDH vem estabelecendo um critério de primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas. (op. cit. p. 232-234).

Em sentido similar, CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Constituição e Internacionalização dos Direitos Humanos. In: *O tempo e os direitos humanos*. FABRIZ, Daury Cesar/PETER FILHO, Jovacy/SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de/ ULHOA, Paulo Roberto/Fuchs, Horst Vilmar (coords). Rio de Janeiro/Vitória: Lumen Juris/Editora Acesso, 2011, p. 131-133: "Não há duvidar que as ordens constitucional e internacional se devam conjugar, em bases de harmonia e complementaridade, quando se tratar da tutela dos direitos fundamentais do homem", uma vez que "a globalização do humanismo superou a visão isolada e nacionalizada do destino e das vicissitudes humanas", recebendo hoje até mesmo as relações privadas os influxos da publicização e dos direitos humanos, prevalecendo a cidadania internacional, sem limites na geografia das nações.

Assim, estar-se-ia testemunhando, simultaneamente, "os processos de internacionalização do Direito Constitucional e de constitucionalização do Direito Internacional"²⁸⁷, chegando CANOTILHO a elevar o DIDH à condição de "Constituição global dos direitos humanos"²⁸⁸, transformando-o em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais. Dessa forma, abririam-se as Constituições modernas à normativa internacional, verificando-se contemporaneamente uma fusão entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, na busca comum do valor da primazia da pessoa humana, reforçando-se mutuamente.²⁸⁹ Assim, ocorreria uma interpenetração das jurisdições internacional e nacional no âmbito de proteção do ser humano:²⁹⁰ o cumprimento das obrigações internacionais de proteção exige o concurso dos órgãos internos dos Estados e estes são chamados a aplicar as normas internacionais: por outro lado, os atos internos dos Estados estão sujeitos à supervisão dos órgãos internacionais de proteção no que tange à verificação de sua conformidade com as obrigações internacionais assumidas pelos Estados. De forma semelhante, permite-se uma interação interpretativa também entre os tratados de direitos humanos, ampliando o alcance das obrigações convencionais: assim, avanços de um tratado poderiam servir de orientação para a interpretação e aplicação de outros instrumentos de proteção, até por força da indivisibilidade dos direitos humanos.²⁹¹ Desta forma, afastada a compartimentalização entre o direito internacional e o

²⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. *Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a reforma do Poder Judiciário*. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 418-419.

²⁸⁸ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade - itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 289, *apud* GARCIA, Emerson. *Proteção internacional dos direitos humanos. Breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2a. Ed, 2009, p. xvii.

²⁸⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77. Aliás, é exatamente esta intensa interação, raiando à fusão, entre a normativa internacional dos direitos humanos e a norma constitucional, que recomenda a amplitude da presente pesquisa, a abranger tanto os mandados implícitos de criminalização de fundo constitucional como aqueles de fundo internacional, não se tratando mais de ordens estanques: ao revés, a constante interação entre o DIDH e o neoconstitucionalismo faz com que as diferenças sejam mais de *perspectivas* (que se complementam) do que de *fundamentos*. Ademais, na medida em que "*o sistema interamericano de proteção dos direitos do homem teve um papel essencial no movimento de valorização das obrigações positivas de proteção pela via do Direito Penal*" (Cf. MARTIN-CHENUT, Kathia. *A valorização das obrigações positivas de natureza penal na jurisprudência da CORTE IDH: o exemplo das graves violações de direitos humanos cometidas durante as ditaduras dos países do Cone Sul*. Tradução BELTRAME, Priscila Akemi/CONCEIÇÃO, Pedro Augusto Simões da. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 103, julho/2013, p. 98), não seria completa a pesquisa dos mandados implícitos de penalização se limitada à perspectiva do direito interno.

²⁹⁰ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional*. Madrid: Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) Universidad Complutense, 2014, p. 17-21, salientando que muitas Cortes constituicionais latinoamericanas estão abertas a interpretar suas Constituições conforme o DIDH, e que a interconexão entre os sistemas constitucionais e o DIDH "*já é uma realidade*", através de cláusulas-pontes que permitem a abertura dos sistemas nacionais ao que provém do DIDH (como a normativa do art. 5º, parágrafo 2º, da CRFB/88), atribuindo a prevalência hierárquica privilegiada do DIDH na América Latina - da qual a exceção seria o Brasil, cioso de seu poder soberano - à redemocratização recente do continente.

²⁹¹ Neste sentido, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto/PEYTRIGNET, Gérard/RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados*. San José da Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos/Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996, p. 43 e 55. No mesmo sentido, MARTIN-CHENUT, Kathia. *A valorização das obrigações positivas de natureza penal na jurisprudência da CORTE IDH: o exemplo das graves violações de direitos humanos cometidas durante as ditaduras dos países do Cone Sul*.

direito constitucional, a interação dinâmica entre eles permite que caminhem juntos e apontem na mesma direção, no propósito de proteger o ser humano.²⁹²

Ademais, a criação e atuação firme de tribunais e órgãos internacionais responsáveis por interpretar as disposições de DIDH, promover e monitorar seu cumprimento por parte dos Estados têm "assegurado que estes tratados permaneçam instrumentos vivos", que testemunham o *ocaso da reciprocidade*, suplantada pela garantia coletiva e pela proeminência das considerações de *ordre public*, com obrigações de caráter objetivo, que transcendem meros compromissos recíprocos entre as partes.²⁹³

Entretanto, em que pesem tais considerações acerca dos recíprocos influxos das normas constitucionais e internacionais de proteção dos direitos humanos, bem como o caráter vinculante e (ao menos) supralegal da Convenção Americana de Direitos Humanos, e a submissão do Brasil à jurisdição da Corte IDH desde 10.12.1998²⁹⁴, não parece ainda consolidado o conhecimento acerca da jurisprudência da Corte IDH e do teor dos diplomas internacionais de direitos humanos junto aos operadores do Direito. Ao menos, este foi o resultado de estudo empírico realizado com a magistratura do Estado do Rio de Janeiro pela Fundação Getúlio Vargas²⁹⁵, o que torna ainda mais necessário o estudo e reverberação do tema pela doutrina.

Tradução BELTRAME, Priscila Akemi/CONCEIÇÃO, Pedro Augusto Simões da. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 21, vol. 103, julho/2013, p. 98, narra que a CORTE IDH interpreta no art. 1º da CADH como um fundamento genérico para a determinação de obrigações positivas de tutela dos direitos humanos: tais obrigações seriam identificadas pela CORTE IDH inclusive com referência em outras fontes, endógenas ou mesmo exógenas ao SIDH, como a Convenção das Nações Unidas relativa aos Direitos da Criança e a como a Convenção das Nações Unidas sobre desaparecimentos forçados.

²⁹² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. ÇANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (ed.). São José, Costa Rica, IIDH, ACNUR, CIVC, CUE, 1996, p.234-235.

²⁹³ Neste sentido, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto/PEYTRIGNET, Gérard/RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados*. San José da Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos/Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996, p. 41-42 e 52, aduzindo que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, em seu art. 60,5 expressamente proíbe que se suscite a falta de reciprocidade para descumprir um tratado de DIDH, constituindo em sua visão "*verdadeira cláusula de salvaguarda em defesa do ser humano*".

²⁹⁴ A submissão do Brasil à jurisdição contenciosa da CORTE IDH foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 89, de 03/12/1998, tendo o Brasil depositado a declaração de aceitação da competência obrigatória na Secretaria-Geral da OEA em 10/12/1998, vinculando-se internacionalmente. No âmbito interno, o reconhecimento da submissão brasileira à jurisdição da CORTE IDH, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10/12/1998, foi promulgado pelo Decreto 4.463, de 8 de novembro de 2002.

²⁹⁵ CUNHA, José Ricardo (org). *Direitos humanos, Poder Judiciário e sociedade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011, relata pesquisas realizadas em 2004, em 225 dos 244 juízos em funcionamento na cidade do Rio de Janeiro e nas 26 câmaras do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A pesquisa realizada com os juízes de 1ª instância revela que apenas 13% dos entrevistados dispunha de informações frequentes sobre as decisões das cortes internacionais de proteção dos direitos humanos (enquanto 31% afirmaram que nunca ou raramente tiveram contato com tais decisões e 56% afirmaram que tiveram informações apenas de forma eventual), bem como que 91% dos magistrados ouvidos não utilizavam (67%) ou utilizavam raramente (24%) a Convenção Americana de Direitos Humanos, enquanto apenas 8% utilizavam o diploma com frequência; de forma similar, 89% dos juízes ouvidos não utilizavam (73%) ou utilizavam raramente (16%) a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, enquanto apenas 10% utilizavam com frequência o diploma. (*op.cit.*, p. 28-36); de forma similar, apenas 17,9% dos desembargadores entrevistados afirmaram

Faz-se mister, então, expor a sistemática do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para, em seguida, verificar a eficácia de suas decisões e estudar a evolução da jurisprudência da Corte IDH e do TEDH: estas Cortes, interpretando as respectivas convenções regionais de direitos humanos, construíram e reconheceram como inerentes aos tratados de direitos humanos as obrigações estatais positivas (mandados) de criminalização, primária e secundária, de violações aos direitos humanos..

3.2 O sistema interamericano de direitos humanos.

O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos (SIDH), nascido a partir da proclamação da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ambas de 1948, consolidou-se com a entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, firmada em 1969²⁹⁶, e ratificada pelo Brasil em 6 de novembro de 1992, pelo Decreto nº 678. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) traz proteção internacional complementar àquela oferecida pela ordem jurídica interna de cada Estado-parte, estabelecendo um padrão mínimo de *ordem pública* relativo aos direitos humanos, a ser observado por todos os Estados-partes, exigindo dos Estados que *respeitem e garantam* o livre e pleno exercício dos direitos fundamentais ali reconhecidos.²⁹⁷

O referido diploma internacional criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), instalada em 03 de setembro de 1979, como órgão jurisdicional do sistema interamericano competente para julgar casos de violações de direitos humanos perpetrados por Estados-partes da OEA que tenham ratificado a Convenção Americana. A CorteIDH é constituída por sete juízes eleitos por períodos de seis anos, dispondo de competência consultiva (relativa à interpretação da Convenção e de tratados de direitos humanos) e contenciosa, de caráter jurisdicional, em que julga casos concretos

ter informações frequentes sobre as decisões de cortes internacionais de direitos humanos, enquanto 33% dos desembargadores afirmaram que raramente (20,5%) ou nunca (12,8%) dispunham de tais informações, e 46% tinham conhecimento de forma eventual; quanto à utilização da CORTE IDH, apenas 10% dos desembargadores faziam uso frequente do diploma, enquanto 33% a utilizavam raramente e 57% não utilizavam a CORTE IDH em suas decisões, e apenas 8% dos desembargadores ouvidos utilizavam a Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura, enquanto 31% apenas a utilizavam raramente e 61% não a utilizavam. (*op.cit.*, p. 73, 93 e 104).

²⁹⁶ Em que pese a importância da Convenção, que obteve validade internacional em 18/07/78, após ter obtido o mínimo de onze ratificações, para a consolidação do regime de liberdade individual no continente americano, alguns países, como os Estados Unidos e o Canadá, não ratificaram o instrumento, como anota MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 975. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 343-344 anota que a CADH prevê um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, não enunciando de forma específica direitos sociais, culturais e econômicos (limitando-se a determinar que os Estados alcancem progressivamente a realização desses direitos), lacuna que foi suprida pela adoção do Protocolo Adicional à CADH, conhecido como *Protocolo de San Salvador*, que obteve validade internacional em 16/11/1999, após obter onze ratificações, tendo sido promulgado no Brasil pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999, assegurando direitos à justa condições de trabalho, à saúde, seguridade social, ao meio ambiente, nutrição, educação, dentre outros.

²⁹⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 975-977.

quando se alega que um dos Estados-partes da Convenção violou suas normas. Esta última competência é facultativa, dependendo de aceitação expressa do Estado-parte.²⁹⁸

Por outro lado, cabe a outro órgão, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante ComIDH, ou Comissão) receber representações acerca de violações de direitos humanos, analisar sua admissibilidade, buscar a solução amigável extrajudicial com o Estado representado e, não a obtendo, submeter o caso à Corte IDH, não admitindo, por ora, o sistema interamericano a legitimidade do indivíduo para propor demandas junto à Corte IDH, ao contrário do sistema regional europeu.²⁹⁹

Em síntese³⁰⁰, o procedimento da ComIDH se inicia por representação de autoria da vítima ou de terceiros (inclusive organizações não-governamentais), escrita ou oral, apontando os fatos que ensejariam a violação de direitos humanos objeto da representação. A ComIDH, então, analisa a admissibilidade da representação (verificando o esgotamento dos recursos locais aptos a solucionar a questão, a tempestividade da representação e a ausência de litispendência e coisa julgada internacionais). Admitida a representação, a ComIDH iniciaria a fase conciliatória, na qual busca estabelecer uma solução amistosa do litígio. Caso não se atinja uma solução conciliatória, a ComIDH elabora um primeiro relatório, formando seu entendimento acerca da existência ou não de provas da ocorrência de violação da CADH. Caso a ComIDH chegue à convicção da existência de

²⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 350-355, anotando que na competência consultiva da CORTE IDH, qualquer membro da OEA - parte ou não da Convenção - pode solicitar o parecer da Corte acerca da interpretação da CADH e outros tratados de direitos humanos, podendo a CORTE IDH opinar sobre a compatibilidade do Direito interno com o DIDH, conferindo uniformidade à interpretação das previsões da CADH e de outros tratados de DIDH, inclusive através de interpretação dinâmica e evolutiva. Por outro lado, a competência da CORTE IDH no plano contencioso é limitada aos Estados-partes que a reconheçam de forma expressa, examinando casos submetidos pela ComIDH ou por Estados-partes, decidindo se houve violação da CADH e determinando a adoção das medidas necessárias à restauração do direito violado (*Ibid.*, p. 353), tendo sua decisão força jurídica vinculante e obrigatória e valendo como título executivo em caso de fixação de indenização à vítima (p. 354). O Congresso Nacional aprovou a competência jurisdicional contenciosa da CORTE IDH através do Decreto Legislativo nº 89, de 03/12/1998, tendo o Brasil depositado a declaração de aceitação da competência obrigatória na Secretaria-Geral da OEA em 10/12/1998. O reconhecimento da submissão brasileira à jurisdição da CORTE IDH, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10/12/1998, foi promulgado pelo Decreto 4.463, de 8 de novembro de 2002, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm, acesso em 14 de outubro de 2015. A listagem completa dos Estados que aceitaram a competência contenciosa da CORTE IDH pode ser obtida em <https://www.CorteIDH.oas.org/Basicos/Basicos3.htm>, acesso em 14 de outubro de 2015.

²⁹⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 986, fazendo projeção no sentido do reconhecimento futuro de legitimidade ativa para que os indivíduos possam peticionar diretamente à CORTE IDH. Também Cançado Trindade aduz que a evolução do sistema interamericano de direitos humanos terá como etapa final o reconhecimento do direito de acesso direto dos indivíduos à Corte para submeter um caso concreto diretamente a ela, prescindindo da Comissão, à exemplo da reforma do sistema europeu de direitos humanos trazida pelo Protocolo nº11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, resgatando o ser humano como sujeito do DIDH dotado de plena capacidade jurídica internacional. V. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.18-23. Para maior aprofundamento sobre a dinâmica atual dos processos na CORTE IDH e na ComIDH, vide MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 978-990.

³⁰⁰ Para mais detalhes, v. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 229-238.

violação de direitos humanos assegurados na CADH, concede-se prazo de até três meses para que o Estado infrator implemente as recomendações do primeiro relatório, sob pena de submissão do caso à Corte IDH (para os países que aceitam a sua jurisdição contenciosa, como o Brasil), ou de elaboração de segundo relatório estipulando novos prazos e expedindo novas recomendações, remetendo-se a solução à Assembleia Geral da OEA em caso de novo descumprimento para que esta sancione o Estado faltoso.³⁰¹

Por outro lado, caso o Estado tenha reconhecido a jurisdição contenciosa da Corte IDH (como o Brasil o fez, para fatos ocorridos a partir de 10/12/1998), a Comissão pode acioná-lo perante a Corte IDH, onde as partes (ComIDH e Estados) terão ampla possibilidade de produzir provas conforme os princípios da ampla defesa e devido processo legal, prolatando a Corte IDH, ao fim do processo, sentença declarando a existência de violação ou não à CADH e responsabilizando o Estado infrator em caso positivo.³⁰²

Alguns autores anotam que o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos (SIDH) demonstra sinais de crise, decorrente da resistência de alguns Estados em tornar efetivas as sentenças da Corte IDH e as recomendações da ComIDH, e paradoxalmente, do sucesso obtido pelo SIDH nos anos 90, no contexto da redemocratização da América Latina: nesta década, os órgãos do SIDH foram catalisadores de mudanças nas práticas domésticas, o que fez crescer exponencialmente seu volume de trabalho, sem que dispusessem de recursos equivalentes para levar a cabo sua missão de forma adequada.³⁰³ Critica-se, ainda, a inexistência de um mecanismo de execução das próprias decisões,

³⁰¹ Vide a respeito: [http://www.oas.org/pt/Corte IDH](http://www.oas.org/pt/Corte_IDH) e [http://www.oas.org/pt/Corte IDH/mandato/Basicos/RegulamentoCORTE IDH2013.pdf](http://www.oas.org/pt/Corte_IDH/mandato/Basicos/RegulamentoCORTE_IDH2013.pdf), consulta em 04/11/2014. Flávia Piovesan anota que os sete membros da ComIDH são eleitos pela Assembleia Geral da OEA, incumbindo-lhes promover a observância e proteção dos direitos humanos nas Américas, através da expedição de recomendações, elaboração de estudos e relatórios, solicitações de informações aos Estados, bem como do exame de denúncias de violações a direitos humanos assegurados pela CADH, deliberando acerca de sua admissibilidade. Caso admitida a denúncia pela ComIDH, e não sendo obtida uma solução amistosa, a ComIDH redigirá um relatório apresentando suas conclusões e, se for o caso, recomendações ao Estado-parte, que terá o prazo de três meses para cumpri-las, sob pena de elaboração de novo relatório com as conclusões e recomendações finais da ComIDH e, se aceita a jurisdição da CORTE IDH pelo Estado violador, de submissão do caso à CORTE IDH. V. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 345-350.

³⁰² RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.238-240.

³⁰³ PIETSCH, Andreas Feldmann. Algunas estrategias para potenciar al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. In: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los países andinos. Ensayos del VI Curso Regional Andino de Derechos Humanos para profesores de derechos, profesionales de organizaciones no gubernamentales y abogados defensores de derechos humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas/Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 41-55, anotando que na década de 2000, o SIDH sofreu resistência do Peru, Trinidad y Tobago, República Dominicana e Venezuela para cumprimento de suas decisões, e que muitos Estados se limitam a pagar as indenizações arbitradas, mas se recusam a assumir a responsabilidade pública e a cumprir decisões determinando a investigação de supostos violadores de direitos humanos. Acresce que a ratificação dos tratados às vezes parece ter um alto componente retórico, sendo acompanhado de um desconhecimento por parte da sociedade e dos agentes públicos acerca do conteúdo das obrigações assumidas, não havendo uma *cultura de cumprimento* na maioria dos Estados-membros do SIDH. Por fim, expõe que há falta de recursos orçamentários tanto para os trabalhos da CORTE IDH (que não é permanente e se reúne em sessões periódicas) como, em especial, para aqueles da ComIDH, postulando pelo desenvolvimento de trabalhos promocionais e pela via diplomática, de forma complementar aos casos contenciosos, para diminuir sua sobrecarga. É de se registrar, ainda, que a Venezuela denunciou a CADH em 09/09/2012, com

que é relegado ao procedimento interno de cada país, não havendo tampouco um órgão especializado em verificar *o cumprimento* das sentenças:³⁰⁴ assim, as sentenças da Corte IDH, que muitas vezes determinam obrigações específicas e complexas, acabam se convertendo em obrigações de meio - e não de resultado, sendo fiscalizadas pela própria Corte, pela Comissão e pela Assembleia Geral da OEA,³⁰⁵ que em regra se limitam a instar continuamente os Estados a informar sobre o processo de execução das sentenças e a determinar o pagamento de juros de mora, caso as indenizações não sejam quitadas.³⁰⁶

Entretanto, ainda que o sistema apresente sinais de certa fadiga - em grande parte decorrentes de seu próprio sucesso - não há como negar seu relevante papel para a consolidação dos direitos humanos na América Latina. Assim, concluímos com PIOVESAN que:

O sistema interamericano tem assumido extraordinária relevância, como especial *locus* para a proteção de direitos humanos. O sistema interamericano salvou e continua salvando muitas vidas; tem contribuído de forma decisiva para a consolidação do Estado de Direito e das democracias na região; tem combatido a impunidade; e tem assegurado às vítimas o direito à esperança de que a justiça seja feita e os direitos humanos sejam respeitados.³⁰⁷

3.2.1 Da submissão brasileira à jurisdição da Corte IDH. Efeitos.

O processo de redemocratização no Brasil levou à incorporação de relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, como a Convenção Interamericana para prevenir e

vigência a partir de 10/09/2013, rejeitando a continuar se submetendo à CORTE IDH, após sucessivas condenações relativas a graves violações de direitos humanos e a fatos indicativos da deterioração da democracia naquele país.

³⁰⁴ LÁZARO, Maria Carmelina Londoño. El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana: dilemas y retos. In: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los países andinos. Ensayos del VI Curso Regional Andino de Derechos Humanos para profesores de derechos, profesionales de organizaciones no gubernamentales y abogados defensores de derechos humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas/Fundación Konrad Adenauer, 2006, p.113/132, anota que, ao revés, o sistema europeu de direitos humanos conta com um órgão próprio - o Comitê de Ministros do Conselho da Europa - responsável por fiscalizar uniformemente o cumprimento das decisões do TEDH, criticando a falta de interesse da Assembleia Geral da OEA em exigir pontualmente dos Estados o cumprimento de decisões em casos concretos.

³⁰⁵ RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. AMARAL JUNIOR, Alberto do/JUBILUT, Liliانا Lyra (orgs.) - São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 817 esclarece que no caso de não-cumprimento espontâneo das decisões da CORTE IDH, o art. 65 da CADH possibilita à CORTE IDH a inclusão de notícia deste descumprimento no relatório anual que a CORTE IDH entrega à Assembleia Geral da OEA.

³⁰⁶ LÁZARO, Maria Carmelina Londoño. *Op.cit.*, p. 123-127, ainda salienta que as sentenças da CORTE IDH, que não se limitam a declarar a violação à CADH e a condenar os Estados ao pagamento de indenizações, como procede em regra o TEDH, mas determinam obrigações específicas, como a construção de monumentos, de centros educativos *in memoriam*, a cobertura de gastos de saúde e educacionais, bem como o cumprimento do dever de investigar, processar e sancionar os responsáveis por violações de direitos humanos, o que exige considerável esforço jurídico e político dos Estados para adaptação de seus ordenamentos jurídicos internos. Isto acabaria por impedir a fixação de prazos concretos e curtos para seu cumprimento. Por fim, critica a falta de um mecanismo *jurídico* que pudesse exercer pressão eficaz sobre os Estados para exigir o cumprimento das obrigações convencionais, e evitar que a *execução* das sentenças da CORTE IDH fosse relegada ao ordenamento interno de cada Estado violador dos direitos humanos, por ação ou omissão de seus agentes. *Op. cit.* p. 120-121 e 128-132.

³⁰⁷ PIOVESAN, FLAVIA. *op. cit.*, p. 367-368.

punir a Tortura, ratificada em 20 de julho de 1989³⁰⁸, a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ratificada em 28 de setembro de 1989³⁰⁹, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado em 24 de janeiro de 1992³¹⁰, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³¹¹, ratificados no mesmo dia, a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada em 25 de setembro de 1992³¹², a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, em 27 de novembro de 1995³¹³, o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificada em 21 de agosto de 1996³¹⁴ e o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002³¹⁵, dentre outros, ensejando intenso debate a respeito da hierarquia e da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento brasileiro.³¹⁶

Por outro lado, para que o DIDH não seja transformado em exercício de retórica, como critica POSNER³¹⁷ e alerta COMPARATO³¹⁸, faz-se essencial a aceitação mecanismos internacionais de

³⁰⁸ Promulgada pelo Decreto nº 98.386, de 09.12.1989

³⁰⁹ Promulgada pelo Decreto nº 40, de 15.02.1991.

³¹⁰ Promulgado pelo Decreto nº 592, de 06.07.1992.

³¹¹ Promulgado pelo Decreto nº 591, de 06.07.1992.

³¹² Promulgada pelo Decreto nº 698, de 06.11.1992.

³¹³ Promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 1º.08.1996.

³¹⁴ Com vigor internacional a partir de 16.11.1999. Promulgada pelo Decreto 3.321, de 30.12.1999.

³¹⁵ Promulgado pelo Decreto 4.388, de 25.09.2002.

³¹⁶ PIOVESAN, Flávia. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a reforma do Poder Judiciário. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 415-416.

³¹⁷ Ácido crítico do DIDH, POSNER considera os tratados de direitos humanos como mero exercício de propaganda e retórica, cujo único efeito é limitar o jogo democrático interno e a soberania nacional, em favor de concepções estrangeiras, considerando que implicam custos desnecessários, impedem o livre debate sobre políticas públicas em diversos campos (exemplificando com os direitos de pessoas portadoras de deficiências), frequentemente se utilizam de termos vagos (cuja delimitação e interpretação passariam a ser construídos por atores estrangeiros, exemplificando com a vedação de tratamentos cruéis ou degradantes, prevista em tratado ratificado pelos Estados Unidos da América, e utilizada por europeus para defender a ilicitude da aplicação da pena de morte nos E.U.A.) e não trariam qualquer benefício, porque se constituiriam em mero exercício de propaganda (sustentando que países que os assinam frequentemente prometem em suas Constituições dezenas de direitos sociais e civis, sem ter qualquer intenção em provê-los concretamente ou respeitá-los, exemplificando com a ratificação pela Arábia Saudita de convenção internacional proibindo discriminações contra as mulheres, que contudo seriam proibidas de viajar, estudar ou trabalhar no país sem a permissão de seus maridos ou genitores). Cf. POSNER, Eric. *Why the U.S. shouldn't sign on empty human rights treaties*. Disponível em http://www.slate.com/articles/news_and_politics/view_from_chicago/2012/12/u_n_convention_on_the_rights_of_persons_with_disabilities_the_u_s_shouldn.html, acesso em 28 de setembro de 2015. O autor, que sustenta o *ocaso* do Direito Internacional dos Direitos Humanos, afirma ainda que além de os tratados de direitos humanos serem firmados por razões de propaganda, muitos de seus direitos admitiriam barganhas ou ponderações (*trade-offs*) e que nenhum país pobre realmente conseguiria provê-los integralmente (enquanto os países ricos alocam recursos para prover razoavelmente tais direitos porque sua população é rica o suficiente para aceitar pagar tributos para provê-los e as instituições são fortes o suficiente para concedê-los), considerando injusto que estrangeiros (tipicamente, ocidentais) pretendam criticar as restrições a alguns direitos humanos promovidas por países pobres, em favor de outros direitos humanos, acusando os defensores de direitos humanos de impor sua causa de cima para baixo de forma coercitiva. O autor sugere que os países ricos ajudariam mais a população do terceiro mundo abrindo suas fronteiras à migração. V. Resenha de POSNER, Eric. *The twilight of human rights law*. Oxford University Press. London: 2014. Disponível em

monitoramento, controle e julgamento de (notícias de) violações dos direitos humanos: como RAMOS expõe, a aceitação de mecanismos coletivos ou institucionais da responsabilidade internacional dos Estados por violações a direitos humanos, como a admissão da competência contenciosa da Corte IDH, assegura um julgamento imparcial e permeado pelo princípio do devido processo legal, afasta receios de seletividade ou duplicidade de padrões (*double standards*), típicos da apuração unilateral de responsabilidade internacional, reforça o caráter jurídico do costume internacional e das convenções internacionais de direitos humanos e reduz a tensão entre Estados.³¹⁹ Sobretudo, implica o reconhecimento da premissa básica de que a tarefa de proteção dos direitos humanos não pode se esgotar na ação do Estado. Com efeito, a forma mais concreta de demonstrar a sinceridade do compromisso de um país com a causa da proteção dos direitos humanos é a aceitação de mecanismos de supervisão e controle e da jurisdição contenciosa dos tribunais internacionais de direitos humanos, como a Corte IDH. Como lembra CANÇADO TRINDADE, afigura-se contraditório subscrever as normas substantivas de tratados de direitos humanos e, simultaneamente, recusar os mecanismos processuais para a vindicação e proteção dos direitos ali previstos.³²⁰

<https://www.opendemocracy.net/openglobalrights/eric-posner/twilight-of-human-rights-law>. Acesso em 28 de setembro de 2015. Não se pode confundir, porém, eventuais *deficiências* concretas na *implementação* dos tratados de direitos humanos com uma inaptidão absoluta do Direito Internacional dos Direitos Humanos para promover os direitos humanos, nem admitir que o subdesenvolvimento econômico autorize o desrespeito aos Direitos Humanos. Seria o caso, ao revés, de dotar o DIDH de instituições com poder real de exigir dos Estados sua concreta implementação e de os países ricos contribuírem com auxílio financeiro para tal, sem prejuízo de eventual reavaliação acerca de sua política de imigração.

³¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4a ed. rev. atual., 2a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 368-369, sobre a assinatura de pactos internacionais de direitos humanos por países do continente americano, em especial o Protocolo Adicional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, diz que "*não se pode deixar de questionar o grau de sinceridade dos Estados americanos que adotaram esse Protocolo, quanto à extensão do compromisso assumido: tem-se a impressão de que os Estados que o adotaram reproduziram a atitude retórica dos senhores rurais do período colonial latino-americano, diante das ordenações régias que procuravam limitar seu poder de exploração econômica, fundado no trabalho escravo ou semi-escravo: las ordenanzas se acatan, pero no se cumplen*". PIETSCH, Andreas Feldmann, *op.cit.*, p.45-46, também alerta para uma falta de cultura de cumprimento por parte da maioria dos Estados-membros do SIDH, considerando que o SIDH se encontraria em um estado declarativo (quicá promocional), em que os Estados não o consideram vinculante, ao passo que o sistema europeu se encontraria na fase da obediência irrestrita.

³¹⁹ Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 100-101. O autor aduz, ainda, que a existência de uma jurisdição internacional subsidiária e complementar, apta a atuar como verdadeiro juiz internacional imparcial a zelar pelo respeito aos direitos humanos, cujas deliberações tem força vinculante, é verdadeira forma de restauração compulsória da legalidade internacional. (*op.cit.*p. 108).

³²⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33-39. Por outro lado, GARCIA, Emerson. *Proteção internacional dos direitos humanos. Breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2a. Ed, 2009, p. 51-57, recordando que governos despóticos, de Estados onde a inobservância dos direitos humanos é uma constante, aderem com frequência a tratados de direitos, fazendo apologia de sua importância, para fins de propaganda, sem dispor de real vontade de cumprir com as obrigações assumidas. Assim, nestes casos, *apenas a submissão a mecanismos internacionais de monitoramento, controle e julgamento poderá assegurar uma maior efetividade aos direitos humanos*, acrescentando o autor que, contudo, estes Estados costumam ser os mais renitentes em anuir com a submissão a mecanismos internacionais de defesa dos direitos humanos.

Sem embargo, inobstante ter ratificado a Convenção Americana de Direito Humanos em 25 de setembro de 1992, e promulgado seu texto conforme Decreto nº 698, de 06.11.1992, inicialmente o Brasil não aceitou a competência contenciosa da Corte IDH. Tal omissão (ou recusa) foi sanada apenas em 1998, quando foi aprovada declaração de aceitação da competência obrigatória da Corte IDH pelo Decreto Legislativo nº 89, em 03.12.1998, depositada na Secretaria-Geral da OEA em 10.12.1998, tendo sido promulgada pelo Decreto 4.463, de 08.11.2002, com relação a fatos ocorridos a partir de 10.12.1998.

A partir daí, consagrou-se a possibilidade de acesso ao sistema interamericano de direitos humanos sempre que as instâncias internas não se mostrassem capazes de garanti-los e projetou-se no plano internacional o compromisso sincero do Brasil com a causa da salvaguarda dos direitos humanos. Ademais, a aceitação da jurisdição contenciosa da Corte IDH vai ao encontro do preconizado pelo art. 7º do ADCT (que impõe que o Brasil propugne pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos), promovendo a interação entre o direito internacional e o direito interno no propósito convergente e comum da proteção do ser humano, contra as manifestações do poder arbitrário e contra a impunidade.³²¹

Outrossim, para além do dever de cumprir as decisões proferidas em seu desfavor, a submissão à jurisdição contenciosa da CORTE IDH recomenda que o país passe a observá-la mesmo nos julgados envolvendo outros Estados. Explica-se: na medida em que assumido o dever de aplicar o direito interno em conformidade com a interpretação dada pela Corte IDH à Convenção Americana, suas decisões valem como *res interpretata*, a ser observada, em regra, mesmo pelos Estados não envolvidos no processo.³²²

³²¹ V. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, e ARAÚJO, Nádya de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.36-39. O autor aduz, ainda, que a submissão à jurisdição de tribunais internacionais de direitos humanos permite a cooperação das instâncias internacionais para a resolução de problemas de direitos humanos que os Estados por vezes não conseguem resolver por si próprios, exemplificando com os excessos estatais na luta contra o terrorismo e com as omissões estatais na luta contra a impunidade, "*verdadeira chaga que corrói a crença nas instituições públicas e gera a anomia e apatia sociais*" (op.cit., p. 39-40), referindo-se a violações de direitos humanos.

³²² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op.cit.* p. 997-999. O autor ressalta, porém, que não há obrigação de se seguir *sempre* a interpretação da Convenção dada pela CORTE IDH nestes casos, na medida em que a interpretação interna for *mais benéfica ao ser humano* num caso concreto, já que a própria Convenção, em seu art. 29, alínea *b*, estabelece a aplicação da norma mais benéfica aos direitos humanos. *Op. cit.*, p. 999. Em sentido similar: JUÁREZ, Karlos A. Castilla. *Delimitando a força jurídica da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. tradução de NASCIMENTO, Raul Victor Rodrigues do/ MOREIRA, Thiago Oliveira. In: *Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. 2, n. 1, jan/jun.2014, anota que as sentenças originadas da competência contenciosa da CORTE IDH são juridicamente vinculantes para os Estados que foram parte no respectivo processo, mas servem de referência como critério interpretativo relevante dos direitos humanos e como parâmetro para cumprir com as obrigações derivadas de tratados internacionais. De outro lado, a competência consultiva podem ser provocada por qualquer Estado membro da OEA, mesmo que não sejam signatários da CADH, e mesmo por outros órgãos enumerados no capítulo X da Carta da OEA, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, podendo ser emitidas com relação a outros tratados e até mesmo sobre as leis internas dos Estados. As decisões de parecer consultivo não possuem a força jurídica obrigatória de que gozam as sentenças prolatadas no exercício da competência contenciosa, cumprindo a função acessória de determinar o alcance e a interpretação da CADH ou de outros tratados de direitos humanos, servindo de referência para cumprimento das obrigações do DIDH pelos Estados. Assim, sua inobservância pode gerar a responsabilidade internacional dos

Por sua vez, em relação aos processos nos quais o Brasil seja demandado, não se tratando de tribunal *estrangeiro*, porém *internacional*³²³, as sentenças prolatadas pela Corte IDH não necessitam ser homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça na forma do art. 105, I, *i*, da Constituição Federal, uma vez que o Brasil faz parte do órgão supranacional e aceitou sua jurisdição, devendo suas sentenças serem cumpridas de plano e voluntariamente pelas autoridades brasileiras.³²⁴ Entretanto, caso tal não ocorra, defende-se que as sentenças da Corte IDH tenham equivalência a um título executivo judicial, produzindo os mesmos efeitos jurídicos que uma sentença proferida pelo Judiciário nacional.³²⁵

É verdade, contudo, que tal situação, mormente nos casos em que a mora judiciária ou legislativa contribuiu ou deu causa à condenação, pode resultar num círculo vicioso, diante da falta de celeridade da função jurisdicional e da falta de mecanismos jurídicos eficazes quanto à omissão legislativa. *ZILLI ET AL* lembram que "não há qualquer regulamentação específica quanto ao procedimento a se adotar ou mesmo a indicação da autoridade e dos órgãos competentes" para conhecer da execução de sentenças proferidas por cortes internacionais. Diante de tal quadro, sugerem a integração analógica da lacuna com base na legislação existente quanto à execução das sentenças proferidas contra o Estado: em relação às obrigações pecuniárias, seguir-se-ia a regra do art. 730 e 731 do Código de Processo Civil³²⁶ e do art. 100 da CRFB/88 que, todavia, permitem à Fazenda

Estados, independentemente de quem a tenha provocado, não por descumprir o parecer consultivo em si, mas pela violação da obrigação internacional originária nele declarada. As sentenças prolatadas no uso da competência contenciosa da CORTE IDH abrangem as sentenças de exceções preliminares, sentenças de mérito, sentenças de reparações e custos, sentenças de interpretação de sentença, resolução de supervisão de cumprimento da sentença e resolução de recursos inominados contra autos ou resoluções de mero trâmite ditadas pelo Presidente ou pelas comissões da CORTE IDH, além da resolução de medidas provisórias, de natureza cautelar, enquanto as sentenças prolatadas no uso da competência consultiva, referidas pela CORTE IDH na *Série A*, seriam as sentenças de pareceres consultivos). Por fim, MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs Uruguay)*. In: Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos, v.1, n.1., jul-set/2013, p. 180-230., afirma que tanto o dispositivo como a fundamentação das sentenças (de jurisdição contenciosa) da CORTE IDH têm força de coisa julgada para o Estado condenado e de *norma convencional interpretada* (res interpretata), para todos os Estados signatários da CADH, como padrão mínimo de efetividade da norma convencional, sem prejuízo da relativização da norma convencional interpretada mediante uma interpretação mais favorável, conforme princípio *pro personae* estabelecido no art. 29 da CADH.

³²³ CERQUEIRA, Luís Eduardo Bianchi. *Aplicação das sentenças das cortes internacionais no Brasil*. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 18, n. 32, p. 120, afirma que um tribunal internacional também é nacional, embora não exclusivamente, porque o Brasil delegou parcela de sua soberania para que questões específicas fossem decididas por aquela corte, que age por delegação da soberania brasileira, ainda que não apenas dela.

³²⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op.cit.* p. 992-994. No mesmo sentido, ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão; e MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. O Brasil e a execução das decisões proferidas no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (edits). Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer. Berlin/Bogotá: 2013, p. 94-95.

³²⁵ CEIA, Eleonora Mesquita. *A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da proteção aos direitos humanos no Brasil*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, jan.-fev.-mar., 2013, p.135-136. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf. Acesso em 28.11.2015. A autora, porém, passa ao largo da questão acerca da exequibilidade de algumas determinações, já que tampouco sentenças judiciais brasileiras logram plena efetividade em se tratando de obrigações de fazer, mormente em face do Poder Público e do Legislativo.

³²⁶ A execução por quantia certa contra a Fazenda Pública passará a ser disciplinada nos artigos 534 e 535 do novo CPC, instituído pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, findo o período de *vacatio legis*.

Pública diversos privilégios, como a possibilidade de opor embargos à execução independentemente de garantir o juízo e a ultimação do pagamento pelo sistema de precatórios, obedecida a ordem cronológica, à exceção dos créditos de natureza alimentícia, que dispõem de preferência - e dentro destes os de natureza alimentar em favor de idoso, salvo aquelas consideradas de pequeno valor.³²⁷ Trata-se, pois, de procedimento demorado e incompatível com a celeridade necessária ao adimplemento das obrigações internacionais decorrentes de violações de direitos humanos. Talvez por tais dificuldades, a União vem adimplindo voluntariamente as indenizações a que foi condenada no âmbito do SIDH, como ocorreu nos casos Ximenes, Escher e Garibaldi, cujas indenizações foram pagas através dos Decretos 6.185/07, 7.158/10 e 7.307/10.^{328 329}

Ante a falta de norma disciplinando a execução interna das sentenças da Corte IDH, CERQUEIRA sustenta estarem o Ministério Público, a vítima e a Defensoria Pública legitimados para atuar visando a pressionar o Estado brasileiro a corrigir a conduta desidiosa, inclusive através de proposição de ação judicial visando a tutela específica, na forma do art. 461 do Código de Processo Civil. Contudo, volta-se à questão da morosidade judicial, sendo paradoxal que a solução à violação de direitos humanos decorrente de falta de celeridade judicial possa ser obtida através do ajuizamento de nova ação judicial, especialmente para postular o cumprimento de obrigação de fazer.³³⁰ Por outro

³²⁷ A Lei 10.259/01 considera de pequeno valor o crédito de até 60 Salários Mínimos, em relação à União, determinando o art. 87 do ADCT, n/f EC 37/02 a aplicação provisória do patamar de 40 SM para os Estados e o DF e de 30 SM para créditos dos Municípios, fugindo do lento e burocrático sistema de precatórios.

³²⁸ No mesmo sentido, ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão; e MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. O Brasil e a execução das decisões proferidas no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (edits). Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer. Berlin/Bogotá: 2013, p. 96. Os autores referem, ainda, a existência do projeto de lei 4.667/2004, aprovado pela Câmara dos Deputados após longa tramitação e encaminhado ao Senado Federal em 18/10/2010, onde recebeu a denominação de PLC 170/2010, buscando regulamentar o cumprimento das decisões da CORTE IDH. Sua redação original se limitava a estabelecer que *as decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos cuja competência for reconhecida pelo Brasil produzirão efeitos imediatos no ordenamento jurídico interno*, determinando à União o imediato pagamento da reparação devida e a cobrança em ação regressiva contra as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, responsáveis direta ou indiretamente pelos atos que ensejaram a decisão. Apresentado o avulso da matéria em 22.11.2010, em 06.03.2014 foi apresentado relatório na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado, com emenda para excluir o efeito imediato de tais decisões, substituindo-os pela expressão "*terão força de título executivo*". Salientou o relator da CCJ que a redação original era excessivamente ampla, recordando a impossibilidade de se dar efeitos imediatos a uma decisão que imponha obrigações de fazer (e, em especial, de legislar). Não se previa, contudo, nesta emenda, normas sobre competência, legitimidade e rito para esta execução. De qualquer sorte, o PL, proposto em 2004 pelo atual Ministro da Justiça, então deputado federal, José Eduardo Cardozo, aparentemente não recebeu atenção prioritária do governo e do Parlamento, não tendo sido votado na legislatura passada, pelo que foi arquivado em 23.12.2014. V. <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/98360>. Acesso em 27.11.2015.

³²⁹ CERQUEIRA, Luís Eduardo Bianchi. *Aplicação das sentenças das cortes internacionais no Brasil*. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 18, n. 32, p. 123, relata que à míngua de previsão legislativa regulamentando o cumprimento de sentenças internacionais determinando o pagamento de indenizações, vem optando o Poder Executivo pagar a sanção pecuniária *sponte sua* a "*arriscar-se a um vexame internacional pela inação infecciosa do Congresso Nacional*".

³³⁰ CERQUEIRA, Luís Eduardo Bianchi. *Aplicação das sentenças das cortes internacionais no Brasil*. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 18, n. 32, p. 124-127, salientando que - no âmbito das medidas provisórias (art. 63.2 da CADH) de natureza cautelar determinadas pela CORTE IDH em face do Brasil, vem sendo editadas sucessivas resoluções determinando a adoção de medidas concretas, ante a morosidade do Poder Público brasileiro em atendê-las.

lado, em relação às obrigações pecuniárias, a previsão de um rito especial sumaríssimo para a execução destes créditos, em detrimento dos demais créditos alimentícios contra a fazenda pública oriundos de decisão judicial nacional poderia atentar contra a isonomia e mesmo causar a sobrecarrega do SIDH.³³¹

O autor conclui indagando o que poderia acontecer caso a sentença da corte internacional seja solenemente ignorada pelo poder soberano nacional, embora tivesse se obrigado internacionalmente a acatar tais decisões como obrigatórias, ou não possa ser cumprida, como quando a norma for considerada inconstitucional: defende que "a única saída civilizada possível", além da denúncia do tratado, se esta for admitida, "é a mesma que existe no ordenamento interno" para a hipótese de impossibilidade de cumprimento de uma obrigação de fazer: a conversão em pecúnia, definindo-se a responsabilidade internacional do Estado (o que pode levar, também, a sanções por parte da comunidade internacional).³³²

Por outro lado, verifica-se inegável efeito político diante da possibilidade de responsabilização internacional do país por violações de direitos humanos, a pressionar por uma interpretação³³³ e criação da legislação interna e por políticas públicas consoantes as obrigações assumidas. Neste sentido, CERQUEIRA anota que a repercussão do encaminhamento da morte de Damião Ximenes Lopes, em 1999, ao SIDH propiciou a aprovação da reforma psiquiátrica pela Lei 10.216/2001 (cujo projeto de lei até então "dormitava por 12 anos no Congresso Nacional") e a repercussão do relatório da ComIDH sobre o caso Maria da Penha resultou na aprovação das Leis 10.886/04 e 11.340/06, extinguindo uma série de benefícios que promoviam a despenalização de fatos relacionados à violência doméstica.³³⁴

Menciona o Caso da Penitenciária de Urso Branco, em Rondônia, em que a CORTE IDH teria editado cinco resoluções, a primeira data de 18/06/2002 e a última de 25/09/2005, determinando medidas para evitar mais mortes de detentos, "além das 37 já ocorridas", relatando que o problema é agravado pelo "caótico sistema federativo existente no Brasil", uma vez que os estados que administram a maior parte dos presídios não são pessoas internacionais e não sentem, em razão disso, a pressão das cortes internacionais da mesma forma que o Executivo Federal, atuando com competências legislativas e orçamentos distintos.

³³¹ CERQUEIRA, Luís Eduardo Bianchi. *Aplicação das sentenças das cortes internacionais no Brasil*. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 18, n. 32, p.124, referindo que o Peru procedeu desta forma, editando a Lei 27.775, de 07.07.2002, estabelecendo procedimento mais célere para o pagamento de indenizações determinadas pela CORTE IDH do que em relação aos créditos alimentares dos que levam seus casos à jurisdição nacional, levando a uma corrida às cortes internacionais e a apresentação de projeto de lei para revogar o sistema anti-isonômico. Para um extenso detalhamento acerca da eficácia das decisões da CORTE IDH na sistemática da Lei 27.775, no Peru, vide: CORIA, Dino Carlos Caro. La influencia de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el Derecho Penal peruano. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (edits). Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer. Berlin/Bogotá: 2013, p. 349-398.

³³² CERQUEIRA, Luís Eduardo Bianchi. *Aplicação das sentenças das cortes internacionais no Brasil*. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 18, n. 32, p.129.

³³³ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional*. Madrid: Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) Universidad Complutense, 2014, p. 11 e 12, salienta que o controle de convencionalidade obriga os juízes nacionais a interpretar o Direito interno à luz da CADH - conforme interpretado pela CORTE IDH, promovendo uma interpretação conforme (à CADH), tal qual ocorre no plano constitucional com a interpretação conforme a Constituição: se não for possível tal solução, duas opções seriam possíveis: o afastamento da norma interna no caso concreto, ou sua declaração de invalidade, com efeitos *erga omnes*.

³³⁴ CERQUEIRA, Luís Eduardo Bianchi. *Aplicação das sentenças das cortes internacionais no Brasil*. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 18, n. 32, p.125.

Ademais, sendo o controle de *convencionalidade* tarefa atribuída a todos os órgãos estatais³³⁵, inclusive, pois, ao administrador, ao Judiciário e ao Ministério Público, eventuais contradições entre a CADH - tal qual interpretada pela Corte IDH, e a legislação infraconstitucional *deve resultar na aplicação da norma internacional* de direitos humanos, desde que não violada a Constituição.

Assim vem expressamente decidindo a Corte IDH, como na sentença do caso ALMONACID ARELLANO e OUTROS Vs. CHILE:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao ímpeto da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.³³⁶

Assim, a submissão brasileira à jurisdição contenciosa da Corte IDH trouxe reflexo direto ao tema em estudo: a primeira condenação internacional do Brasil por violação aos direitos humanos protegidos pela Convenção Americana, relativa ao *Caso Damião Ximenes* (demanda nº 12.237) decorreu da falta de investigação e punição dos responsáveis por torturas, maus-tratos e pela morte do deficiente mental *Damião Ximenes Lopes* na Casa de Repouso Guararapes, em Sobral/CE. Além de condenar o Brasil ao pagamento de indenização em favor da família da vítima e de determinar a realização de programas de capacitação para profissionais de atendimento psiquiátrico, a Corte IDH determinou ao Estado brasileiro que promovesse investigação adequada para apurar os responsáveis pela morte de Damião. Com efeito, o paradigma trazido pela jurisprudência da Corte IDH reconhece *deveres de investigação e punição* dos responsáveis pela violação de direitos humanos perpetrada, não podendo ser impedida por óbices normativos internos ou administrativos, como núcleo duro dos deveres estatais com relação às sentenças da Corte, ao lado da indenização à vítima ou à sua família,

³³⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 421-422. O autor anota que a CORTE IDH tem firme jurisprudência no sentido de caber a todos os órgãos nacionais, inclusive os integrantes juízes e demais órgãos envolvidos na administração da Justiça, o exercício de um controle interno de convencionalidade das normas internas frente à CAH, como questão de ordem pública internacional, citando as sentenças da CORTE IDH nos casos ALMONACID ARELLANO e outros vs. CHILE, em 26 de setembro de 2006, TRABALHADORES DEMITIDOS DO CONGRESSO Vs. PERU, em 24 de novembro de 2006 e CABRERA GARCÍA e MONTIEL FLORES Vs. MÉXICO, em 26 de novembro de 2010.

³³⁶ Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 421. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso ALMONACID ARELLANO Y OTROS v. CHILE. Sentença de mérito e reparações de 26.09.2006, Série C, n. 154, parágrafo 124.

sob pena de o Estado recalcitrante incorrer em nova violação da Convenção, possibilitando novo procedimento contencioso contra este Estado.³³⁷

3.2.2 Mecanismos e formas de controle de convencionalidade.

Por outro lado, faz-se mister verificar *como atuam* mecanismos que permitam um *controle de convencionalidade*³³⁸ em nosso ordenamento jurídico, isto é, um controle acerca da compatibilidade da lei interna com a CADH, inclusive considerando-se a necessidade de cumprimento das sentenças da CorteIDH a cuja jurisdição o país voluntariamente se submeteu.

Tendo o STF assentado, no julgamento do RE 466.343, em 22 de novembro de 2006, que os tratados internacionais de direitos humanos que não se revistam das formalidades do art. 5, §3º, da Constituição Federal têm hierarquia normativa supralegal, estabeleceu-se concomitantemente um controle difuso de convencionalidade, inerente à função judicante de cada magistrado quando houver de decidir acerca da aplicabilidade da lei interna frente a possível conflito com a norma internacional. Esta função é reforçada pelo papel previsto ao Superior Tribunal de Justiça pelo art. 105, III, alínea *a*, da Constituição, quando a decisão recorrida contrariar ou negar vigência a tratado.³³⁹ Ademais, caso o tratado tenha sido aprovado com as formalidades previstas no art. 5, §3º, da Constituição Federal, é possível que a norma dele decorrente, com eficácia equivalente à de uma emenda constitucional, dê ensejo às diversas ações próprias do controle concentrado de constitucionalidade, como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação de descumprimento de

³³⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 995-996.

³³⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 419-431, sustenta que a expressão *controle concentrado de convencionalidade* se restrinja ao controle exercido sob normas que possam contrariar tratados de direitos humanos que gozem de equivalência normativa às emendas constitucionais, na forma do art. 5, §3º, da Constituição Federal (acrescido pela EC 45/04), propondo a expressão *controle difuso de convencionalidade* relativa aos tratados de direitos humanos que não tenham sido aprovados na forma do art. 5, p. 3º, tendo-os como material, mas não formalmente, constitucionais (o que para autor excluiria o controle concentrado) e, por fim, *controle de supralegalidade* para designar o controle exercido em relação a normas que possam contrariar todos os demais tratados e convenções internacionais, a ser realizado pela via difusa. Diante da posição adotada pelo Eg. STF a partir do julgamento do RE 466.343, o controle de convencionalidade, ou de supralegalidade, deverá ser realizado de forma difusa, sendo possível o controle concentrado de convencionalidade - ou mesmo controle de constitucionalidade - para os tratados cuja aprovação tenha observado o rito do art. 5, parágrafo 3º, da CRFB/88. É de se lembrar, ainda, que a jurisprudência da Corte IDH reiteradamente se refere à necessidade de controle de convencionalidade por parte do Judiciário de cada Estado-parte.

³³⁹ Exemplo deste controle de convencionalidade via recurso especial é a discussão atualmente em curso no Recurso Especial nº 1.351.177/PR, pendente de julgamento pela 6a Turma do Superior Tribunal de Justiça, no qual o MPPR sustenta violação da CADH pelo descumprimento de decisão da CorteIDH que determinava a reabertura de inquérito policial arquivado, por decisão concessiva de Habeas Corpus trancando processo penal relativo ao homicídio do agricultor Sétimo Garibaldi. O voto-vista do Min. Rogério Schietti Cruz, proferido em 23.02.2016, dá provimento ao recurso especial, reconhecendo que as disposições da CADH e as decisões da CorteIDH têm primazia sobre a aplicação da legislação nacional infraconstitucional, isto é, sobre o Código de Processo Penal, e devem orientar sua interpretação, violando a CADH a interpretação dada ao CPP pelo TJPR, considerada, ainda, incorreta em si mesmo. V. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6a Turma. RE 1.351.177/PR. Voto-vista do Min. Rogério Schietti Cruz, em 23.02.2016. Inteiro teor disponível em http://www.stj.jus.br/portal_stj/arquivos/voto-vista-setimo-garibaldi.pdf. Acesso em 24 de fevereiro de 2016.

preceito fundamental e o mandado de injunção.³⁴⁰ Por fim, sempre que a norma do tratado concretizar norma constitucional, sua violação pode ensejar violação, também, à norma constitucional, podendo ensejar o acesso aos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, tanto de lei ou ato normativo como de sua omissão.

Trata-se, pois, de controle similar ao controle de constitucionalidade já sedimentado na tradição jurídica brasileira: há uma norma hierarquicamente superior que orienta a interpretação das demais normas e a conduta de todos os Poderes estatais. Assim como a interpretação constitucional³⁴¹, a interpretação e controle sobre a violação a tratados internacionais de direitos humanos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, é tarefa ínsita às três funções estatais: a executiva (promovendo os serviços públicos assegurados pelo DIDH), legislativa (concretizando os direitos fundamentais ali previstos, inclusive através da tutela penal) e judicial (decidindo em consonância com a CADH, sem prejuízo das normas constitucionais), bem como ao múnus do Ministério Público (atuando em conformidade com a CADH).

Também a CorteIDH considera que o controle *nacional* da convencionalidade deve ser tido como o principal e mais importante, operando a jurisdição internacional apenas em sua falta ou inadequação. Assim, o controle internacional acerca do efetivo cumprimento das disposições dos tratados internacionais de direitos humanos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos - conforme interpretada pela CorteIDH - ocorre apenas de forma complementar ou coadjuvante ao controle principal, que deve ser realizado pelos órgãos legislativos, administrativos e judiciais internos dos Estados signatários.³⁴² No mesmo sentido, CANÇADO TRINDADE aduz que os tratados de direitos humanos atribuem aos *tribunais internos* a proteção primária destes direitos, atuando os tribunais internacionais - não como substitutos ou como tribunais recursais, porém agindo de forma complementar³⁴³, para verificar a conformidade dos atos internos (sejam eles legislativos,

³⁴⁰ MAZZUOLI defende que, neste caso, o controle deveria ser chamado de *controle de convencionalidade (stricto sensu)*, a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal, reservando a denominação *controle de constitucionalidade* para as normas integrantes do texto constitucional. Cf. MAZZUOLI, Valerio. *Curso de direito internacional público*. 9a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. *Op. cit.*, p. 428-431. Na presente dissertação, tratar-se-á o controle concentrado exercido neste caso como controle de constitucionalidade, por força da equivalência normativa prevista pelo art. 5, §3º, da CRFB/88.

³⁴¹ Sobre a legitimidade ampla para a interpretação constitucional, Jane Reis Gonçalves Pereira (*op.cit.*, p. 57), aduz que em relação ao Legislativo esta legitimidade é evidente, uma vez que cabe ao Parlamento não apenas abster-se de contradizer o conteúdo constitucional, *mas também atuar positivamente de modo a realizar os programas, as tarefas e os fins constitucionalmente determinados*.

³⁴² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9a. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 424-425.

³⁴³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. ÇANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (ed.). São José, Costa Rica, IIDH, ACNUR, CIVC, CUE, 1996, p. 223-226. O autor anota que a regra do esgotamento dos recursos internos, na proteção dos direitos humanos modernamente deve ser conjugada com o dever dos Estados de prover recursos internos eficazes e aprimorar instrumentos e mecanismos para proteção nacional aos direitos humanos, aduzindo que na doutrina mais moderna este dever estatal é o fundamento da necessidade de esgotamento dos recursos internos. Assim, esta nova visão do DIDH convoca os tribunais internos a exercer um papel mais ativo na implementação de suas normas do DIDH, e permite uma

administrativos ou judiciais) com as obrigações convencionais assumidas pelos Estados, responsabilizando internacionalmente os Estados por eventuais violações, inclusive por aquelas decorrentes de lei ou decisão judicial.³⁴⁴

Para evitar a responsabilização internacional, muitos Estados, em decorrência de decisões de tribunais internacionais de direitos humanos como a Corte IDH e o TEDH ou da expedição de recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, modificaram ou derogaram leis violatórias de direitos humanos, puseram fim a práticas administrativas que os violavam, modificaram a interpretação dada à lei interna e estabeleceram ou aperfeiçoaram recursos e procedimentos legais para a plena vigência dos direitos humanos.³⁴⁵

3.3 Mandados implícitos de criminalização e a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

VERVAELE anota a existência de *claras tendências* nas últimas décadas de que o Estado-Nação tenha que compartilhar sua soberania, inclusive no âmbito penal, e potestate punitiva, tanto através de modelos de integração supranacionais (como a União Europeia) como através do cumprimento de deliberações de órgãos da comunidade internacional, como o GAFI (resultando em ações específicas para o combate à lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo³⁴⁶) e, por fim,

maior integração entre os judiciários nacionais, bem como uma atuação coordenada entre eles, propiciando maior grau de uniformidade na aplicação das normas internacionais, a despeito das variações dos distintos ordenamentos jurídicos internos. (*op.cit.*, p. 223-225). Ademais, condicionar o dever de utilização dos recursos de direito interno pelos reclamantes ao dever dos Estados de prover tais recursos eficazes contribui para que, através da interação entre o direito internacional e o direito interno, se promova uma maior proteção dos direitos humanos. (*op.cit.*, p. 227-228). No mesmo sentido, VERÇOSA, Fabiane. Direitos humanos na Europa: cenário dos sistemas convencional e comunitário de proteção pós-Carta de Nice. In: *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 384. A autora sustenta que a exigência de esgotamento dos recursos internos é temperada pelo TEDH quando estes forem ineficazes, inacessíveis, inúteis ou inadequados à efetiva tutela do direito alegadamente violado: Assim, apenas se exige o esgotamento da via interna se esta for, em tese, adequada e eficaz à tutela do direito humano em disputa.

³⁴⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (ed.). São José, Costa Rica, IIDH, ACNUR, CIVC, CUE, 1996, p. 212-213.

³⁴⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (ed.). São José, Costa Rica, IIDH, ACNUR, CIVC, CUE, 1996, p. 215-217. A análise dos reflexos da jurisprudência da Corte IDH, do TEDH e da atuação da ComIDH sobre os ordenamentos jurídicos internos dos Estados-partes, na seara penal e processual penal, será objeto do item 3.3 infra.

³⁴⁶ Note-se que o trâmite de projeto de lei tipificando o crime de terrorismo, de financiamento ao terrorismo e figuras correlatas, em que pese o mandado expresso de criminalização da CRFB/88, apenas foi acelerado e finalizado, culminando na aprovação de substitutivo ao PL 2016/2015 pela Câmara dos Deputados em 24.02.2016, ainda pendente de sanção presidencial, após pressão pública do GAFI (Grupo de Ação Financeira Internacional), conforme notícia do sítio eletrônico oficial da Câmara dos Deputados. V. <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/485561-GRUPO-DE-ACAO-FINANCEIRA-PEDE-A-CUNHA-URGENCIA-PARA-LEIS-DE-COMBATE-AO-TERRORISMO.html>. Acesso em 25 de fevereiro de 2016. Sobre o GAFI, organização intergovernamental de combate à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo, vide <http://www.fatf-gafi.org/> e <http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/atuacao-internacional/participacao-no-gafi>. Acesso em 25 de fevereiro de 2016.

através de decisões de tribunais internacionais de direitos humanos e da constituição do Tribunal Penal Internacional.³⁴⁷

A teoria dos deveres de proteção penal de direitos fundamentais, reconduzida no plano internacional dos direitos humanos, encontra formulação congênere na doutrina das obrigações positivas (*positive obligations*), reconhecida pela Corte IDH e TEDH, cuja jurisprudência, paulatinamente incorporada na interpretação dos direitos fundamentais e na jurisdição constitucional, fornecem um *lastro de interconstitucionalidade* em sede de direitos fundamentais, promovendo o diálogo de fontes e cortes.³⁴⁸ As obrigações positivas impostas pelo DIDH aos Estados desdobram-se nos planos substantivo e procedimental, impondo não apenas o dever de elaborar uma legislação suficientemente dissuasória de atos atentatórios às liberdades fundamentais, mas também a realização de efetivas investigações dos respectivos fatos e, em sendo o caso, a imposição de sanção proporcional aos responsáveis, projetando-se sobre todos os órgãos estatais.³⁴⁹

A Corte IDH chega mesmo a considerar inválidas e sem efeito disposições relativas a causas de extinção da punibilidade como a anistia, indulto, prescrição e decadência, e a exculpantes como a obediência devida³⁵⁰, enquanto o TEDH considera violadoras aos direitos humanos a amplitude dada a causas justificantes de maus tratos a menores³⁵¹ e homicídios por policiais³⁵². No âmbito do Direito Penal Internacional, no TPI igualmente se consideram compulsórias a adequada investigação, persecução e justo julgamento de crimes internacionais, como o genocídio, os crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão externa, sob pena de se permitir a competência do TPI para (novo) processamento e julgamento do feito. No DIDH não se fala em promover a responsabilidade

³⁴⁷ VERVAELE, John A.E., *Graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales: del ius (non) puniendi del estado-nación a un deber puniendi imperativo de ius cogens?* Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal da UFRGS. v.1. n.1. (2013), p. 4.

³⁴⁸ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 102-103.

³⁴⁹ *Ibid*, p. 103.

³⁵⁰ A CORTE IDH, a partir do precedente firmado no caso CHUMBIPUMA AGUIRRE Y OTROS v. PERU (caso BARRIOS ALTOS) na sentença de 14 de março de 2001, vem declarando serem *inadmissíveis as disposições de anistia, prescrição e excludentes de responsabilidade* destinadas a impedir a investigação e a sanção dos responsáveis por violações graves de direitos humanos, tais como torturas, execuções sumárias e *desaparecimentos forçados*, e como tal, carecem de efeitos jurídicos por violarem a Convenção Americana de Direitos Humanos. v. PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p. 358.

³⁵¹ No caso A. v Reino Unido, julgado em 23/09/98, o TEDH declarou incompatível com a CEDH a amplitude dada à causa justificante inglesa do *reasonable chastisement* (castigo razoável) pelo qual um padrasto fora absolvida da imputação de maus tratos após espancar seu afilhado de 9 (nove) anos de idade com um bambu, obstruindo a punição de torturas e maus tratos. V. MOWBRAY, Alastair. *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Hart publishing. Oxford/Portland:2004, p. 43-44.

³⁵² No caso Nachova v. Bulgária, julgado em 06/07/2005, o TEDH declarou incompatível com o dever de proteção à vida previsto na CEDH, a amplitude, dada pela lei búlgara, da causa justificante do cumprimento do dever legal, em hipótese de homicídio de fugitivo desarmado metralhado por agentes públicos. V. ASHWORTH, Andrew. *Positive obligations in criminal law*. . Hart publishing. Oxford/Portland:2004, p. 204. Nachova v. Bulgária. ECHR (2005-VII). Applications nos. 43577/98 and 43579/98. Inteiro teor do caso disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2005-VII.pdf, acesso em 05 de novembro de 2014, às 20h00.

penal individual a partir de tribunais internacionais, mas em se declarar a responsabilidade internacional de Estados pela não-aplicação do Direito Penal a graves violações de direitos humanos e em se determinar reparações, bem como a própria cessação da impunidade, o que deve ser realizado pelos Poderes e órgãos nacionais, em controle de convencionalidade das normas e atos internos, para assegurar o adimplemento das obrigações internacionais assumidas. Classificam-se em seis tipos distintos as obrigações positivas de proteção penal aos direitos humanos provenientes do DIDH dirigidas aos sistemas domésticos de justiça criminal, quais sejam: "a) tipificar os crimes no ordenamento interno; b) investigar; c) garantir a participação da vítima nos procedimentos; d) promover a persecução penal em júízo; e) cooperar com outros Estados na persecução penal; f) estabelecer a jurisdição criminal sobre o fato."³⁵³ Assim, o DIDH considera que o Estado não poderia renunciar ao exercício do *ius puniendi* em casos de graves violações de direitos humanos, já que isto criaria um campo fértil para a propagação da impunidade, propiciando a repetição crônica das violações e a total vulnerabilidade das vítimas e seus familiares.³⁵⁴

VERVAELE sustenta que o respeito aos direitos humanos se converte em um *novo bem jurídico*, que não apenas merece como obriga a tutela penal, tanto através da criminalização primária como secundária: o Estado tem um dever de garantia para com o cumprimento dos direitos humanos e de prestar remédios efetivos em caso de sua violação,³⁵⁵ na medida em que a impunidade propiciaria a repetição crônica das violações de direitos humanos e a total vulnerabilidade das vítimas e de seus familiares.³⁵⁶ SILVA SANCHEZ adverte que nas formulações dos tribunais internacionais "*por impunidad se entiende la "falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de derechos protegidos"*", alcançando a ausência de intervenções jurídico-estatais sobre os fatos (impunidade fática), a limitação explícita de seu processamento e castigo em virtude de leis exoneratórias (impunidade normativa por ação) e a não anulação destas leis (impunidade normativa por omissão).³⁵⁷

³⁵³ SUIAMA, Sergio Gardenghi. *As obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos por meio do sistema de justiça criminal e seu impacto no direito penal brasileiro: o caso Gomes Lund vs. Brasil*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 108. São Paulo: 2014, p. 305.

³⁵⁴ ALESSANDRI, Pablo Saavedra. La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de Derechos Humanos y sus consecuencias. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 388.

³⁵⁵ VERVAELE, John A.E., *¿Graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales: del ius (non) puniendi del estado-nación a un deber puniendi imperativo de ius cogens?* Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal da UFRGS, v.1. n.1. (2013), p. 5.

³⁵⁶ A última assertiva é expressamente afirmada na sentença de 18.09.2003 do Caso BULACIO v. ARGENTINA, da CORTE IDH.

³⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor"*. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3313898>. acesso em 25 de setembro de 2015.

Com efeito, a tese da existência de um dever estatal não apenas de criminalizar abstratamente, senão de prover as condições fáticas e normativas necessárias a uma adequada investigação, justo processo e proporcional condenação penal daqueles comprovadamente responsáveis por *graves violações aos direitos humanos* vem sendo reconhecida de forma ampla pela Corte Interamericana de Direitos Humanos - Corte IDH, com sede em São José.

É preciso esclarecer, porém, que este último conceito não se confunde com aquele de crimes contra a humanidade trazido pelo DPI, que exige que os fatos sejam praticados no contexto de uma política estatal de ataques sistemáticos ou generalizados contra uma população civil (art. 7º do Estatuto de Roma). A definição de *graves violações aos direitos humanos* adotado no DIDH³⁵⁸ é mais ampla, abrangendo, além dos crimes contra a humanidade, também atos que, atentando gravemente contra direitos humanos das vítimas, se pratiquem desvinculados de um tal contexto e ainda que de forma isolada e por particulares. Abrangeriam crimes como a tortura, os maus tratos (submissão à condições degradantes ou desumanas), os homicídios decorrentes de execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, o desaparecimento forçado (sequestro seguido de ocultação de cadáver e sonegação de informações), a submissão a condições análogas à escravidão, o estupro e a expulsão forçada de pessoas. De forma semelhante, o TEDH afirma a incompatibilidade das disposições de anistia, indulto e prescrição ou decadência com relação a atos de tortura e maus tratos praticados por agentes estatais, ainda que se trate de um fato isolado (não havendo se falar, pois, em um crime contra a humanidade, pela falta do elemento contextual).³⁵⁹

Por sua vez, a Corte IDH afirma o dever do Estado em agir diligentemente para evitar lesões a direitos humanos, ainda que praticadas por agentes privados, em especial em favor de vítimas em situação de vulnerabilidade, declarando a responsabilidade internacional dos Estados sempre que tais fatos tenham sido praticados ou propiciados pela ação, conivência, tolerância ou irrazoável omissão de agentes estatais.

Assim, ainda que na jurisprudência da Corte IDH usualmente concorram elementos de participação, conivência ou tolerância por parte do Poder Público, a desarrazoada omissão estatal

³⁵⁸ Cf. publicação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, ainda que não haja uma definição oficial do conceito de *graves violações de direitos humanos*, a expressão é amplamente utilizada na normativa do DIDH e abrangeria: "*la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias, o arbitrarias, la esclavitud y la desaparición forzada, incluido los delitos que afecten concretamente a la mujer, como la violación y la violencia de género*", assim como o tráfico de escravos, o assassinato, o sequestro prolongado, o traslado forçado de populações e a discriminação racial sistemática ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: amnistías*. Nueva York y Ginebra:: Publicación de las Naciones Unidas, 2009, p. 20 e 21. Disponível em http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf. Último acesso em 04 de dezembro de 2015.

³⁵⁹ GIL GIL, Alicia. Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (edits). Berlín/Montevidео: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer Oficina Uruguay, 2011, p. 310.

também poderá ensejar sua responsabilização pela prática de grave violação de direitos humanos.³⁶⁰ No caso XIMENES LOPES (sentença de mérito, série C, n. 149), parágrafo 85, a CORTE IDH dispôs que:

La Corte, además, ha establecido que la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Las obligaciones erga omnes que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales³⁶¹

Ademais, havia afirmado a responsabilidade internacional do Estado pela omissão em adotar as providências concretas que se pudessem razoavelmente esperar visando impedir a prática de graves violações de direitos humanos por grupos armados "atuando por si mesmos ou em convivência ou colaboração com agentes estatais"³⁶², exigindo a adoção de providências normativas e fáticas para prevenir e punir as graves violações de direitos humanos por eles perpetradas.

Passa-se a estudar, pois, o desenvolvimento da doutrina das obrigações positivas, ou mandados, de tutela penal dos direitos humanos no seio da CorteIDH.³⁶³

³⁶⁰ Em ALTMAN, Andrew, WELLMAN, Christopher Heath. *A defense of International Criminal Law*. In: Ethics, v.115, n.1 (October 2004). Chicago: The University of Chicago Press Journals, 2004, p. 35-67, advoga-se a expansão do Direito Penal Internacional para um âmbito algo coincidente àquele de responsabilização internacional pela ocorrência de *grave violação de direitos humanos*, indo além, contudo, ao defenderem a internacionalização dos julgamentos. Defendem os autores que o contexto de ataques *sistemático ou generalizado* contra a população civil trazido pelo DPI decorreriam não de uma política pública, mas do quantitativo de crimes graves praticados, como homicídios e estupro, e da ineficiência ou incapacidade das instituições locais em promover a aplicação da lei e a responsabilização de seus perpetradores. Assim, defendem que a comunidade internacional poderia julgar tais fatos de forma subsidiária, aplicando o DPI a crimes ocorridos em Estados falidos ou incapazes de prover a segurança em seu território, isto é, que não logrem atingir um mínimo de proficiência na proteção dos direitos básicos de seus cidadãos e de promover a responsabilização de criminosos, ainda que estes tenham agido de forma paralela e independente. Dessa forma, se a *performance* estatal no oferecimento de segurança e tutela penal estiver em nível tão baixo que os atentados à vida se mostrem quantitativamente generalizados ou sistemáticos, defendem que as instituições internacionais possam cumprir tal tarefa, através do DPI. Tal proposta doutrinária de responsabilização penal internacional nestes casos, como se sabe, não foi aceita quando da elaboração do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional limitando-o aos *core crimes*, o que não afasta o mérito de apontar a necessidade de os Estados assegurarem um mínimo de respeito aos direitos fundamentais das pessoas em seu território em face de ataques privados, que podem grassar a ponto de se tornarem quantitativamente sistemáticos e generalizados, se o Estado permanecer conivente, tolerante ou omissivo. Por outro lado, no âmbito do SIDH, as *graves violações de direitos humanos* ensejam a responsabilidade internacional dos Estados e podem decorrer mesmo de ataques isoladamente considerados.

³⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso XIMENES LOPES v. BRASIL. Sentença de mérito de 04.07.2006, série C, n. 149, parágrafo 85. Conclui, em seguida, no parágrafo 88: "*La Corte ha establecido, además, que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre*".

³⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso MASACRE DE PUEBLO BELLO v. COLOMBIA. Sentença de mérito em 31.01.2006. (Série C, n. 140), parágrafo 113, 114 e 123 a 127.

³⁶³ Não serão objeto de análise as decisões e processos pendentes na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, apesar de politicamente relevante sua atuação na busca de soluções normativas e administrativas para garantir o pleno respeito aos direitos humanos, como demonstra sua atuação no Caso 12.501 (*Maria da Penha Maia Fernandes*), que resultou em profícuas modificações legislativas no Brasil. Contudo, os atos e recomendações da Comissão IDH não têm eficácia vinculante, não podendo, pois, serem considerados como fonte ou fundamento normativo de um *mandado* implícito de criminalização. Para uma detalhada análise de casos perante a Comissão IDH envolvendo o Brasil, v.

3.3.1. Desenvolvimento e consolidação dos mandados implícitos de penalização na jurisprudência da Corte IDH:

A Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992, prevê o compromisso de os Estados-partes em "respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sob sua jurisdição" (art. 1º.1, CADH), e estabelece em seu art. 2º que os Estados se comprometem a adotar "as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdade", para assegurar o direito à vida (art. 4º, CADH), à integridade física (art. 5º, CADH), a não serem submetidos à escravidão ou servidão (art. 6º) e ao reconhecimento da personalidade jurídica (art. 3º, CADH), entre outros.

Ademais, a Convenção exige que cada país signatário proveja *recursos judiciais efetivos* às pessoas que aleguem ser vítimas de violações de direitos humanos (art. 25 da CADH), garantindo-lhe ampla participação na investigação e no processo, dentro do devido processo legal (art. 8.1) cumprindo com a obrigação geral de *garantir* o livre e pleno exercício dos direitos humanos a todos aqueles que se encontrem sob sua jurisdição (art. 1.1),³⁶⁴ tutelando-os, inclusive através da previsão e aplicação do Direito Penal. Outrossim, a CADH exige que cada Estado promova as alterações legislativas necessárias para adequar o seu direito interno ao cumprimento da CADH (art. 2º)³⁶⁵, regulamentando

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ªed. rev. e atual - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 415-442.

³⁶⁴ No julgamento do Caso XIMENES LOPES v. BRASIL, dispôs a CORTE IDH, no parágrafo 83 da sentença de mérito, de 04.07.2006 (Série C, n. 149): "*El artículo 1.1 de la Convención pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respetar y de garantizar los derechos, de modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención*".

³⁶⁵ No julgamento do Caso GOMES LUND v. BRASIL, dispôs a CORTE IDH, no parágrafo 140 da sentença de preliminares, mérito e reparações: "*Além disso, a obrigação, conforme o Direito Internacional, de processar e, caso se determine sua responsabilidade penal, punir os autores de violações de direitos humanos, decorre da obrigação de garantia, consagrada no art. 1.1 da Convenção Americana. (...) Como consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção (...) Se o aparato estatal age de modo que essa violação fique impune e não se reestabelece, na medida das possibilidades, à vítima a plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que se descumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas a sua jurisdição o livre e pleno exercício de seus direitos*", arrematado no parágrafo 172 que a aplicação de anistia afeta "*o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o art. 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no art. 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o art. 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no art. 2º da Convenção Americana*". Quanto à obrigação de adequar o direito interno prevista no art. 2º da CADH, a CORTE IDH assim se manifestou em XIMENES LOPES vs. BRASIL, dispôs a CORTE IDH, no parágrafo 83 da sentença de mérito, de 04.07.2006 (Série C, n. 149, parágrafo 83: "*A su vez, el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías*".

mecanismos de cumprimento, o que não exclui a incidência imediata das obrigações convencionais no plano interno, decorrente da ratificação do tratado.³⁶⁶

A partir de tais dispositivos, a Corte IDH construiu - de forma similar ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos - TEDH, firme jurisprudência³⁶⁷ considerando que os Estados incorriam em descumprimento da Convenção sempre que, seja por normas de direito interno ou pela omissão de investigação e persecução penal, deixassem de promover a responsabilização penal daqueles que tivessem cometido graves violações aos direitos humanos praticadas, toleradas ou permitidas pela ação, conivência ou passividade de agentes do Estado: o DIDH convida o intérprete, pois, a revisitar institutos do Direito Penal e Processual Penal, a partir de uma nova perspectiva, aquela da tutela dos direitos das vítimas de graves violações de direitos humanos.³⁶⁸

De ordem a facilitar a leitura e reflexão sobre os fatos, faz-se mister distinguir os casos³⁶⁹ que envolvam mecanismos de *Justiça de Transição*, compreendida como o conjunto de mecanismos que buscam afrontar um legado de abusos generalizados de regime totalitário anterior, ou de guerra, trazendo responsabilização, justiça e reconciliação na transição pós-conflitual para a paz e/ou democracia³⁷⁰, daqueles casos que tratam de (graves) violações de direitos humanos praticadas dentro de um ambiente democrático e sem conflitos armados.

³⁶⁶ Cecilia Medina Quiroga afirma que se depreende com clareza que o art. 2º da CADH não afeta a exigibilidade imediata das obrigações estabelecidas pelo art. 1º a partir do momento em que a Convenção entra em vigor para cada Estado, tratando-se de obrigação complementar visando a clarificar e precisar seu cumprimento, tornando-o ainda mais efetivo, já que interpretação diversa conduziria ao resultado *irracional e absurdo* de que o art. 1º seria inaplicável enquanto não se editassem as medidas referidas no art. 2º, o que é inadmissível porque paralisaria o sistema de aplicação da Convenção e deixaria praticamente sem efeito a obrigação do art. 1º, com relação e em detrimento das pessoas protegidas. V. QUIROGA, Cecilia Medina. Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 252-253.

³⁶⁷ Diego Garcia-Sayán afirma que: "*El deber de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos ha sido de hecho un de los temas más recurrentemente presentes en las sentencias de la Corte. Constituye un tema de sistemática reiteración jurisprudencial y, como veremos luego, de destacable impacto en las decisiones de tribunales relevantes de la región*". V. GARCIA-SAYÁN, Diego. Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 335-336.

³⁶⁸ ALESSANDRI, Pablo Saavedra. La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de Derechos Humanos y sus consecuencias. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 388, salientando que os Estados estão obrigados pelo DIDH a investigar adequadamente os fatos e exercer seu *dever de justiça penal*, como um direito das vítimas (e seus familiares), como medida de reparação à grave violação de direitos humanos sofrida, transformando-se em um freio ao efeito expansivo da impunidade, sendo a obrigação estatal de investigar e processar penalmente os responsáveis diretamente proporcional à gravidade do fato. *Ibid*, p. 408.

³⁶⁹ Fugiria ao escopo desta dissertação a análise de todas as trezentas e duas sentenças contenciosas da CORTE IDH, motivo pelo qual passam a ser analisados os casos *paradigmáticos*, que contribuíram ao desenvolvimento da jurisprudência os deveres estatais de tutela penal de direitos humanos, configurando-os e delimitando-os, bem como aqueles em que o Brasil foi ou esteja sendo demandado perante a CORTE IDH.

³⁷⁰ AMBOS, Kai. El marco de la justicia de transición. In: *Justicia de transición - con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (edits). Berlin/Montevidео: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V./Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2009, p. 26 e 27, ainda que considere que o conceito também abarca processos de paz dentro de um conflito em curso e/ou de uma democracia formal, exemplificando com a situação da Colômbia.

3.3.1.1. Casos envolvendo regimes ditatoriais e Justiça de Transição:

a) Os primeiros casos: hipóteses de desaparecimento forçado por agentes públicos e por paramilitares.

Assim é que, em 1988, concomitantemente aos processos latinoamericanos de transição de regimes ditatoriais para democráticos, já na primeira sentença de mérito da Corte IDH, instalada poucos anos antes, no exercício da competência contenciosa, relativa ao caso VELASQUEZ-RODRIGUEZ v. HONDURAS³⁷¹, a Corte IDH pela primeira vez reconheceu a existência de um dever estatal de investigar e castigar aqueles que tenham violado os direitos humanos praticados por agentes públicos.

Tratava-se de um estudante preso pelas Forças Armadas de Honduras, e desaparecido sem que se tenha notícias de seu paradeiro.³⁷² A Corte IDH entendeu que o desaparecimento de Manfredo Velásquez violava o direito à integridade física reconhecido pelo art. 5º da Convenção, bem como importava em tratamento cruel e desumano que lesava sua integridade psíquica e sua dignidade, ainda que não houvesse prova de sua morte.³⁷³ Paralelamente, uma série de testemunhas foram assassinadas após prestarem depoimentos ou serem convocadas a tanto. Asseverou a Corte IDH que o dever de *garantir* o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na CADH, previsto no art. 2º da CADH, implica o dever de "*organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público*" de maneira que sejam capazes de assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos, não se esgotando com a mera existência de uma ordem normativa em tal sentido, senão exigindo uma efetiva conduta governamental para garanti-los³⁷⁴. Como consequência, a Corte IDH condenou Honduras pela violação da Convenção, decidindo que os Estados têm o dever jurídico de prevenir, razoavelmente, as violações dos direitos humanos, "de investigar seriamente com os meios a seu alcance as violações que tenham sido cometidas no âmbito

³⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velasquez-Rodriguez v. Honduras, sentença de 29/07/1988, §162 e ss. Inteiro teor da sentença de mérito disponível em, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf. Acesso em 17 de novembro de 2014.

³⁷² Em VELASQUEZ-RODRIGUEZ v. HONDURAS, os fatos eram praticados por agentes estatais. Os parágrafos 99 a 103 da sentença de mérito de 29.07.88, dispõem que o *modus operandi* dos desaparecimentos seguiram um mesmo padrão: se usavam automóveis com vidros escurecidos, sem placas ou com placas falsas, e os sequestradores, vestidos de civis, usavam disfarces ou cobriam seus rostos. Os detidos eram levados a cárceres clandestinos onde eram torturados e os escolhidos para serem mortos eram executados por um grupo de ex-prisioneiros, retirados do cárcere para este fim. Ordens judiciais de apresentação de presos não eram cumpridas e juízes não gozavam de independência, sendo pressionados, havendo casos em que foram "*maltratados físicamente por las autoridades*" (parág. 118, b). Assim, considerou a CorteIDH ter havido em Honduras, entre 1981 e 1984, uma prática sistemática e seletiva de desaparecimentos, com o amparo ou a tolerância do Poder Público (parág. 119).

³⁷³ VARGAS, Elisabeth Santalla. La múltiple faceta de la tortura y los otros tratos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los tribunales penales internacionales. In: *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer. Berlin/Montevidéo: 2010. p. 229-262, em especial p. 235.

³⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velasquez-Rodriguez vs. Honduras. Sentença de mérito de 29.07.1988. Parágrafos 166 e 167. Série C n. 04.

de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, de impor-lhes as sanções pertinentes e de assegurar à vítima uma adequada reparação".³⁷⁵

Assim, em que pese a obrigação de investigar seja de meio - e não de resultado, não sendo descumprida apenas porque não se atingiu um resultado satisfatório, ela deve ser empreendida com seriedade e não como simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera.³⁷⁶

Anos depois, no caso BLAKE v. GUATEMALA, a CORTE IDH, na sentença sobre preliminares (série C, n. 27), em 02.07.1996, afirmou sua competência para julgar violações a direitos humanos relativas a desaparecimentos forçados iniciados antes da submissão do Estado réu à sua jurisdição, mas que se protraíam no tempo após tal data, ante a continuidade do sequestro ou ocultação do cadáver até que seja libertada a vítima ou encontrado seus restos mortais.³⁷⁷ Na sentença de mérito (série C, n. 36), de 24.01.1998, foi declarada a responsabilidade internacional da Guatemala por violação à CADH ante o desaparecimento forçado de Nicholas Blake, sequestrado e morto em 1985 por membros de *patrulhas de autodefesa civil*, grupo paramilitar auxiliado e coordenado pelo Ministério da Defesa, de quem recebia recursos, armamento, treinamento e ordens diretas.³⁷⁸ Após tais fatos, e já sob a jurisdição contenciosa da Corte IDH, o Estado guatemalteco *acobertou o paradeiro do senhor Nicholas Blake e obstaculizou a investigação de sua família*, tendo violado o direito de seus familiares a um recurso efetivo que garantisse o respeito à CADH, diante do desaparecimento do corpo e obstrução das investigações.³⁷⁹

³⁷⁵ Vide, a respeito, entre outros, FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2a ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 104; AMBOS, Kai, Proteção de Direitos Humanos e internacionalização do Direito Penal. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (Coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. 1ª Ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 191-208 (em especial p. 200);

³⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Velasquez-Rodriguez vs. Honduras. Sentença de mérito de 29.07.1988. Parágrafo 177. Sentença Série C, n. 4. Em seguida, a CORTE IDH julgou outro caso de desaparecimento forçado em Honduras foi analisado pela CORTE IDH na sentença de mérito de GODÍNEZ CRUZ Vs. HONDURAS, de 20.01.1989 (série C, n. 05), onde consignou que a averiguação levada a cabo pelas próprias Forças Armadas, suspeitas de serem diretamente responsáveis pelos fatos, em que os investigadores solicitavam aos parentes das vítimas provas conclusivas dos fatos por eles noticiados, não atendia ao dever de seriedade e eficiência da investigação dos fatos, que dever ter ocorrido de ofício. Na ocasião, assinalou a CORTE IDH que o dever de investigação persiste enquanto se mantenha a incerteza sobre o destino da pessoa desaparecida e que *ainda que não se demonstrasse* que seu desaparecimento foi feito por pessoas que atuaram sob a cobertura do poder público, *a circunstância de que o aparato do Estado haja servido para criar um clima no qual o crime de desaparecimento forçado se poderia cometer impunemente*, somado à falta de atuação para investigar o fato, é suficiente para que se declarem violados os deveres assumidos na CADH por Honduras. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Sentença de mérito de 20.01.1989. Parágrafos 190 a 192. Sentença Série C, n. 5.

³⁷⁷ Assim, em que pese o homicídio da vítima ter ocorrido em 29.03.1985 e o fato de aquele país ter aceitado a jurisdição da CORTE IDH apenas para fatos posteriores a 09.03.1987, o acobertamento do desaparecimento forçado por agentes públicos, a sonegação de informações a seus familiares e a denegação de justiça se prolongaram após tal data, tornando a CORTE IDH competente para apreciar os fatos. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Blake v. Guatemala. Sentença de exceções preliminares de 02.07.1996, parágrafos 29 a 40. Sentença Série C, n. 27.

³⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Blake v. Guatemala. Sentença de Mérito, de 24.01.1998, parágrafos 52, item p, 75 e 76. Sentença Série C, n. 75.

³⁷⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Blake v. Guatemala. Sentença de Mérito, de 24.01.1998, parágrafos (paragrafos 52, item o, e 96 a 104). Sentença Série C, n. 75.

b) Execuções extrajudiciais, tortura e desaparecimentos forçados: declaração de incompatibilidade de disposições de anistia, prescrição, perdão, excludentes de responsabilidade e coisa julgada para graves violações de direitos humanos:

Importante marco na jurisprudência da Corte IDH ocorreu no caso CHUMBIPUMA AGUIRRE Y OTROS v. PERU (BARRIOS ALTOS). Aqui, na sentença de mérito de 14 de março de 2001 (Série C, n. 75), a Corte IDH deliberou serem *inadmissíveis as disposições de autoanistia, prescrição e excludentes de responsabilidade* destinadas a impedir a investigação e a sanção dos responsáveis por violações graves de direitos humanos, tais como torturas, execuções sumárias e desaparecimentos forçados, sendo incompatíveis com a CADH "*e, conseqüentemente, carecem de efeitos jurídicos*" e não podem seguir obstando a investigação, processamento e julgamento e punição dos responsáveis por tais fatos.³⁸⁰

A hipótese era de uma chacina perpetrada em 3 de novembro de 1991 por um grupo armado, cujos integrantes, encapuzados, saltaram de dois veículos, renderam os participantes de uma festa, colocaram-nos ao chão e dispararam indiscriminadamente, matando quinze pessoas e ferindo gravemente quatro, na localidade de Barrios Altos, em Lima, próximo de onde dois anos antes um grupo guerrilheiro havia promovido um ataque. As investigações apontavam que membros do Exército peruano integravam o grupo, atuando como um *esquadrão da morte*, "levando a cabo seu próprio programa antissubversivo".³⁸¹

Iniciado o processo judicial em 1995, imputando responsabilidade a cinco oficiais do Exército, enquanto pendia de decisão recurso questionando a competência da Justiça comum para o caso, o Congresso peruano aprovou a Lei 26.479, de 14.06.1995, no mesmo dia em que apresentado o respectivo projeto, sem qualquer divulgação pública ou debate social ou parlamentar, concedendo anistia a militares, policiais e civis que estivessem cumprindo pena, respondendo a processo ou sendo investigados por violações de direitos humanos entre 1980 e 1995.³⁸²

A juíza responsável pelo caso considerou inaplicável a referida lei, por violar a Constituição peruana e a Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo sido aprovado um segundo diploma legal (Lei nº 26.492), afastando a possibilidade de análise judicial da anistia e estendendo-a a todos aqueles que que pudessem ser objeto de investigações, tendo a Corte Superior de Justiça de Lima

³⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso CHUMBIPUMA AGUIRRE E OUTROS (BARRIOS ALTOS) vs. PERU. Sentença de mérito de 14.03.2001. Série C, n.75, parágrafos 41 e 44 e itens 4 e 5 do dispositivo.

³⁸¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso CHUMBIPUMA AGUIRRE E OUTROS (BARRIOS ALTOS) vs. PERU. Sentença de mérito de 14.03.2001. Série C, n.75, parágrafo 2, item d.

³⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso CHUMBIPUMA AGUIRRE E OUTROS (BARRIOS ALTOS) vs. PERU. Sentença de mérito de 14.03.2001. Série C, n.75, parágrafo 2, itens i e j.

decidido que a lei de anistia não poderia ser afastada e determinado que a juíza do caso fosse investigada pela corregedoria judicial por sua conduta.³⁸³

Levada a questão à Corte IDH, o Estado inicialmente devolveu a notificação da Corte, por ter retirado em 09.07.1999 seu reconhecimento à jurisdição contenciosa da Corte IDH, tendo a Corte considerado inadmissível a devolução, porquanto os fatos ocorreram durante período em que sua competência era reconhecida, sendo esta prorrogada, remetendo nota ao Secretário Geral da OEA a respeito. Posteriormente, em 23.01.2001, após a renúncia do presidente Alberto Fujimori (que havia dissolvido o Congresso em 5 de abril de 1992)³⁸⁴, o Peru voltou a reconhecer a jurisprudência da Corte IDH e em 19.02.2001 reconheceu sua responsabilidade internacional pelas violações relativas ao Caso BARRIOS ALTOS.³⁸⁵ A Corte IDH ressaltou que as leis de autoanistia impediram que os familiares das vítimas e os sobreviventes fossem ouvidos por um juiz (como garante o art. 8.1 da CADH, também às vítimas) e violaram o direito à proteção judicial (art. 25 da CADH) por impedirem a investigação, persecução, processamento e sanção dos responsáveis pela chacina (descumprindo o art. 1.1 da CADH), sendo incompatíveis com a obrigação de adequação do direito interno (art. 2º da CADH)³⁸⁶, asseverando que:

*(...) Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.*³⁸⁷

³⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso CHUMBIPUMA AGUIRRE E OUTROS (BARRIOS ALTOS) vs. PERU. Sentença de mérito de 14.03.2001. Série C, n.75, parágrafo 2, itens *k, l, m e n*).

³⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso CHUMBIPUMA AGUIRRE E OUTROS (BARRIOS ALTOS) vs. PERU. Sentença de mérito de 14.03.2001. Série C, n.75, parágrafo 2, f e g, assinalando que o *Governo de Emergência e Reconstrução Nacional* iniciado em 05.04.1992 dissolveu o Congresso e convocou uma assembleia constituinte. Sobre os fatos, a Comissão da Verdade e Reconciliação peruana, segundo a CORTE IDH, afirmou que "*a partir del golpe de Estado de 5 de abril de 1992 se estableció un régimen de facto que suspendió la institucionalidad democrática del país a través de la abierta intervención en el Poder Judicial, en el Tribunal Constitucional, en el Ministerio Público y en otros órganos constitucionales*". Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso LA CANTUTA vs. PERU. Sentença de mérito e reparações de 29.11.2006 Série C, n.162, parágrafo 87.

³⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso CHUMBIPUMA AGUIRRE E OUTROS (BARRIOS ALTOS) vs. PERU. Sentença de mérito de 14.03.2001. Série C, n.75, parágrafos 25 a 34.

³⁸⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso CHUMBIPUMA AGUIRRE E OUTROS (BARRIOS ALTOS) vs. PERU. Sentença de mérito de 14.03.2001. Série C, n.75, parágrafo 42.

³⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso CHUMBIPUMA AGUIRRE E OUTROS (BARRIOS ALTOS) vs. PERU. Sentença de mérito de 14.03.2001. Série C, n.75, parágrafo 43. O voto, em apartado, do Juiz CANÇADO TRINDADE ressaltava veementemente que: "*Las llamadas autoamnistías son, en suma, una afrenta inadmisibile al derecho a la verdad y al derecho a la justicia (empezando por el propio acceso a la justicia)*", concluído que são manifestamente incompatíveis com as obrigações gerais positivas dos Estados em respeitar e garantir os direitos convencionais e assegurar o livre e pleno exercício dos mesmos. (parágrafo 5). Aduz, ainda, que as leis de autoanistia carecem de caráter geral, *não se tratando de leis, mas de medidas de exceção para encobrir graves violações* de direitos humanos e obstar o acesso à Justiça pelos vitimados (parágrafo 7). Assim, enquanto permanecerem em vigor, configura-se uma situação de continuada violação das normas de direitos humanos que vinculam o Estado (parágrafo 8), sendo a vigência de uma lei de autoanistia por si só um ilícito internacional (parágrafo 11), tendo a responsabilidade internacional e a responsabilidade penal individual dos perpetradores de graves violações de direitos humanos como

Ademais, esclareceu a Corte IDH na sentença de interpretação de 03.09.2001 que a decisão valia não apenas para a chacina referida no processo do Caso BARRIOS ALTOS, mas que tinha efeitos gerais, *proibindo a aplicação das leis de autoanistia de graves violações de direitos humanos no Peru*, reiterando que a edição *per se* de uma lei que manifestamente contraria as obrigações assumidas pelo Estado na CADH constitui por si só uma violação à Convenção e gera a responsabilidade internacional do Estado, esclarecendo que a determinação de sua não aplicação e de uma ampla investigação de graves violações de direitos humanos abrange a generalidade dos casos relativos ao país demandado.³⁸⁸ Assim, a Corte IDH reconheceu que o mandado implícito de criminalização de graves violações a direitos humanos, extraído da CADH e reconhecido pela Corte IDH, *torna inadmissível*, por contrariarem o DIDH e levarem à impunidade, *a aplicação de leis de anistia, de prescrição ou de excludentes da responsabilidade acerca destes fatos*. Este posicionamento da Corte IDH e da Comissão Americana de Direitos Humanos levou a revogação ou invalidação de leis de autoanistia editadas na transição para regimes democráticos, como decidido pela Suprema Corte Nacional da Argentina³⁸⁹, revertendo decisão anterior em sentido da validade das leis de autoanistia.³⁹⁰

Novamente no julgamento do caso ALMONACID ARELLANO E OUTROS V. CHILE, em 26.09.2006 (Série C, n. 154), a Corte IDH rejeitou a arguição da limitação temporal de sua jurisdição, invocando o princípio da *compétence de la compétence*, pelo qual caberia ao próprio julgador, isto é, à

duas faces da mesma moeda, na luta contra as atrocidades, a impunidade e a injustiça (parágrafos 12 e 13), concluindo que os direitos humanos incidem tanto nas relações entre indivíduos e Estados, como nas relações interindividuais (*Drittwirkung*) - parágrafo 26.

³⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso BARRIOS ALTOS vs PERU. Sentença de 03.09.2001, de interpretação da sentença de mérito. Série C, n. 83, parágrafo 18. Na sentença de reparações de 30.11.2001, Série C, n. 87, a CORTE IDH, homologando acordo celebrado entre o Estado peruano e as famílias das vítimas e a Comissão IDH, no qual o Estado deveria pagar elevada reparação pecuniária às vítimas sobreviventes e familiares, fornecer tratamento médico, psicológico, bolsas de estudo, publicar a decisão, construir um monumento e, a título de reparações não-pecuniárias, deveria o Estado aplicar a decisão sobre a ineficácia ampla das leis de anistia, iniciar o processo para *tipificar* o crime de *execuções extrajudiciais*, "pela forma jurídica que resulte mais conveniente", no prazo de 30 dias, bem como iniciar o procedimento e ratificar a Convenção Internacional sobre Imprescritibilidade de crimes contra a humanidade. É de se salientar que a sentença da CORTE IDH não delineou as condutas exatas ou as sanções a serem cominadas no novo tipo de *execuções extrajudiciais*, deixando tal tarefa a cargo da discricionariedade legislativa, nem estabeleceu prazo para sua tipificação, senão para o *início* do processo legislativo, o qual fixou em 30 dias (parágrafos 3 e 4 do dispositivo).

³⁸⁹ Decisão de 14/06/2005, *Caso Simón*, Suprema Corte Nacional XXXVIII, 1767. FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2ª ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 113-115. Esta decisão, revertendo posicionamento anterior da Suprema Corte argentina, foi tomada com menção expressa ao precedente firmado no caso *Barrios Altos* e com base tanto no Direito Internacional como previsão constitucional argentina, inclusive com o voto do ministro Eugênio Raúl Zaffaroni. Para crítica, questionando o caráter vinculativo da jurisprudência de *Barrios Alto* e a existência de dever de invalidação decorrente de direito internacional ou constitucional, vide: MALARINO, Ezequiel. La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos: una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón. In: *Derechos humanos y derecho penal: Estudios sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional*. 1ª Ed. Bogotá: Pontificia Universidade Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez, 2012, p. 165-237.

³⁹⁰ Para uma análise sobre as leis de anistia em diversos países latinoamericanos, vide: AMBOS, KAI. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. 2ªEd. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 53-56 e 126-140.

Corte IDH, definir sua competência, interpretando as limitações temporais realizadas pelos Estados quando se submeteram à competência contenciosa da Corte IDH.³⁹¹ Assim, ainda que o Chile tenha reconhecido competência à Corte IDH apenas para fatos posteriores à data do depósito da ratificação - e cujo *princípio de execução seja posterior* a 11.03.1990, a Corte IDH declarou sua competência para analisar atos processuais chilenos posteriores a tal data, ainda que relativos a fatos pretéritos, considerando que após tal data o país deveria cumprir com o dever de adequar sua legislação e prática judicial interna aos *standards* da CADH, sendo a Corte IDH competente para deliberar se isto teria ocorrido ou não.³⁹²

Considerando que o Decreto Lei 2.191/78 trazia autoanistia, que a execução extrajudicial do Sr. Almonacid Arellano podia ser considerada como um crime de lesa humanidade já em 1973, tratando-se de homicídio praticado no contexto de ataque generalizado ou sistemático contra setores da população civil, violando norma de *jus cogens*, sendo sua penalização obrigatória e insuscetível de anistia³⁹³, decidiu a Corte IDH que a *vigência* desta lei de anistia - e a *omissão legislativa em suprimi-la, por si só*,³⁹⁴ uma violação à CADH, provocando a responsabilidade internacional do Estado. Ademais, a *aplicação* por parte de agentes estatais de uma lei violadora da CADH enseja novo fundamento de responsabilidade internacional do Estado, caso os juízes e tribunais internos se abstenham de promover um controle de convencionalidade sobre a norma interna, levando em conta a interpretação pela Corte IDH, intérprete último da CADH.³⁹⁵ Por fim, também a declaração da competência da jurisdição militar, em conflito positivo de competência solucionado pela Corte Suprema Chilena em 05.12.1996, posteriormente ao reconhecimento da jurisdição da Corte IDH pelo Chile, foi considerada violatória da CADH, ante a falta de imparcialidade e de independência da jurisdição militar para julgar fatos que não atentem contra a ordem militar.³⁹⁶

A Corte IDH declarou expressamente que a investigação dos fatos por *Comissões da Verdade*, apesar de úteis, não substituem os processos judiciais (penais), considerando que a proteção dos

³⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Sentença de preliminares e mérito, de 26.09.2006, parágrafos 44 e 45. Sentença Série C, n. 154.

³⁹² Assim, ainda que a detenção e morte de Almonacid Arellano tenha ocorrido em 1973 e que o Decreto-Lei 2.191, que concedeu anistia, seja de 1978, a CORTE IDH entendeu que a vigência deste ato normativo e sua aplicação posteriormente ao reconhecimento da jurisdição da CORTE IDH, assim como a outorga de competência à jurisdição militar em detrimento da civil, constituíam fatos passíveis de julgamento pela CORTE IDH, porque o Chile não teria adequado sua legislação e prática judicial à CADH mesmo após sua adesão à Convenção e submissão à jurisdição da CORTE IDH (parágrafos 46 a 50).

³⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Sentença de preliminares e mérito, de 26.09.2006, parágrafos 98 a 114 Sentença Série C, n. 154.

³⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Sentença de preliminares e mérito, de 26.09.2006, parágrafo 119. Sentença Série C, n. 154.

³⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Sentença de preliminares e mérito, de 26.09.2006, parágrafos 123 e 124. Sentença Série C, n. 154.

³⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Sentença de preliminares e mérito, de 26.09.2006, parágrafos 87, item 17 e 130 a 132. Sentença Série C, n. 154.

direitos humanos só é possível em um real Estado de Direito, onde todos os cidadãos estejam submetidos à lei e aos tribunais, o que envolve a aplicação das sanções previstas na legislação penal aos transgressores de normas que exigem o respeito aos direitos humanos, de forma igual para todos.³⁹⁷ Afirmou a Corte IDH, ainda, por considerar que o fato se tratava de um crime contra a humanidade, ser ele imprescritível, ainda que o Chile não tenha firmado a Convenção de Imprescritibilidade de crimes de lesa humanidade, por advir a imprescritibilidade de norma imperativa do Direito Internacional (*jus cogens*), não derivando da referida Convenção, mas sendo meramente reconhecido por ela.³⁹⁸

Em relação à garantia da coisa julgada, e a coisa julgada fraudulenta, aduziu a Corte IDH.

154. En lo que toca al principio ne bis in idem, aún cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia³⁹⁹. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”⁴⁰⁰. Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del ne bis in idem. (grifo nosso).⁴⁰¹

Em seguida, concluiu que ambos os pressupostos se apresentavam no caso: o tribunal militar não era imparcial e independente, e a aplicação do Dec-Lei 2.191 visou subtrair supostos responsáveis da ação da justiça e deixar o crime cometido contra o senhor Almonacid na impunidade, não podendo o Estado se auxiliar do princípio do ne bis in idem para descumprir o ordenado pela Corte.⁴⁰² No dispositivo da sentença, determinou que o decreto-lei n. 2.191 não siga representando um obstáculo à

³⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Sentença de preliminares e mérito, de 26.09.2006, parágrafo 150. Sentença Série C, n. 154.

³⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Sentença de preliminares e mérito, de 26.09.2006, parágrafo 152. Sentença Série C, n. 154.

³⁹⁹ Cfr. O.N.U., Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998, art. 20; Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, S/Res/827, 1993, Art. 10, y Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, S/Res/955, 8 de noviembre de 1994, Art. 9. Referência original.

⁴⁰⁰ Cfr. Caso Carpio Nicolle y otros. Sentencia de 22 de noviembre de 2004. Serie C No. 117, párr. 131. Referência original.

⁴⁰¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Sentença de preliminares e mérito, de 26.09.2006, parágrafo 154. Sentença Série C, n. 154.

⁴⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Sentença de preliminares e mérito, de 26.09.2006, parágrafo 155. Sentença Série C, n. 154.

continuidade das investigações para a identificação e punição dos responsáveis da execução extrajudicial do Sr. Almonacid Arellano e de outras violações similares acontecidas no Chile.⁴⁰³

Decisão semelhante, afastando o impedimento da coisa julgada em face de graves violações de direitos humanos, foi tomada no processo LA CANTUTA vs. PERU (sentença de mérito e reparações de 29 de novembro de 2006 série C, n. 162)⁴⁰⁴, sob o fundamento de que o arquivamento ou absolvição eram provenientes de juízo militar (cujos integrantes eram militares da ativa, subordinados ao Executivo) e de promotoria *ad hoc*, carentes de competência e imparcialidade, porquanto instituídos em ocasião de suspensão da institucionalidade democrática do país e *abierta intervención* no Poder Judiciário, no Tribunal Constitucional, no Ministério Público e outros órgãos constitucionais pelo "Governo de Emergência e Reconstrução Nacional" estabelecido em 1992 no Peru pela autoridade de fato.⁴⁰⁵ Assim, a coisa julgada arguida em favor dos agentes públicos envolvidos foi tida como fraudulenta, sendo originária de um *proceso montado* para encobrir os fatos com um manto de impunidade.⁴⁰⁶

Apesar do entendimento esposado pela Corte IDH nos casos chileno e peruano, a superação do óbice da coisa julgada no Direito brasileiro se faz mais difícil, na medida em que este goza de hierarquia constitucional, superior, portanto, à força normativa outorgada pelo STF às convenções de DIDH, não vivenciando o país, no momento, um regime de *suspensão da institucionalidade democrática*. Assim, ainda que não se possa afirmar que a *atual configuração* da coisa julgada trazida pelo Código de Processo Penal tenha *status* constitucional, sendo passível de reformulação pelo legislador ordinário infraconstitucional (e, por consequência, por norma de eficácia supralegal de DIDH), esta regulamentação não pode desconsiderar o conteúdo essencial da garantia da coisa julgada, sob pena de violação à norma constitucional, dotada de eficácia de cláusula pétrea. Assim, ainda que se possa pensar, *e.g.*, que a um *simulacro de sentença* - obtido dolosamente mediante comprovada coação, corrupção ou colusão - não esteja abrangida em um conceito *constitucional* de coisa julgada, não sendo inconstitucional sua eventual desconsideração pelo legislador ou pelo DIDH, o raciocínio

⁴⁰³ A CORTE IDH declarou que a sentença declaratória da responsabilidade internacional do Estado constituía por si só uma forma de reparação, determinando ainda sua publicação e o ressarcimento das custas e ônus processuais, não tendo determinado o pagamento de indenização aos familiares da vítima por considerar justa a indenização já paga pelo voluntariamente Estado chileno.

⁴⁰⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso LA CANTUTA vs. PERU. Sentença de mérito e reparações de 29.11.2006. Série C, n. 162: tratava-se de desaparecimentos forçados, seguidos de tortura e execuções arbitrárias como parte de política estatal sistemática na estratégia de repressão, ocorrida durante operação conjunta do Exército peruano e do grupo de extermínio "La Colina" nas residências estudantis e de professores da Universidade de La Cantuta.

⁴⁰⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso LA CANTUTA vs. PERU. Sentença de mérito e reparações de 29.11.2006. Série C, n. 162, parágrafo 92. A CORTE IDH anotou que o governo autoritário conjugou vários mecanismos para obstaculizar as investigações e propiciar a impunidade, atraindo os processos para a jurisdição militar, promulgando e aplicando leis de anistia e mesmo destituindo juízes e promotores, de todas as instâncias, por ato do Poder Executivo.

⁴⁰⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso LA CANTUTA vs. PERU. Sentença de mérito e reparações de 29.11.2006. Série C, n. 162, (parágrafos 91 a 98, 144 e 151 a 155)

não pode ser estendido para muito além destes estreitos limites, sob pena de vulnerar a norma constitucional. Assim, não parece possa ser superado obstáculo da coisa julgada apenas pela falta de diligência da investigação ou da persecução penal, por uma suposta predisposição absolutória do juízo, ou por não terem sido observadas as garantias processuais da vítima e seus familiares (como sua oitiva e ampla participação), ao menos ante o atual entendimento do STF acerca da submissão normativa do DIDH à Constituição.

É de se ressaltar, ainda, que a Corte IDH não limita seu entendimento aos crimes de lesa-humanidade, que gozariam de sistemática análoga no Estatuto de Roma⁴⁰⁷, mas pretende que a coisa julgada seja superável sempre que houver *grave violação a direitos humanos*. Essas questões, contudo, serão objeto de reflexão mais detida em momento oportuno.

Passa-se, então, a abordar a problemática da resistência de algumas Cortes Constitucionais com relação à jurisprudência interamericana acima delineada, através da análise dos casos GOMES LUND E OUTROS (Guerrilha do Araguaia) vs. BRASIL, e GELMAN Vs. URUGUAI, e das respectivas decisões tomadas pelo STF e pela Suprema Corte de Justiça uruguaia.

c) o caso GOMES LUND Vs. BRASIL (Guerrilha do Araguaia) e o julgamento das ADPFs 153 e 320 pelo STF.

No caso GOMES LUND e OUTROS v. BRASIL (Guerrilha do Araguaia), julgado em 24.11.2010 (sentença de preliminares, mérito e reparações, série C, n. 219), a Corte IDH, afastando alegação de incompetência *ratione temporis* em relação à omissão de apuração do crime de desaparecimento forçado, por força de seu caráter permanente e por persistir a omissão do Estado mesmo após a submissão à jurisdição contenciosa da Corte IDH, reconheceu a responsabilidade internacional do Brasil pelo desaparecimento forçado de sessenta e duas pessoas. A Corte IDH declarou que a incidência da anistia trazida pela Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979⁴⁰⁸, a graves

⁴⁰⁷ O Estatuto de Roma, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 4.388, de 25.09.2002, criou o Tribunal Penal Internacional, como Corte permanente para o julgamento de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão, observado o princípio da complementaridade. Assim, cabe primariamente a cada Estado o julgamento destes fatos e, caso não o façam, ou caso o julgamento tenha tido o objetivo de subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal, não tenha sido conduzido de forma independente ou se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça, (cf. art. 20.3 do Estatuto de Roma), estabelece-se a competência do TPI para julgar tais fatos. Assim, a coisa julgada nacional, quando o julgamento interno de crimes contra a humanidade não visar a submissão do réu à Justiça, é desconsiderada no âmbito do TPI, possibilitando o julgamento internacional, caso os fatos sejam posteriores à entrada em vigor do Estatuto (art. 11 do Estatuto de Roma). Por outro lado, os crimes contra a humanidade exigem o elemento contextual de terem sido praticados no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático contra uma população civil, em cumprimento a uma política estatal. (art. 7º, 1, do Estatuto de Roma). Este elemento, contudo, nem sempre se faz presente nos casos julgados pela CORTE IDH, como se verá ao longo deste item.

⁴⁰⁸ A Lei 6.683/79, assim dispunha: Art. 1º: "É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. Parágrafo 1º: Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer maneira relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política".

violações de direitos humanos era incompatível com a CADH, que afirma um dever de criminalização primária e secundária destes fatos, obrigando o Estado brasileiro a investigar, processar e punir criminalmente os responsáveis por aquelas graves violações de direitos humanos⁴⁰⁹. Assim, teve por *irrelevante* a circunstância de se tratar de anistia decorrente de *acordo político*, e não de autoanistia, porquanto sua aplicação não poderia deixar impunes graves violações a direitos humanos, sob pena de violação aos artigos 1.1, 2º, 8º e 25 da CADH.⁴¹⁰ A Corte IDH declarou a incompatibilidade das disposições da Lei de Anistia que impeçam a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos com a CADH⁴¹¹, carecendo de efeitos jurídicos, e não podendo seguir representando um obstáculo à investigação, persecução e punição destes fatos, determinando sua investigação, persecução e punição, bem como a determinação do paradeiro das vítimas desaparecidas, o reconhecimento público internacional de sua responsabilidade, o oferecimento de tratamento médico e psicológico/psiquiátrico e de indenização pecuniária às vítimas e seus familiares e a adoção de capacitação permanente de integrantes das Forças Armadas sobre direitos humanos. Por fim, determinou que o Estado devia tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos.⁴¹²

A sentença da CORTE IDH foi proferida poucos meses após o STF ter declarado, em 29.04.2010, no julgamento da ADPF 153⁴¹³, que a Lei da Anistia (Lei 6.683/79) não viola preceito constitucional fundamental, tendo-a como bilateral (o que distinguiria a anistia brasileira de suas congêneres chilena e argentina, autênticas autoanistias), e fruto de válida decisão política da época, tendo possibilitado a transição ao regime democrático, afastando a incidência da jurisprudência da Corte IDH sobre autoanistias, e a tendo como corroborada pela nova ordem constitucional através da Emenda Constitucional nº 26/85, ato originário da Constituição de 1988.

A ADPF 153, proposta pela OAB, sustentava a existência de controvérsia constitucional a propósito do âmbito de aplicação da anistia, considerando não ser compatível com a preceitos fundamentais da Constituição a interpretação segundo a qual a Lei 6.683/79 anistiava agentes públicos responsáveis pela prática de homicídios, desaparecimentos forçados, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor. Assim, a extensão da anistia através de texto

⁴⁰⁹ FELDENS, *Ibid.* p. 117-131.

⁴¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso GOMES LUND E OUTROS v. BRASIL. Sentença de preliminares, mérito e reparações, de 24.11.2010. Série C, n. 219, parágrafo 175.

⁴¹¹ A CORTE IDH afirmou, inclusive, ser a anistia destes fatos incompatível com o DIDH em geral, citando entendimento do Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU, bem como o *precedente do TEDH Abdülsamet Yaman v. Turkey*, julgamento em 02.11.2004, application n. 32.446/96, parag. 55, neste mesmo sentido.

⁴¹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso GOMES LUND E OUTROS v. BRASIL. Sentença de preliminares, mérito e reparações, de 24.11.2010. Série C, n. 219, parágrafo 287, item 15, onde insta o Estado a adotar, em prazo razoável, as medidas para ratificar a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, e *determina* sua tipificação interna conforme os parâmetros interamericanos.

⁴¹³ Julgamento em 29/04/2010.

absolutamente vago, de conteúdo indefinido, a crimes comuns violaria o princípio da isonomia, o direito à verdade (art. 5º, XXXIII, da CRFB/88) acerca dos autores de violações de direitos humanos, seria contrária aos princípios democrático e republicano, tendo sido aprovada por um Congresso composto de *senadores biônicos* (escolhidos por eleição indireta) e sancionada por general que detinha o poder de fato, sem legitimidade democrática, em autoanistia, que violaria, ainda, a dignidade da pessoa humana, que não poderia ser negociada em troca da transição. Assim, pedia fosse dada interpretação da Lei da Anistia conforme a Constituição, para declarar que não se estendia aos crimes comuns praticados por agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar ou, ainda, que a Lei 6.683/79 não fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988, tendo sido por ela revogada.

O Min. Relator, Eros Grau, em longo voto, rejeita tais argumentos, refutando a tese de que a lei 6.683/79 tenha sido uma autoanistia imposta pelo governo autoritário.⁴¹⁴ Afirma o relator que "*a inicial ignora o momento mais importante na luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha*", aduzindo que a lei foi fruto de acordo político e de longa luta de exilados, senadores, políticos de oposição, da OAB, ABI, da Igreja, sindicatos e confederações de trabalhadores e de presos políticos em greve de fome pela votação da anistia, classificando que a luta pela anistia expressou a "*página mais vibrante de resistência e atividade democrática da História do país*", vencendo a rejeição de setores reacionários das Forças Armadas, que promoveram inúmeros atentados.⁴¹⁵

Rejeita Eros Grau o argumento de que como "a dignidade não tem preço", não se poderia ter negociado a anistia daqueles crimes de Estado. Aduz que o argumento incorre na *tiranía dos valores*: quando alguém se arroga à condição de representante da dignidade humana, este valor "assume forma na substância e medida de quem o afirma e o pretende impor", tornando-se, então, mais um seu critério particular, do que um valor de toda a humanidade.⁴¹⁶ Assim, da indignidade que o cometimento de

⁴¹⁴ O relator reiterou, no caso, os termos do parecer da Procuradoria-Geral da República nos autos, narrando que: "*A anistia, no Brasil, todos sabemos, resultou de um longo debate nacional, com a participação de diversos setores da sociedade civil, a fim de viabilizar a transição entre o regime autoritário militar e o regime democrático atual. A sociedade civil brasileira, para além de uma singela participação neste processo, articulou-se e marcou na história do país uma luta pela democracia e pela transição pacífica e harmônica, capaz de evitar maiores conflitos*".

⁴¹⁵ Recordou o relator EROS GRAU de atentados a bomba ocorridos na OAB, Câmara de Vereadores do RJ, deputados, bancas de jornal, jornais, etc. "*Reduzir a nada essa luta é tripudiar sobre os que, com desassombro e coragem, com desassombro e coragem lutaram pela anistia, marco do fim do regime de exceção. Sem ela, não teria sido aberta a porta do Colégio Eleitoral para a eleição do "Dr. Tancredo", como diziam os que pisavam o chão da História. Essas jornadas, inesquecíveis, foram heróicas. Não se as pode desprezar*", sustentando que a conduta da OAB, renegando sua histórica participação na luta pela aprovação da lei de anistia, constituía autêntico *venire contra factum proprium*. V. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto do relator Min. Eros Grau., p. 11, p. 22 do acórdão.

⁴¹⁶ Acrescenta o relator que "*quando um determinado valor apodera-se de uma pessoa tende a erigir-se em tirano único de todo o ethos humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam, do ponto de vista material, diametralmente opostos*". *Ibid.* Em sentido similar, PASTOR, Daniel R. *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*. - Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez, 2009, p. 282, afirma que "*La violación de los derechos humanos es algo grave,*

qualquer crime expressa, não se poderia concluir, necessariamente e sem mais, que o instituto da anistia viola a dignidade humana.

O relator rejeitou, ainda, o pedido para que, interpretando-se a Lei 6.683/79 conforme a Constituição, restasse definido que *crimes conexos* aos políticos seriam os crimes *comuns* praticados pelos mesmos autores dos crimes políticos (que visavam alterar a ordem política vigente), e não pelos agentes do Estado contra opositores. Promovendo extensa pesquisa jus-histórica sobre as sucessivas anistias concedidas no país desde 1.895, o relator demonstrou que as leis de anistia relativas a movimentos revolucionários e revoltas anteriores abrangeram não apenas crimes políticos, mas também os crimes comuns conexos, citando normas concessivas de anistia de 1916, 1930, 1934, 1945 e 1956⁴¹⁷ e defendendo que o sentido da expressão *crimes conexos* deve ser sindicado no momento histórico de sanção da lei: assim, conclui que o objetivo da lei era efetivamente conceder anistia ampla e geral, abrangendo tanto opositores como agentes do Estado.⁴¹⁸

Ademais, afirmou o Min. Relator Eros Grau que a Lei 6.683/79 não trouxe uma norma geral e abstrata, cuja interpretação pudesse evoluir ao longo do tempo, construindo novos sentidos a partir das transformações sociais. Ao revés, consistia em uma lei-medida (*Massnahmengesetze*), que disciplinava diretamente determinados interesses, de forma imediata e concreta, configurando *ato administrativo*, completável por agente da Administração, mas já trazendo em si mesma o resultado específico pretendido. Conclui o Ministro Eros Grau tratar-se de lei apenas em sentido formal,⁴¹⁹ devendo ser interpretada no momento histórico em que foi *conquistada*.⁴²⁰ Assim, salientou que à época se considerava que "o esquecimento penal desse período negro de nossa História poderá

entonces el defensor de los derechos humanos ya no piensa, sino que se indigna, es digno, no se puede discutir más con él, no hay argumentos y, entonces, no se puede contra-argumentar o el oponente se convierte en un indigno. Así los derechos humanos se transforman en fin absoluto ilimitado y en un tabú indiscutible e incensurable. En su nombre se puede hacer todo (...)".

⁴¹⁷ Referindo-se aos Decretos nº 3.102, de 13.01.1916, nº 3.163, de 27.09.1916., nº 19.395, de 06.11.1930, nº 24.297, de 28.05.1934, ao decreto-lei 7.474, de 18.04.1945 e ao decreto-legislativo nº 22, de 23.05.1956. O relator cita, ainda, a jurisprudência do STF, estendendo a anistia concedida pelo Decreto nº 310, de 1.895 a crimes de morte (Cf. Habeas Corpus nº 1.386, Rel. Min. Piza e Almeida, julgado em 04 de julho de 1900, e à extensão da anistia do Decreto 19.395/30 prevista aos crimes "*políticos, militares e aos conexos com estes*" para abranger também "*os delitos atribuídos a policiais de um Estado cometidos na perseguição de grupos sediciosos que se movimentavam pelo sertão*", relatando sua extensão a atos de repressão de revoltosos que buscavam incorporar-se à Coluna Prestes em 1926, cf. Recurso em Habeas Corpus nº 28.294, Rel. Min. Philadelpho de Azevedo, de 1.942, cujo voto consignou "*a medida devia, assim, alcançar aos que se envolveram direta ou indiretamente em movimentos revolucionários, tanto de um lado como de outro (...)*", arrematando o Min. Eros Grau que "*Há momentos em que o caráter de um povo se manifesta com plena nitidez. Talvez o nosso, cordial, se desnude na sucessão das frequentes anistias concedidas entre nós*". (p. 19 do voto, p. 30 do acórdão).

⁴¹⁸ A Lei de Anistia só não foi irrestrita porque não abrangia os condenados - segundo a interpretação dada à época pelo STF e pelo STM com sentença transitada em julgado - por "*crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentando pessoal*". V. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto do relator Min. Eros Grau., p. 15-16, p. 26-27 do acórdão.

⁴¹⁹ Equiparada pelo ministro Eros Grau às leis referidas no art. 37, XIX e XX, da CRFB/88, isto é, àquelas que criem uma autarquia ou que autorize a criação de uma empresa pública ou subsidiárias.

⁴²⁰ V. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto do relator Min. Eros Grau., p. 20 e 23, p. 31 e 34 do acórdão.

contribuir para o desarmamento geral, desejável como passo adiante no caminho da democracia"⁴²¹, arrematando que o acordo de anistia permitiu uma transição pacífica à democracia e que "todos desejavam que (a transição) fosse sem violência, estávamos fartos de violência"⁴²². Conclui o relator mencionando que a Lei 6.683/79 é anterior à Convenções das Nações Unidas contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, de 10.12.1984 e em vigor desde 26.06.1987, bem como à Lei 9.455, de 07.04.1997, que definiu o crime de tortura, considerando que o mandato constitucional expresso de criminalização da tortura e crimes hediondos não alcança, "por impossibilidade lógica, anistias consumadas anteriormente a sua vigência". Asseverou, ainda, que se a Constituição não recepção leis em sentido material, abstratas e gerais, com ela incompatíveis, *também certamente não afeta leis-medida que a tenham precedido*. Em seguida, aduz que a autoridade dos arestos da Corte IDH foi reconhecida "apenas para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998", concluindo que se as mudanças do tempo e da sociedade considerarem necessária a revisão da lei de anistia, isto deverá ser feito pelo Poder Legislativo. Por fim, salienta que a anistia foi reafirmada pelo art. 4º, parágrafo 1º, da EC 26/85, que inaugurou a nova ordem constitucional convocando assembleia constituinte. Assim, não pertence à ordem constitucional passada, mas à origem da nova norma fundamental, tendo a anistia sido (re)instaurada em seu ato originário.⁴²³

Acompanhando o relator, a Min. Carmen Lúcia afirmou a impossibilidade de se alterar a interpretação de dispositivo legal, três décadas após sua sedimentação, em matéria penal, em prejuízo do indivíduo e, ademais, sobre norma já exaurida em sua aplicação.⁴²⁴

Em seguida, votaram pela procedência parcial da ADPF os Ministros Ricardo Lewandowsky e Carlos Ayres de Britto, declarando a necessidade de se interpretar a Lei de Anistia conforme a Constituição Federal.

Após rejeitar preliminar de falta de interesse processual por suposta prescrição,⁴²⁵ o Min. Lewandowsky considerou que numa perspectiva técnico-jurídica os crimes praticados por agentes da

⁴²¹ V. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto do Min. Eros Grau., p. 24, p. 35 do acórdão, citando parecer apresentado em agosto de 1.979 pela OAB ao Presidente do Senado Federal, da lavra do então Conselheiro da OAB José Paulo Sepúlveda Pertence, posteriormente Procurador-Geral da República e Ministro do Supremo Tribunal Federal.

⁴²² V. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto do Min. Eros Grau., p. 27, p. 38 do acórdão, criticando os que hoje desmerecem a anistia bilateral da Lei 6.683/79 e se opõem ao fato histórico da transição conciliada, suave e com absolvição de todos, tanto agentes estatais como "*subversivos*". Salienta o ministro que estes apenas teriam obtido o perdão com a anistia "*à custa dessa amplitude*", acusando os críticos da Lei de Anistia de pretender *mais do que reescrever, reconstruir a História*, indagando o que pretendiam: "*que a transição tivesse sido feita, um dia, posteriormente ao momento daquele acordo, com sangue e lágrimas, com violência?*" Para afirmar em seguida: "*Todos desejávamos que fosse sem violência, estávamos fartos de violência*".

⁴²³ V. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto do relator Min. Eros Grau., p. 33 p. 44 do acórdão.

⁴²⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto da Min. Carmen Lúcia, p. 12, p. 89 do acórdão, disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>.

⁴²⁵ O Min. Ricardo Lewandowsky inicialmente rejeitou preliminar de falta de interesse processual, consignando o caráter permanente do crime de sequestro, não havendo prova da prática de possível homicídio dos opositores *desaparecidos*,

repressão não guardam conexão com os crimes políticos, e, conseqüentemente, não teriam sido alcançados pela anistia da Lei 6.683/79, a não ser que configurassem em si crimes políticos. Para delimitar em casos limítrofes se os fatos ensejam a prática de um delito de natureza política ou cometido por motivação política seria necessário realizar uma análise caso a caso, guiada pelos critérios da preponderância da motivação e da atrocidade dos meios.⁴²⁶ Em seguida, o voto do Min. Lewandowsky faz menção expressa à jurisprudência da Corte IDH, que reconhece no art. 1.1 da CADH, internalizada no Brasil, o dever de "investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos"⁴²⁷, concluindo pela procedência parcial da ADPF 153 para que se dê interpretação conforme à Constituição ao parágrafo 1º do art. 1º da Lei 6.683/79 de forma a que se entenda que os agentes estatais "não estão automaticamente abrangidos pela anistia", devendo o juiz ou tribunal realizar uma abordagem caso a caso para o fim de avaliar eventual cometimento de crime comum, não abrangido na anistia.⁴²⁸

Por sua vez, o Min. Ayres Brito, ainda que reconhecendo, em tese, a possibilidade de anistia a torturadores e homicidas, afirma que a Lei 6.683/79 não o fez expressamente, não se podendo presumir. Afirmando que *na coletividade* o perdão pode não significar uma virtude, mas uma *situação vexatória e um convite masoquístico à reincidência*,⁴²⁹ assevera o ministro que para a coletividade perdoar quem incidiu em certas práticas criminosas faz-se necessário que o faça "de modo claro, assumido, autêntico, não incidindo em tergiversação redacional". Assim, considerando não ser devida a ênfase na pesquisa das tratativas políticas que resultaram na referida lei, porquanto o *método histórico de interpretação* não permite revelar a *vontade normativa do texto interpretado*, somente

nem de suas circunstâncias de tempo e local, motivo pelo qual "*não se pode cogitar, por ora, de homicídio*" e "*esses sequestros podem, em tese, ainda subsistir. Portanto estamos diante de um crime de caráter permanente*", não havendo iniciado, pois, a contagem do prazo prescricional, como decidido pelo STF na Extradução nº 974. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto do Min. Ricardo Lewandowsky, p. 5-6.

⁴²⁶ Ressalte-se que o Min. Lewandowsky, *obiter dictum*, menciona a questão da *ampla punibilidade* dos crimes de *lesa-humanidade*, a exemplo da tortura e do genocídio, definidos, dentre outros, na Convenção de Haia, no Estatuto do Tribunal de Nuremberg e no Estatuto de Roma, ratificados pelo Brasil em 02.01.1914, 21.09.1945 e 24.09.2002, respectivamente, nos quais - além de serem imprescritíveis e insuscetíveis de graça e anistia - "a persecução penal *independia de tipificação prévia*", sujeitando-se à jurisdição penal nacional, estrangeira (jurisdição penal nacional universal) e internacional (Tribunal Penal Internacional). O ministro, contudo, diz não ser necessário adentrar tal questão porquanto os crimes comuns apontados como praticados pelos agentes do regime autoritário eram todos tipificados no Código Penal de 1940 e nos Códigos Penais Militares de 1944 e 1971, inclusive a tortura, tipificada como lesão corporal, maus tratos e abuso de autoridade. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto do Min. Ricardo Lewandowsky, p. 19 do voto, p. 117 do acordão.

⁴²⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto do Min. Ricardo Lewandowsky, p. 31 do voto, p. 129 do acordão.

⁴²⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto do Min. Ricardo Lewandowsky, p. 11 a 17 e 27-28 do voto, p. 109-115 e 125-126 do acordão.

⁴²⁹ O Min. Ayres Brito afirma a p. 2 de seu voto que, em relação à coletividade, o perdão pode levá-la "*àquela situação vexatória do ponto de vista ético-humanístico de se olhar no espelho da história e ter vergonha de si mesmo*". Pouco antes, começou o seu voto declamando um poema de sua autoria, intitulado "*A propósito de Hitler*", nos seguintes termos: "*A humanidade não é o homem para se dar a virtude do perdão. A humanidade tem o dever de odiar os seus ofensores, odiar seus ofensores, odiar seus ofensores, porque o perdão coletivo é a falta de memória e de vergonha. Convite masoquístico à reincidência*".

sendo admitido de forma suplementar, conclui que não se pode depreender do texto normativo a finalidade de anistia a crimes hediondos e equiparados, que nenhuma vinculação política tinham, tendo sido praticados à margem do próprio regime de exceção por indivíduos que o exacerbaram para "acrescentar horrores por conta própria" e para satisfazer seu sadismo.⁴³⁰ Assim, julgava parcialmente procedente a ADPF para excluir qualquer interpretação que estenda a anistia a crimes hediondos e equiparados e, em especial, ao homicídio, tortura e estupro.

Entretanto, a maioria se formou em torno do voto do relator, julgando que a Lei 6.683/79 não violava preceito fundamental da CRFB/88 e consignando já terem se exaurido os seus efeitos. A Min. Ellen Gracie aduziu que anistia é a superação do passado com vistas à reconciliação de uma sociedade sendo, por isto, necessariamente mútua. É o objetivo da pacificação social e política que confere à anistia seu caráter bilateral, sendo a impunidade o preço pago pela sociedade brasileira para acelerar a redemocratização pacífica.⁴³¹

O Min. Celso Mello, reconhecendo que a Corte IDH proclamara serem incompatíveis com a CADH as leis de autoanistia concedidas unicamente a agentes estatais nos estertores de regimes autoritários, afirma que a Lei 6.683/79 teve caráter bilateral, abrangendo tanto opositores como agentes da repressão, tendo sido fruto de participação ativa da sociedade civil e da oposição militante, em contexto inteiramente distinto daquele da Argentina, Chile e Uruguai, motivo pelo qual considerou inaplicáveis os precedentes da Corte IDH.⁴³² Ademais, salientou que a anterioridade da anistia impede a retroação da CADH sobre fatos já exauridos⁴³³: os efeitos jurídicos que dela emanaram, já esgotados, não poderiam ser suprimidos por legislação superveniente, sob pena de violação da proibição constitucional da retroatividade de leis penais mais gravosas. Por fim, considerou que o princípio da legalidade estrita impediria que a CADH regulamentasse norma concernente à (im)prescritibilidade da pretensão punitiva e salientou que a autoridade dos arestos da Corte IDH apenas foi reconhecida pelo Brasil "para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998".

O Min. Cesar Peluzo votou pela compatibilidade da anistia com a Constituição, afirmando que "a interpretação em tema de anistia é sempre ampla, expansiva, nunca restrita; é sentido de

⁴³⁰ O Min. Ayres Brito afirma que "o torturador é aquele que experimenta o mais intenso dos prazeres diante do mais intenso dos sofrimentos alheios, perpetrados por ele próprio", BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto do Min. Ayres Brito, p. 7, p. 140 do acórdão.

⁴³¹ Ellen Gracie: "não se faz transição pacífica, entre um regime autoritário e uma democracia plena, sem concessões recíprocas. (...) a anistia, inclusive daqueles que cometeram crimes nos porões da ditadura, foi o preço que a sociedade brasileira pagou para acelerar o processo pacífico de redemocratização, com eleições livres e a retomada do poder pelos representantes da sociedade civil." BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto da Min. Ellen Gracie, p. 3. p. 153 do acórdão.

⁴³² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto do Min. Celso de Mello, p. 183 do acórdão.

⁴³³ Aduz o Min. Celso de Mello a fl. 186: "uma vez editada (e exaurindo, no instante mesmo do início de sua vigência, o seu conteúdo eficaz), os efeitos jurídicos que dele emanam não podem ser suprimidos por legislação superveniente, sob pena de violação da proibição constitucional da retroatividade de leis penais gravosas." BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto do Min. Celso de Mello, p. 186 do acórdão.

generosidade", e que não há violação ao princípio da isonomia, na medida em que concedida a "crimes praticados de ambos os lados", no "mesmo contexto sócio-político de conflito e de luta pelo poder", atendendo ao imperativo constitucional da igualdade, não se tratando de autoanistia, "censurada pelos tribunais internacionais", mas de um acordo "como tantos outros celebrados no mundo", exemplificando com a anistia concedida pela África do Sul aos crimes do *apartheid*, "ainda mais ampla do que a nossa".⁴³⁴, concluindo que, de qualquer sorte, a ADPF "não serviria para instauração de ação penal, porque todas as ações penais estão prescritas". Neste ponto, foi apartado pelo Min. Ayres Britto, que sugeriu que o lapso prescricional não poderia ter se iniciado ante o óbice da lei de anistia: não havendo possibilidade normativa de persecução penal, não haveria curso de prazo prescricional.⁴³⁵

Por fim, aduziu o Min. Peluso que a lei já tinha operado e exaurido seus efeitos dentro da velha ordem, não havendo, pois, nenhum efeito jurídico pendente por declarar ou atuar. Assim, considerando que a lei de anistia não depende de nenhuma sentença declaratória, atuando "por força do só contato da lei com o fato", estando extintas todas as ações públicas ou privadas de caráter penal, de modo que consolidadas todas as situações jurídicas resguardadas pelo princípio constitucional da segurança jurídica.⁴³⁶

O Min. Gilmar Mendes acompanhou o Relator, consignando que sendo a anistia um ato político, sua amplitude é definida de forma política, pelo Congresso Nacional, ressaltando que a anistia ampla e geral foi resultado de um compromisso constitucional que tornou possível a construção da nova ordem constitucional brasileira⁴³⁷. Ainda que ressalvando o desnível de potencialidade ofensiva entre os atos da repressão e dos opositores, afirmou que "sequestros, torturas e homicídios foram praticados de parte a parte", não considerando razoável introduzir nas definições jurídicas de crimes políticos compreensões morais acerca da natureza justificadora da violência, "em razão do objetivo político ideológico que os geraram",⁴³⁸ não vislumbrando ofensa à isonomia, e considerando a anistia inserida no ato político que trouxe as bases para a construção da nova ordem constitucional.⁴³⁹

⁴³⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto do Min. Cezar Peluso, p.7, p. 210 do acórdão.

⁴³⁵ O Min. Cezar Peluso havia afirmado: "*Alega-se que, com a procedência, se poderia apurar a responsabilidade criminal dos agentes do regime. Mas apurar a responsabilidade criminal em que juízo, se já não há mais ação penal alguma capaz de ser proposta? Todas estão cobertas pela prescrição*", momento em que o Min. Ayres Britto lhe apartou: "*É que o Estado não poderia conseguir a perseguição por causa da lei. O Estado só desencadearia a persecução criminal com o afastamento do óbice da lei. Então, a questão da prescrição nem se coloca nesse momento*". Em réplica, o Min. Cezar Peluso: "*Não, Ministro, a prescrição se inicia da data da prática do crime, não é da data do reconhecimento de certo sentido da lei*", tendo respondido o Min. Ayres Britto: "*Sim, mas o Estado estava impedido de deflagrar a persecução*". BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto do Min. Cezar Peluso, p. 8-9, p. 211-212 do acórdão.

⁴³⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto do Min. Cezar Peluso, p. 9-10, p. 212-213 do acórdão.

⁴³⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 21, p. 235 do acórdão).

⁴³⁸ O Min. Gilmar Mendes prossegue afirmando que "*a perspectiva ideológica não justifica o cometimento de atrocidades como sequestros, torturas e homicídios cruéis. Ademais, ainda que fosse possível justificá-las - e não é possível -, é*

Assim, por 7 votos a 2, o STF julgou improcedente a ADPF 153, no julgamento de 29.04.2010. Contudo, a referida decisão ainda não transitou em julgado, estando pendente o julgamento de embargos declaratórios interpostos, sendo certo que diversos dos ministros votantes não integram mais a Corte.⁴⁴⁰ Por outro lado, a ADPF 153, ainda pendente de julgamento de embargos declaratórios, foi apensada à ADPF 320 para julgamento conjunto.

Esta nova demanda requer seja declarado que a Lei de Anistia não se aplica "aos crimes de graves violações de direitos humanos cometidos por agentes públicos" contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos, nem tampouco se aplica a autores de crimes continuados ou permanentes, já que seus efeitos se expiram em 15.08.1979. A ADPF 320 se refere expressamente à condenação do Brasil no julgamento do *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, em que a Corte IDH declarou que as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a CADH, carecendo de efeitos jurídicos.⁴⁴¹ Ademais, defende que os crimes de ocultação de cadáver dos desaparecidos políticos é permanente⁴⁴², não podendo ser considerados abrangidos pela lei de anistia, pedindo ao final *que o STF determine a todos os órgãos do Estado que deem integral cumprimento à sentença de 24.11.2010 da Corte IDH no Caso GOMES LUND E OUTROS v. BRASIL*. O Procurador-Geral da República manifestou-se pelo conhecimento parcial⁴⁴³ e, neste âmbito, pela procedência da ADPF 320, ante a violação dos preceitos fundamentais dos arts. 1º, III, 4º, I e II e 5º parágrafos 1º a 3º, da CRFB/88. O PGR salientou que as decisões da Corte IDH são vinculantes para todos os órgãos e poderes do país, conforme art. 68.1 da CADH, concretizando a norma do art. 7º do ADCT da CRFB/88. Assim, para negar eficácia à CADH ou às decisões da Corte IDH, seria necessário declarar a inconstitucionalidade do ato de incorporação do instrumento ao Direito Interno e proceder à denúncia integral da convenção, conforme art. 75 da CADH e art. 44.1 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Ademais, asseverou que sequestros cujas vítimas não tenham sido

certo que muitos dos que recorreram a estes delitos não buscavam a normalidade democrática, mas a defender sistemas políticos autoritários, seja para manter o regime de exceção, seja para instalar novas formas de administração de cunho autoritário, com bases stalinistas, castristas ou maoístas. É notório que, em muitos casos, os autores desses tipos de crimes violentos pretendiam estabelecer sistema de governo totalitário, inclusive com apoio, financiamento e treinamento concedido por ditaduras estrangeiras". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 25. p. 239 do acórdão.

⁴³⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 40 do voto p. 254 do acórdão.

⁴⁴⁰ Notadamente os Ministros Cezar Peluso, Ellen Gracie, Ayres de Brito e Joaquim Barbosa, este último licenciado à época do julgamento.

⁴⁴¹ A inicial da ADPF 320 assinala, ainda, a existência de pelo menos 475 pessoas mortas ou desaparecidas em decorrência da repressão do regime de exceção, conforme relatório da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça.

⁴⁴² Citando precedentes do STF, como o julgamento do HC 76.678, de 29.06.1998.

⁴⁴³ Manifestou-se o PGR pelo não-conhecimento da demanda na extensão almejada, para obrigar o Estado de forma genérica ao cumprimento de todos os pontos da sentença da CORTE IDH no Caso GOMES LUND, por ausência de prova de inadimplemento do país em todos eles.

localizadas, vivas ou não, consideram-se crimes de natureza permanente⁴⁴⁴, afastando a incidência da prescrição e da Lei de Anistia, cujo âmbito de validade temporal se restringe de 02.09.1961 a 15.08.1979.

A ADPF 320 ainda está pendente de julgamento, assim como os embargos na ADPF 153. Entrementes, a jurisprudência brasileira vem suspendendo o trâmite de ações penais relativas a crimes da repressão, em sede de *Habeas Corpus* ou de reclamação, com base no julgamento da ADPF 153.⁴⁴⁵.

É preciso fazer breves considerações sobre o caso. De forma semelhante às dificuldades de superação da coisa julgada narradas nos comentários relativos ao caso ALMONACID ARELLANO vs. CHILE, a superação da Lei de 6.683/79 pode encontrar óbice em relação às *situações jurídicas já consolidadas pelo exaurimento de seus efeitos*, ante as garantias do ato jurídico perfeito e do direito adquirido⁴⁴⁶, de hierarquia constitucional. Assim, crimes instantâneos (homicídios, p.ex) praticados por motivos preponderantemente políticos e crimes conexos praticados até 15.08.1979, e anistiados pela Lei 6.683/79, já tiveram sua punibilidade extinta⁴⁴⁷, não podendo se desconsiderar a garantia constitucional dada às situações jurídicas consolidadas por atos cujos efeitos já se exauriram.

Questões diversas, contudo, são aquelas referentes à correta *interpretação* do alcance da anistia, bem como ao fato de que a anistia não impede a punibilidade de crimes que lhe sejam supervenientes. Assim, a eventual persistência da prática de atos, *e.g.*, de sequestro ou ocultação de cadáver, como crimes permanentes que são, posteriormente a 15.08.1979 - alguns, em tese, ainda possivelmente em prática, não terá sua persecução penal obstada pela Lei 6.683/79, que anistiou apenas fatos ocorridos

⁴⁴⁴Citando como precedentes do STF, os julgamentos das extradições 974, 1.150 e 1.278.

⁴⁴⁵ Cf. decisão monocrática proferida na Medida Cautelar em Reclamação nº 18.686-MC/RJ, que recentemente suspendeu o trâmite de ação penal relativa ao homicídio do deputado Rubens Paiva Processo nº 0023005-91.2014.4.02.5101, em trâmite na 4ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Constitucionalidade da lei de anistia. ADPF 153. Efeito vinculante. Medida Cautelar na Reclamação 18.686-MC/RJ. Decisão liminar monocrática. Ministro Teori Zavascki. 29 de setembro de 2014. DJe-191 public. 01/10/2014.

⁴⁴⁶ O Min. Celso de Mello afirmou, a fl. 186 que a lei de anistia, "*uma vez editada (e exaurindo, no instante mesmo do início de sua vigência, o seu conteúdo eficaz), os efeitos jurídicos que dele emanam não podem ser suprimidos por legislação superveniente, sob pena de violação da proibição constitucional da retroatividade de leis penais gravosas*". SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Voto do Min. Celso de Mello, p. 186 do acórdão. Não parece tratar a hipótese exatamente de irretroatividade de lei penal mais gravosa: ainda que se tratasse de uma lei cível ou administrativa, que concedesse benefício instantâneo, exaurindo seus efeitos, ou de ato administrativo estatal unilateral, por exemplo, de doação imobiliária autorizada por lei, não poderia lei posterior pretender cassar o benefício - *direito* - adquirido, que já houvesse ingressado no patrimônio jurídico de seu titular, ou atingir o ato administrativo já exaurido, salvo se considerado nulo ou ilegal já à época de sua prática. Assim, uma nova regra previdenciária acerca dos requisitos para a concessão de aposentadoria, p.ex., não poderia atingir aqueles que já preencheram os requisitos de aposentadoria com base na lei anterior (ainda que não tivessem tido tal direito declarado por sentença ou ato administrativo). Da mesma forma, uma anistia tributária, concedida conforme a ordem constitucional então vigente, e já exaurida, não pode ser cancelada por lei superveniente. Não diz respeito a hipótese, pois, à irretroatividade da lei penal mais gravosa, mas à irretroatividade da lei frente ao direito adquirido e ato jurídico perfeito.

⁴⁴⁷ A menos que se considere que, já na época, não eram passíveis de anistia, por se tratar de crimes contra a humanidade, por força de normas imperativas de Direito Internacional (*jus cogens*) e do costume internacional. Saliente-se que o Brasil não é signatário da Convenção das Nações Unidas sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968, que por sua vez tampouco regulamenta a temática da *anistia*, motivo pelo qual eventual óbice internacional a anistia teria de advir do *jus cogens* consuetudinário.

entre 02.09.1961 e 15.08.1979. Não nos cabe, porém, exaurir as especificidades destes julgamentos, apenas mencionados para ilustrar o desenvolvimento das obrigações de criminalização, primária e secundária, no âmbito do DIDH, permitindo a reflexão crítica acerca de seus limites e consequências, que será desenvolvida completamente em momento oportuno.

d) o caso GELMAN Vs. URUGUAI: novo embate entre Cortes Constitucionais e a CORTE IDH.

Pouco depois da sentença relativa à lei de anistia brasileira, no julgamento do caso GELMAN vs. URUGUAI, julgado em 24.02.2011, (série C, n. 221), a Corte IDH reiterou a incompatibilidade das leis de anistia de graves violações de direitos humanos com a CADH. Versava a hipótese sobre o desaparecimento forçado e execução de casal de guerrilheiros no marco da Operação Condor, de cooperação na repressão militar empreendida pelas ditaduras do Cone Sul, com posterior subtração de bebê, entregue a família de policial uruguaio para adoção logo após seu nascimento. Agentes estatais uruguaio e argentinos sequestraram María Cláudia García Iruretagoyena de Gelman, então grávida, e Marcelo Gelman em 1976, em Buenos Aires, presumidamente levando-os ao Uruguai.

A Corte reiterou que o desaparecimento forçado consiste numa pluralidade de condutas, coesas por um único fim, relativas à privação de liberdade, por intervenção direta de agentes estatais ou aquiescência destes, seguida da negativa em reconhecer a detenção e de revelar a sorte ou paradeiro da pessoa interessada, vulnerando de maneira permanente múltiplos direitos protegidos pela CADH até que se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e se determina com certeza sua identidade.⁴⁴⁸ Estes fatos negam todos os direitos humanos de suas vítimas, porquanto anulam a possibilidade do exercício de qualquer direito, sendo uma das formas mais graves de descumprimento das obrigações estatais de respeito e garantia dos direitos humanos, tendo sido María Claudia Gelman separada de seu marido e, posteriormente, de sua filha recém-nascida, sem saber o destino dado a eles, estando desaparecida desde então. A filha de María Claudia, então com 45 dias de vida, foi deixada com uma outra família, que a registrou como sua filha.⁴⁴⁹ A Corte IDH considerou que os fatos violavam o *jus*

⁴⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença de mérito e reparações do Caso GELMAN v. URUGUAI. Julgamento em 24.02.2011 (série C, n. 221). Parágrafos n. 65 e 72 a 74.

⁴⁴⁹ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença de mérito e reparações do Caso GELMAN v. URUGUAI. Julgamento em 24.02.2011 (série C, n. 221), parágrafos n. 107 e 113 a 116, a bebê de María Claudia, separada da mãe, com 45 dias de vida, fora colocada em um moisés e deixado na porta da casa da família do policial uruguaio Ángel Tauriño, com um bilhete dizendo sua data de nascimento e alegando impossibilidade de que a mãe biológica cuidasse dela, tendo sido registrada como filha do mesmo e de sua esposa, e batizada de María Macarena Tauriño Vivian. Após investigações empreendidas pelo avô paterno, Juan Gelman, para tentar localizar sua neta, no ano 2000 a jovem María Macarena Tauriño Vivian, com 23 anos, soube que não era filha biológica de seus pais de criação e teve contato com seu avô paterno, submetendo-se a exame de ADN que confirmou seu vínculo biológico com o Sr. Juan Gelman, obtendo a alteração de seu registro civil e todos os seus dados de filiação e nascimento.

cogens internacional, tendo sido perpetrados através de uma política classificada como *práctica sistemática de terrorismo de Estado a nivel inter-estatal*.⁴⁵⁰

A Corte teve a subtração e supressão de identidade da recém nascida como uma forma de desaparecimento forçado, declarando incompatíveis com a CADH as normas concessivas de anistia para tais fatos. A *Ley de Caducidad* de 22.12.1986 estabelecia a decadência do exercício da pretensão punitiva para fatos cometidos até 01.03.1985 por funcionários militares, policiais e assimilados por motivos políticos ou em cumprimento de suas funções, se assim declarado pelo Executivo no prazo de 30 dias após instado pelo juiz responsável por cada investigação ou processo. Este diploma legal havia sido declarado constitucional pela Suprema Corte de Justiça uruguaia, por três votos a dois, em 1988, em controle difuso de constitucionalidade. Novamente analisando a constitucionalidade da lei em um outro caso em 2009, a Suprema Corte de Justiça uruguaia declarou a lei inconstitucional, e submeteu projeto de reforma constitucional que declararia a nulidade da *Ley de Caducidad* a referendo popular, onde, contudo, a proposta não obteve maioria, tendo, não obstante, confirmado sua jurisprudência em outro julgamento posterior.⁴⁵¹ No caso em questão, a persecução penal dos fatos havia sido arquivada pelo Ministério Público em 2003, pela aplicação da referida lei em benefício dos investigados, tendo o Executivo confirmado que o caso estava compreendido sob os efeitos deste diploma legal, pelo que o arquivamento foi homologado pelo juiz responsável. Ante o surgimento de novas provas, consistentes em reportagens jornalísticas, o pai da vítima desaparecida e avô da menor solicitou em 2005 a reabertura das investigações, tendo o Executivo se recusado a aplicar o dispositivo que implicaria na extinção da pretensão punitiva, motivo pelo qual a investigação foi reaberta⁴⁵², em meio a controvérsia judicial mas, após sucessivas diligências, não se logrou localizar o cadáver de María Claudia García.

A Corte assinalou que também o Alto Comissariado para Direitos Humanos da ONU⁴⁵³, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Comissão Africana de Direitos Humanos afirmam a contrariedade das disposições de anistia, perdão (indulto/grança) e prescrição em relação a crimes que impliquem graves violações de direitos humanos, como a tortura e homicídios praticados por agentes estatais, por violarem garantia convencional de um recurso efetivo que assegure os direitos humanos

⁴⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença de mérito e reparações do Caso GELMAN v. URUGUAI. Julgamento em 24.02.2011 (série C, n. 221). Parágrafos n. 92 a 99.

⁴⁵¹ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença de mérito e reparações do Caso GELMAN v. URUGUAI. Julgamento em 24.02.2011 (série C, n. 221). Parágrafos n. 146 a 150.

⁴⁵² Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença de mérito e reparações do Caso GELMAN v. URUGUAI. Julgamento em 24.02.2011 (série C, n. 221). Parágrafos n. 171 a 173.

⁴⁵³ V. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: amnistías*. Nueva York y Ginebra:: Publicación de las Naciones Unidas, 2009, p. 20 e 21. Disponível em http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf. Último acesso em 04 de dezembro de 2015.

das vítimas.⁴⁵⁴ A Corte IDH fez, ainda, longa digressão sobre a invalidação das leis de anistia, por violação a obrigações internacionais de direitos humanos, promovida pelas Cortes Supremas da Argentina, Chile, Peru, Uruguai, Honduras, El Salvador e Colômbia, reiterando sua jurisprudência acerca da inadmissibilidade de sua concessão a graves violações de direitos humanos, como torturas, execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias e desaparecimentos forçados, proibida por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo DIDH.⁴⁵⁵ Ademais, a anistia, ao impedir a sanção de graves violações de direitos humanos, impede o acesso das vítimas e seus familiares à verdade e às reparações correspondentes, considerando a oitiva em juízo e o julgamento criminal como formas de reparação às vítimas, já que sua impunidade conduziria à sua vulnerabilidade.

Assim, aduziu a Corte IDH que a incompatibilidade das anistias com a CADH *não se resume às autoanistias*, mas à impunidade das graves violações do DIDH, por si mesmo consideradas, salientando que a margem de discricionariedade legislativa de uma sociedade democrática está limitada por obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos, limite infranqueável à regra da maioria. Desta forma, a esfera do que é suscetível de ser deliberado pelo voto da maioria não inclui a anistia a graves violações de direitos humanos, sendo tarefa de todas as autoridades públicas - e não apenas das jurisdicionais - um controle de convencionalidade das normas internas frente ao DIDH.⁴⁵⁶

Dessa forma, a Corte IDH declarou que a vigência (ainda que não aplicada) da *Ley de Caducidad*, e o retardo na investigação dos fatos, por si só, já constituíam violações ao art. 1.1 (deveres positivos de proteção), art. 8.1 (garantias judiciais, inclusive das vítimas) e art. 25 (remédios efetivos) da CADH, determinando o dever de investigação oficial, imparcial e eficiente dos fatos, de persecução e julgamento dos responsáveis e, em sendo condenados, de aplicação da sanção cabível, com ampla participação dos familiares das vítimas em todas as etapas da investigação e processo. Ademais, determinou que seu resultado ser publicado para que a sociedade uruguaia conheça os fatos apurados e seus responsáveis, reconhecendo-se a responsabilidade internacional pelos fatos, indenizando-se os familiares da vítima e prosseguindo-se as buscas pelo paradeiro do cadáver de Maria Claudia Gelma.

⁴⁵⁷ Determinou a Corte, por fim, que a *Ley de Caducidad* não servisse de obstáculo a investigação, persecução e sanção de graves violações de direitos humanos similares acontecidas no Uruguai, arrematando a sentença em seu parágrafo 253:

⁴⁵⁴ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença de mérito e reparações do Caso GELMAN v. URUGUAI. Julgamento em 24.02.2011 (série C, n. 221). Parágrafos n. 211 a 214.

⁴⁵⁵ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença de mérito e reparações do Caso GELMAN v. URUGUAI. Julgamento em 24.02.2011 (série C, n. 221). Parágrafos n. 215 a 225.

⁴⁵⁶ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença de mérito e reparações do Caso GELMAN v. URUGUAI. Julgamento em 24.02.2011 (série C, n. 221). Parágrafos n. 193 e 239.

⁴⁵⁷ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença de mérito e reparações do Caso GELMAN v. URUGUAI. Julgamento em 24.02.2011 (série C, n. 221). Parágrafos n. 251 a 258.

En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo.

Entretanto, como anota VERVAELE, apesar da clareza da sentença da Corte IDH, a Suprema Corte uruguaia declarou que todos os crimes como estupros, sequestros, homicídios e desaparecimentos forçadas praticadas por representantes do Estado entre 1973 e 1985 prescreveriam em 01.11.2011 caso não houvesse mudança do marco legal. Poucos dias antes desta data, em 27.10.2011, o Legislativo aprovou a Lei 18.831, adaptando-se à decisão da Corte Interamericana e revogando todos os atos praticados com base na *Ley de Caducidad*.⁴⁵⁸ A Lei 18.831/2011 *restabeleceu o pleno exercício da pretensão punitiva do Estado para os delitos cometidos em aplicação de terrorismo de estado até 01.03.1985*, determinando seu artigo 2º que *não se computará qualquer prazo prescricional ou decadencial no período compreendido entre 22.12.1986 (data da entrada em vigor da Ley de caducidad) e a vigência da nova lei, considerando o art. 3º da lei estes delitos como crimes de lesa humanidade (logo, imprescritíveis)*.⁴⁵⁹

Contudo, alguns militares investigados arguiram a inconstitucionalidade da Lei 18.831, tendo a Suprema Corte de Justiça uruguaia declarado inconstitucionais - com efeitos limitados ao caso concreto - os artigos 2º e 3º da Lei 18.831, que determinavam o não-cômputo do prazo prescricional e a imprescritibilidade dos fatos, bem como declarou que os fatos não podiam ser tipificados como *desaparecimento forçado*, porquanto à época em que praticados tal tipo penal não existia no Uruguai, não podendo haver a retroatividade da lei penal mais gravosa.⁴⁶⁰

A Suprema Corte de Justiça uruguaia, na sentença n. 20, de 22.02.2013, chega a assinalar que, apesar de as convenções internacionais disporem de força constitucional, a Constituição uruguaia não institui um dever de que as autoridades judiciárias uruguaias considerem como precedentes vinculantes as sentenças da Corte IDH,⁴⁶¹ e que era seu dever *irrenunciável* promover o controle de constitucionalidade da lei uruguaia n. 18.831, que havia cancelado prazos prescricionais. Afirmou a Corte uruguaia que assim como a Corte IDH é a intérprete última da CADH, no âmbito de suas competências, a Suprema Corte de Justiça uruguaia é a intérprete última da Constituição uruguaia,

⁴⁵⁸ Cf. VERVAELE, John A.E., *Graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales: del ius (non) puniendi del estado-nación a un deber puniendi imperativo de ius cogens?* Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal da UFRGS. v.1. n.1, p. 03-36, 2013.

⁴⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gelman v. Uruguai. Decisão de supervisão de cumprimento de sentença, de 20.03.2013, parágrafos 42 a 46.

⁴⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gelman v. Uruguai. Decisão de supervisão de cumprimento de sentença, de 20.03.2013, parágrafo 48.

⁴⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gelman v. Uruguai. Decisão de supervisão de cumprimento de sentença, de 20.03.2013, parágrafo 52, transcrevendo a sentença n. 152, de 08.03.2013, da Suprema Corte uruguaia

considerando não ter havido violação à isonomia pelo estabelecimento de prazos específicos para os crimes em questão.

Em resposta, na supervisão de cumprimento de sentença, a Corte IDH asseverou que de nada adianta a Lei 18.831 cancelar a extinção da punibilidade da *Ley de Caducidad* se em seguida os delitos forem declarados prescritos por decisões judiciais posteriores, reiterando o caráter vinculante das sentenças contenciosas da Corte IDH, inclusive perante os mais altos tribunais internos de cada país, que têm que cumprir com boa fé as obrigações assumidas no âmbito do Direito Internacional.⁴⁶² Ademais, recorda a Corte IDH que o art. 67 da CADH afirma que as sentenças da Corte são definitivas e inapeláveis, tendo autoridade de coisa julgada, dispondo o art. 68.1 da CADH que os Estados-partes se comprometem a cumprir as decisões da Corte IDH.

Em suma, a Corte IDH sustenta, pois, que os Estados não podem invocar disposições de direito interno, ainda que constitucional, para deixar de cumprir ou aplicar as sentenças prolatadas pela Corte, devendo realizar o controle de convencionalidade entre as normas internas e a CADH, seguindo a interpretação por ela dada à CADH, como intérprete última da Convenção: caso o Estado tenha sido parte no respectivo processo perante a Corte IDH, a sentença vincula diretamente todos os seus órgãos, que devem cumpri-la de boa fé; caso não fizesse parte do processo na Corte, as normas da CADH, conforme a interpretação dada pela Corte IDH, devem ser observadas, realizando-se um controle de convencionalidade das normas internas.⁴⁶³

A Corte IDH assinalou que vários tribunais nacionais da mais alta hierarquia admitem a obrigatoriedade de cumprimento das sentenças da Corte, reiterando o caráter vinculante de suas decisões, assinalando que se soberanamente um Estado aceitou sua jurisdição, é inaceitável que oponha o direito interno como fundamento para descumprir uma sentença da Corte, com autoridade de coisa julgada.⁴⁶⁴ Assim, reiterou a imprescritibilidade de graves lesões a direitos humanos e o caráter permanente do crime de desaparecimento forçado (não havendo, pois, se falar em retroatividade da lei penal mais gravosa).⁴⁶⁵

⁴⁶² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gelman v. Uruguai. Decisão de supervisão de cumprimento de sentença, de 20.03.2013, parágrafos 54 a 59.

⁴⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gelman v. Uruguai. Decisão de supervisão de cumprimento de sentença, de 20.03.2013, parágrafos 64 a 72.

⁴⁶⁴ GARCIA-SAYÁN, Diego. Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 327-329, assinala que se os Estados, por decisão soberana, decidem fazer parte de tratados internacionais de direitos humanos e promovem o funcionamento de órgãos internacionais ou regionais de proteção, se impõem a si mesmos o dever de aplicar em sua ordem interna os compromissos assumidos. Assim, os tribunais nacionais não estão de frente com um *derecho extranjero*, senão ante um Direito que deveria ser a espinha dorsal das normas e comportamentos das autoridades estatais.

⁴⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gelman v. Uruguai. Decisão de supervisão de cumprimento de sentença, de 20.03.2013, parágrafos 75 a 90.

Há, pois, evidente impasse entre a posição da Corte IDH e aquela adotada pelo STF na ADPF 153 (ainda pendente de julgamento final) e pela Suprema Corte uruguaia: a Corte IDH manifesta expressa pretensão de se tornar uma *Corte Constitucional das Américas*⁴⁶⁶, exercendo poder de império sobre os países que, ao se submeterem à sua jurisdição, cederam-lhes parcela de sua soberania. Sua posição se fundamenta na concepção de superioridade hierárquica do DIDH sobre todo o Direito interno, inclusive o Direito Constitucional⁴⁶⁷, tido como *mero fato*.⁴⁶⁸

Por outro lado, a concepção adotada pela Suprema Corte uruguaia e - até o momento - pelo STF consideram as decisões da Corte IDH subordinadas à jurisdição constitucional, tida como parcela irrenunciável do poder estatal: o STF considera, ainda, as próprias normas de DIDH subordinadas à Constituição brasileira. Nesta concepção, poder-se-ia argumentar que a internalização da CADH no Brasil nos termos vindicados pela Corte IDH seria inválida, por violar, p.ex., a soberania e independência nacionais (art. 1º, I, e art. 4º, I, da CRFB/88).

Dessa forma, a pretensão de império da Corte IDH diretamente sobre as Cortes internas apenas logra efeitos até o limite em que estas a permitirem. No limite do impasse, é possível cogitar tanto que a Corte IDH retroceda na pretensão de sobrepôr-se às Constituições nacionais e Cortes Constitucionais - ou reformule sua jurisprudência, quanto que o STF acate a eficácia constitucional ou supraconstitucional da CADH e a jurisdição da Corte IDH ou, ainda, que o Brasil descumpra reiteradamente as decisões da Corte Interamericana, o que levaria a Corte a impor sucessivas multas, declarações de responsabilidade internacional, novas obrigações de fazer e a encaminhar sucessivos relatórios quanto ao descumprimento de suas sentenças à Assembleia Geral da OEA, o que poderia até mesmo culminar com hipotética expulsão do país da organização ou em sanções econômicas e políticas de outros países por violação à CADH.⁴⁶⁹ Dessa forma, assim como se faz necessária a auto-

⁴⁶⁶ V.BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional*. Madrid: Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) Universidad Complutense, 2014.

⁴⁶⁷ Veja-se que a CORTE IDH considerou que a simples vigência da norma contida em dispositivo da *Constituição* chilena autorizando a censura prévia de publicações e filmes constituía violação ao direito convencional à liberdade de expressão, contido no art. 13 da CADH, e *determinou* ao Chile que modificasse seu ordenamento *constitucional* com o fim de suprimir a censura prévia, bem como que permitisse a exibição cinematográfica e a publicidade do filme *A última tentação de Cristo*. Laurence Burgorgue-Larsen anota que não houve resistência à execução do julgado, e a Constituição chilena foi modificada para adaptar-se ao *standard* convencional em matéria de liberdade de expressão. Cf. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional*. Madrid: Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) - Universidad Complutense, 2014, p. 7. V.tb. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso A ÚLTIMA TENTAÇÃO DE CRISTO vs. CHILE. Sentença de mérito e reparações de 05.02.2001. Série C, n. 73.

⁴⁶⁸ RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das Cortes: o STF e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. AMARAL JUNIOR, Alberto do/JUBILUT, Liliana Lyra (orgs). São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 817-819. No mesmo sentido, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de ABreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 42.

⁴⁶⁹ É preciso considerar, neste caso, que tais sanções internacionais comumente acabam sendo submetidas aos interesses de *realpolitik* dos demais países. De outro lado, países importantes das Américas, como os Estados Unidos e o Canadá, não são signatários da CADH, nem menos ainda admitem a jurisdição da CORTE IDH, pelo que eventual ruptura do

contenção (*self-restrain*) na relação do Poder Judiciário com o Legislativo nacionais, para evitar a invasão da esfera de um Poder pelo outro, faz-se mister certa autocontenção por parte da Corte IDH, para que não exacerbe os limites franqueados pelos Estados-partes ao se submeterem à sua jurisdição, e por parte do Judiciário nacional, para que não desproveja de qualquer eficácia as decisões da Corte IDH, que são vinculantes, conforme compromissos internacionais dos quais o país é signatário em cumprimento da própria norma constitucional (art. 1º, II, 4º, II da CRFB/88 e art. 7º do ADCT), e que não podem ser ignorados no plano interno.

Assim, superando as propostas em conflito sem rupturas, é possível se buscar a conciliação: ainda que se considere irrenunciável a jurisdição constitucional e infranqueável a superioridade desta sobre o DIDH e a sobre a jurisdição da Corte IDH (mesmo se atribuída hierarquia constitucional ao DIDH)⁴⁷⁰, é possível usar os conceitos trazidos pelo DIDH, através da cláusula do art. 5º, parágrafo 2º, da CRFB/88, como um dos vetores a serem utilizados na interpretação constitucional⁴⁷¹, a serem sopesados com outros direitos constitucionalmente assegurados, pela jurisdição constitucional. De outro lado, a força supralegal atualmente concedida pelo STF às normas da CADH - e consequentemente à sua interpretação pela Corte Interamericana - já lhe dá precedência sobre toda a legislação infraconstitucional. Assim, todas as disposições *legais* que contrariarem a jurisprudência da Corte IDH não têm validade - salvo se diretamente relacionáveis à norma constitucional, exigindo a boa fé em cumprir com os compromissos internacionais validamente estabelecidos que todos os

Brasil com a CORTE IDH poderia gerar um efeito-cascata incentivando a saída de outros países como Argentina, Chile, Colômbia, México ou Uruguai da submissão à jurisdição contenciosa da Corte IDH, o que poderia fragilizar a própria relevância e atuação da Corte e do SIDH, esvaziando-os, sendo este o pior dos cenários para a proteção e efetividade dos direitos humanos. Por outro lado, após sucessivas condenações da CORTE IDH por violações a direitos humanos, a Venezuela, sob a presidência de Hugo Chávez, denunciou a CADH em 10.09.2012, retirando-se do SIDH, com efeitos a partir de 10.09.2013.

⁴⁷⁰ Ainda que atribuída hierarquia constitucional às normas de DIDH, subsiste a questão acerca de *qual autoridade judiciária* exercerá o poder de dizer a última palavra sobre eventual colisão destas com as (demais) normas constitucionais. Assim, considerando-se irrenunciável a jurisdição constitucional como expressão máxima da soberania nacional, caberia ao STF a última palavra sobre como tais normas, *ainda que* (fossem/sejam) *constitucionais*, e se conjugariam de forma sistemática com as demais normas constitucionais, não parecendo viável a hipótese de tê-las como *supraconstitucionais* e sujeitas à expressão última da CORTE IDH. Isto porque este raciocínio, em última análise, não permitiria qualquer freio ao poder supraconstitucional da CORTE IDH em declarar o conteúdo da CADH e, por extensão, de sua própria autoridade, levando, no extremo, ao fim da soberania nacional, o que torna a tese da CORTE IDH de superioridade normativa e judiciária incompatível com a CRFB/88, arts. 1º, I, e 4º, I. Em sede doutrinária, defendendo a ineficácia da jurisprudência da CORTE IDH perante os tribunais nacionais e negando a validade do controle de convencionalidade: V. MALARINO, Ezequiel. *Derechos humanos y derecho penal: Estudios sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional*. Bogotá: Pontificia Universidade Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez, 2012 (colección internacional, nº 39), p. 73-94. O tema, contudo, será aprofundado no próximo capítulo, no item 4.8.

⁴⁷¹ CANÇADO TRINDADE aduz que a interpretação das leis nacionais de modo a que não entrem em conflito com a normativa internacional de proteção é um dos meios de evitar o descumprimento das obrigações internacionais, na medida em que os tratados, uma vez ratificados e incorporados ao direito interno, obrigam todos os poderes e instituições do Estado, inclusive o Poder Legislativo. Este fica vinculado a um dever geral de adequação do direito interno à normativa internacional de proteção (regulamentando tratados para assegurar-lhes eficácia e alterando leis internas para harmonizá-las com as disposições convencionais internacionais). Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de ABreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 42-55.

Poderes e órgãos estatais exerçam *ex officio* o controle de convencionalidade da legislação interna.⁴⁷² De fato, caso a Corte Interamericana declare que a vigência e/ou aplicação de uma *lei interna* viola direitos humanos consagrados na CADH, não parece compatível com o princípio da boa fé que o Estado se submeta à jurisdição contenciosa internacional e, quando seja condenado, *diga* no plano internacional *que acata* a decisão, *e no plano interno, fático, jurisdicional e normativo, siga-a descumprindo* e praticando a mesma conduta declarada violadora da Convenção. Tais considerações, contudo, serão retomadas em momento oportuno.⁴⁷³

Faz-se preciso analisar, agora, o desenvolvimento e aplicação da jurisprudência da Corte IDH para além destes casos de Justiça de Transição, com relevantes repercussões para o Direito Penal brasileiro.

3.3.1.2. Violações de direitos humanos em regimes democráticos e fora do contexto da justiça de transição:

Com efeito, os mandados implícitos de penalização não são reconhecidos pela Corte Interamericana apenas em situações envolvendo abusos de direitos humanos praticados por governos totalitários no bojo de uma política de abusos sistemáticos ou generalizados. Ao revés, também com relação a regimes democráticos a Corte IDH vem afirmando a existência de um dever de investigação, perseguição e julgamento de *graves violações de direitos humanos* praticadas, toleradas ou possibilitadas pela ação, conivência ou omissão de agentes públicos ou decorrentes da macrocriminalidade. Trata-se, em especial, de casos de homicídios praticados por *grupos armados ou de extermínio*, com ou sem a participação de policiais, e de casos de *tortura e maus tratos* por agentes públicos e privados, bem como a submissão à condição análoga à de escravo.

Além disso, a Corte IDH também reconheceu o *dever de investigar e promover a perseguição penal eficiente*, até mesmo a fatos como *homicídio culposo* causado por erro médico e de quebra de sigilo e *divulgação de interceptações* telefônicas de líderes camponeses. Nestas hipóteses, porém, foi reconhecida uma *amplitude menor de efeitos* aos deveres estatais de proteção penal, exatamente *por não se tratar de graves violações de direitos humanos*, motivo pelo qual *a CADH não obstará a incidência de causas extintivas da punibilidade nestes casos*. Em uma e outra hipótese, os casos serão analisados, em ordem cronológica de sua apreciação pela Corte IDH.

⁴⁷² GARCIA-SAYÁN, Diego. Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 330-331, afirma que a operatividade e a eficácia da CADH está condicionada a que os Estados-partes adotem as medidas necessárias para fazer cumpri-la, através de medidas legislativas, administrativas e de decisões judiciais, sendo fundamental que juízes e advogados assegurem a implementação a nível interno dos padrões e normas internacionais de direitos humanos e a jurisprudência supranacional sobre a matéria.

⁴⁷³ Vide item 4.8 infra.

a) Graves violações de direitos humanos em regimes democráticos, impedindo a aplicação de causas extintivas da punibilidade: execuções extrajudiciais por grupos armados, homicídio praticado por policiais e tortura.

O primeiro julgamento da Corte IDH com repercussões penais em que não se analisava propriamente fatos decorrentes de uma política governamental totalitária para deliberadamente cometer abusos em face de opositores políticos, não se subsumindo à temática da justiça de transição, foi o julgamento do caso VILLAGRÁN MORALES Y OTROS (NIÑOS DE LA CALLE) v. GUATEMALA.

Tratava a hipótese - similar a diversos casos ocorridos no Brasil - de chacina de menores de rua, atribuída a policiais, resultando em cinco homicídios de adolescentes. Três pessoas foram acusadas perante o Judiciário guatemalteco (um policial, um ex-policial e um particular), tendo sido absolvidos por falta de provas, em decisão transitada em julgado na Justiça guatemalteca. Levado o caso à Corte IDH, esta, na sentença de defesas preliminares de 11.09.1997, (Série C n. 32), rejeitou a tese de que pretendesse rever o julgamento interno ou funcionar como instância revisora ou de cassação, assentando que sua jurisdição se restringe a avaliar se o Estado violou preceitos da CADH pelas mortes ou pelo julgamento. Na sentença de mérito do caso, prolatada em 19.11.1999 (Série C, n. 63), a Corte IDH declarou a responsabilidade internacional da Guatemala por violação à CADH tanto pela chacina em si, que considerou imputável a agentes policiais, como pelas ações e omissões de suas autoridades judiciais⁴⁷⁴, porque o Estado - independentemente de serem os réus absolvidos os responsáveis pelo extermínio - não agiu eficazmente para identificar e punir os responsáveis pelas mortes⁴⁷⁵, nem para apurar o crime de tortura sofrido pelos menores⁴⁷⁶. Por tais motivos, declarou a responsabilidade internacional da Guatemala, pela violação da CADH e da Convenção Interamericana para Prevenir e

⁴⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CASO VILLAGRÁN MORALES Y OTROS (NIÑOS DE LA CALLE) v. GUATEMALA. SENTENÇA DE MÉRITO, PROLATADA EM 19.11.1999 (Série C, n. 63), parágrafo 221.

⁴⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CASO VILLAGRÁN MORALES Y OTROS (NIÑOS DE LA CALLE) v. GUATEMALA. SENTENÇA DE MÉRITO, PROLATADA EM 19.11.1999 (Série C, n. 63), parágrafos n. 228-233. Neste sentido, detalhou a CORTE IDH que o Estado não permitiu que os familiares das vítimas fossem ouvidos e relatassem suas versões perante um tribunal independente e imparcial, não investigou os crimes de sequestro e tortura de que foram vítimas os adolescentes, realizou as autópsias de forma inadequada e incompleta, não tendo conservado as digitais dos cadáveres nem fotografado os corpos por inteiro, deixando de mencionar feridas verificadas por perito legista internacional. Da mesma forma, não se realizou o reconhecimento pessoal de um dos réus por testemunhas, não foram testemunhas referidas pelas testemunhas arroladas, não se decretou uma perícia dental para verificar se um dos acusados tinha um sinal particular dentário referido por testemunhas, não foi feita reconstituição dos fatos, não se investigou o veículo utilizado pelos elementos e não se apuraram as ameaças sofridas por testemunhas. Igualmente, concluiu que o afastamento do valor dos depoimentos das mães das vítimas e de agentes de ONG que atuava assistindo menores de rua ("por suposto interesse direto na causa"), bem como dos depoimentos tomados no inquérito policial e dos policiais que realizaram a investigação e, ainda, do valor probatório da prova balística de que o projétil encontrado no cadáver de uma das vítimas fora disparada pela arma pertencente a um dos policiais acusados tornou evidente que os juízes fragmentaram o acervo probatório para desconstituir o valor de cada elemento de forma individual, o que *contradiz os princípios de valoração da prova, pelos quais as evidências devem ser apreciadas em sua integralidade, tendo em conta as relações mútuas e a forma como prestam suporte recíproco*.

⁴⁷⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso VILLAGRÁN MORALES Y OTROS (NIÑOS DE LA CALLE) v. GUATEMALA. Sentença de mérito e reparações, de 19.11.1999 (Série C, n. 63), parágrafos 239 a 252.

Punir a Tortura e determinou que o Estado realize uma investigação real e efetiva para identificar os responsáveis pelas violações de direitos humanos e, eventualmente, sancioná-las.⁴⁷⁷ A título de reparações às vítimas, a sentença de 26.05.2001 (série C, n. 77), além do pagamento de indenização às vítimas sobreviventes e a parentes (mães, avós e irmãos) dos mortos, determinou que se estabeleçam políticas públicas de proteção à crianças e adolescentes, que se promova uma investigação efetiva para individualizar os responsáveis pelas violações aos direitos humanos declaradas e sancioná-las⁴⁷⁸, combatendo a impunidade "*ya que (ésta) propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares*"⁴⁷⁹, de nomear um centro educativo com o nome das vítimas, de forma a despertar a consciência para evitar a repetição destes fatos e conservar viva a memória das vítimas, além de transladar os restos mortais de vítima para local de eleição de seus familiares, sem custo.⁴⁸⁰

No caso BULACIO vs. ARGENTINA, julgado em 18.09.2003 (Sentença de mérito e reparações, série C, n. 100), a Corte se deparou com fatos que, conquanto denotem violência policial e constituam violação de direitos humanos, não parecem poder ser classificados de *crimes contra a humanidade*, por faltar o caráter sistemático ou generalizado das violações, no âmbito de uma política estatal. Tratava-se do caso de um adolescente, *detido para averiguação* com outras pessoas enquanto se dirigia a uma apresentação de rock, que faleceu dias após ser golpeado por policiais na *sala de menores* da delegacia para onde foi encaminhado, não tendo sido sua apreensão comunicada ao juiz de menores⁴⁸¹. Os detidos foram liberados progressivamente, sem que lhes fosse imputado qualquer crime e sem que conhecessem os motivos de sua detenção. O menor Walter David Bulacio foi encaminhado ao hospital no dia seguinte à detenção, com traumatismo craniano, relatando que havia sido golpeado pela polícia, e veio a falecer uma semana depois.

A Corte IDH declarou a responsabilidade internacional da Argentina, determinando que se prossiga a investigação e se sancione os responsáveis pelos fatos, permitindo-se a participação dos familiares da vítima, e garantindo que se adotem as medidas legislativas necessárias para adequação do ordenamento jurídico ao DIDH. A Corte condenou o país, ainda, ao pagamento de indenizações por

⁴⁷⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CASO VILLAGRÁN MORALES Y OTROS (NIÑOS DE LA CALLE) v. GUATEMALA. Sentença de mérito, de 19.11.1999 (Série C, n. 63), parágrafo 253, item 8.

⁴⁷⁸ É de se notar que não chegaram a ser feitas considerações acerca da validade e eficácia interna de coisa julgada da sentença que absolveu os imputados, na medida em que apenas se limitou a CORTE IDH a declarar que a inadequação da investigação, persecução e julgamento propiciou que não se lograsse identificar e sancionar os responsáveis pelos fatos, determinando que os fatos fossem objeto de nova e adequada investigação.

⁴⁷⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CASO VILLAGRÁN MORALES Y OTROS (NIÑOS DE LA CALLE) v. GUATEMALA. Sentença de mérito, de 19.11.1999 (Série C, n. 63), parágrafos 98 a 100.

⁴⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso VILLAGRÁN MORALES Y OTROS (NIÑOS DE LA CALLE) v. GUATEMALA. Sentença de reparações, de 26.05.2001 (Série C, n. 77), parágrafos 102 e 103.

⁴⁸¹ Conforme parágrafo 69 da sentença, à época se levavam a cabo práticas policiais de detenção indiscriminada de jovens em *blitzen*, para averiguação de identidade e por infrações administrativas (*edictos contravencionales de policía*), que não eram submetidos ao Ministério Público, sendo facultativa a notificação do juiz de menores com relação a crianças e adolescentes detidos.

danos morais à família, pela detenção ilegal e morte de Bulacio, como também pela impunidade dos fatos, o que lhes causa sentimento de vulnerabilidade, incapacidade de defesa e profunda angústia e os impede de desenvolver sua vida com normalidade.⁴⁸²

Relevante no julgamento, em especial, foi o fato de ter-se considerado que a extinção da punibilidade dos responsáveis pelo reconhecimento da prescrição, após inúmeras manobras protelatórias por parte da defesa, violava a CADH. A defesa teria manejado inúmeros requerimentos (pedidos de adiamento, recusas, incidentes, exceções, incompetências, nulidades, entre outros), que impediram que o processo avançasse até a sentença de mérito, o que acarretou a prescrição da ação penal.⁴⁸³ A Corte IDH aduziu que.

114. Esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa, ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables.

115. El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos.⁴⁸⁴

Concluiu a Corte Interamericana que são *inadmissíveis* as disposições de prescrição - ou qualquer outro obstáculo normativo interno - pelo qual se pretenda impedir a investigação e sanção dos responsáveis por *violações de direitos humanos*, sendo incompatíveis com os mandados implícitos de penalização destes fatos, decorrentes da CADH. Assim, as obrigações convencionais assumidas pelos Estados de proteção efetiva dos direitos humanos *impedem qualquer instituto de direito interno* - entre eles a *prescrição* - de servir de óbice à investigação e sanção dos responsáveis por violações de direitos humanos, em caso de espancamento de pessoa detida por agente policial, seguida de sua morte.⁴⁸⁵ Como anota PASTOR, criticando veementemente a decisão da Corte IDH, a Suprema Corte argentina acolheu a determinação da Corte Interamericana, e deu provimento recurso ministerial que postulava a declaração de imprescritibilidade, declarando a não-incidência das normas de prescrição ao fato, porque aplicá-las contrariaria a decisão em tela da Corte IDH. Assim, apesar de considerar que não se estava diante de um pressuposto fático de imprescritibilidade e de criticar a decisão da Corte IDH, o

⁴⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso BULACIO Vs. ARGENTINA. Sentença de mérito e reparações, de 18.09.2003 (Série C, n. 100), parágrafo 101.

⁴⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso BULACIO Vs. ARGENTINA. Sentença de mérito e reparações, de 18.09.2003 (Série C, n. 100), parágrafo 113.

⁴⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso BULACIO Vs. ARGENTINA. Sentença de mérito e reparações, de 18.09.2003 (Série C, n. 100), parágrafos 114 e 115.

⁴⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso BULACIO Vs. ARGENTINA. Sentença de mérito e reparações, de 18.09.2003 (Série C, n. 100), parágrafos 116 e 117.

órgão máximo do Judiciário argentino se submeteu à sentença da Corte Interamericana, anulando a declaração de extinção da punibilidade e determinando o prosseguimento e julgamento do feito.⁴⁸⁶

Em adição, no julgamento do caso GUTIÉRREZ SOLER v. COLOMBIA (sentença de mérito de 12.09.2005, série C, n. 132), a Corte IDH deliberou sobre suposta prática de tortura praticada em unidade policial anti-sequestro, reafirmando a inconveniência das figuras de anistia, indulto, prescrição ou do estabelecimento de excludentes de responsabilidade. Ademais, a partir do reconhecimento pelo Estado colombiano de sua responsabilidade pela violação da CADH e da análise de prova testemunhal e pericial produzida perante a Corte IDH, esta determinou a *desconsideração da coisa julgada*, tendo-a por fraudulenta em função de *comprovada distorção no exercício das funções persecutórias e judiciais*, e a reabertura das investigações e da persecução penal.⁴⁸⁷ No voto em apartado do juiz Sergio Garcia Ramirez, afirma-se que se o processo foi realizado para a obtenção de determinado resultado, absolutório ou condenatório, e não para o objetivo de realização imparcial de justiça, o trânsito em julgado não pode ser óbice para nova apreciação do fato. Assinala, a seguir, a *notória decadência da autoridade absoluta da coisa julgada material*, salientando que não se poderia cogitar de uma jurisdição internacional de direitos humanos se as resoluções finais da jurisdição nacional fossem inatacáveis em todos os casos. Alfim, assinala que a autoridade de coisa julgada se justifica pela regularidade do processo e pela legitimidade da atuação do julgador, ainda que admita que o tema ainda esteja em debate.⁴⁸⁸

Outro precedente relevante da Corte IDH se deu com a sentença de 15 de setembro de 2005 do caso MASACRE DE MAPIRIPÁN v COLOMBIA, (preliminar 07.03.2005, serie C, n. 122, mérito, serie C, 134): onde a Corte evoluiu no sentido de firmar a responsabilidade internacional dos Estados por ações ou omissões de qualquer poder ou órgão, não sendo necessário identificar individualmente agentes públicos que tenham cometido os atos.⁴⁸⁹ Assim, basta a demonstração de que as graves

⁴⁸⁶ V.PASTOR, Daniel R. - Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos. - Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez, 2009, p. 257-263. O autor critica o que chama de *ideologia neopunitivista* do DIDH e do DPI que levaria o Direito Penal de *ultima ratio* a primeira e *sola ratio*, e postula o retorno ao Direito Penal clássico do Estado Liberal. Em relação ao caso BULACIO, sustenta que não tratava de *grave violação de direitos humanos* porquanto a morte não fora intencional e porque não poderia ser classificada como um crime contra a humanidade, conceito que para PASTOR se confunde com aqueloutro. Assim, afirma que a prescrição era a solução correta para o caso, após o decurso de 13 anos sem sentença, e que o direito a um julgamento em prazo razoável pertence exclusivamente ao imputado, defendendo que a utilização de inúmeros expedientes protelatórios pela defesa não afastaria nem seria incompatível com este direito.

⁴⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso GUTIÉRREZ SOLER v. COLOMBIA, sentença de mérito de 12.09.2005, série C, n. 132, parágrafos 96 a 99.

⁴⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso GUTIÉRREZ SOLER v. COLOMBIA, sentença de mérito de 12.09.2005, série C, n. 132, voto apartado do juiz Sergio Garcia Ramirez, parágrafos 17 a 22.

⁴⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso MASACRE DE MAPIRIPÁN v. COLOMBIA, sentença de mérito em 15.09.2005, série C, n. 134), parágrafo 110: " *Es decir, el origen de la responsabilidad internacional del Estado se encuentra en "actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana", y se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos*

violações a direitos humanos, *ainda que perpetradas por particulares*, tenham sido *propiciadas pela tolerância ou omissão estatal*, para que haja responsabilidade internacional do Estado pelas ditas violações⁴⁹⁰. A Corte IDH afirmou no caso que a *proteção devida* implica *obrigações positivas* de impedir que terceiros perpetrem violações contra civis, em hipótese na qual grupo armado paramilitar perpetrou massacre contra população civil com a conivência, ou ante a omissão de agentes públicos.⁴⁹¹ Esta jurisprudência foi reafirmada no caso MASACRE DE PUEBLO BELLO v. COLOMBIA (sentença de mérito e reparações em 31.01.2006, série C n. 140), relativo a uma chacina de trinta e nove camponeses praticada por grupo armado ligado a latifundiário supostamente em vingança a furto de gado, cujos autores teriam atravessado o povoado levando os bovinos, em um contexto de tensão pela disputa da área entre grupos guerrilheiros (que apoiavam movimentos de trabalhadores rurais) e de grupos paramilitares e de autodefesa, organizados por moradores e fazendeiros da região.⁴⁹² A Corte IDH reiterou a possibilidade de responsabilização internacional de um Estado pela falta de diligência para tentar impedir ou atuar contra atos violatórios de direitos humanos cometidos por terceiros ou particulares, no marco das obrigações estatais positivas de garantia dos direitos humanos,⁴⁹³ conforme precedente do Caso MAPIRIPÁN e como declarado em sede de jurisdição consultiva⁴⁹⁴, e salientou o

violatorios. Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones".

⁴⁹⁰ CARDONA, Alejandro Aponte. El sistema interamericano de derechos humanos y el derecho internacional humanitario: una relación problemática. In *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Berlin/Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2010, p. 125-170 (esp. p. 160 ss). CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso MASACRE DE MAPIRIPÁN v. COLOMBIA, sentença de mérito em 15.09.2005, série C, n. 134), parágrafos 110 e 111.

⁴⁹¹ *Ibid.* p. 162. Tratava-se de massacre praticado por paramilitares das *Autodefensas Unidas de Colombia* vitimando 49 civis no vilarejo de Mapiripán. Um grupo de cerca de 100 paramilitares teria cercado o vilarejo e ali permanecido durante cinco dias, quando foram praticados os homicídios. O Exército teria sido conivente com a passagem dos paramilitares até a área do conflito, deixando de impedir a movimentação do grupo armado. A CORTE IDH considerou insuficiente a investigação e persecução penal realizada, na medida em que apenas cinco dos cerca de cem paramilitares foram identificados e processados e, conquanto condenados, não se logrou cumprir os respectivos mandados de prisão. Declarou a responsabilidade internacional da Colômbia e determinou, entre outras coisas, que o Estado garantisse a segurança dos ex-habitantes do local, prestasse apoio psicológico às famílias e sobreviventes, construísse um memorial, realizasse programas educacionais de direitos humanos nas Forças Armadas e promovesse investigação eficaz acerca da autoria material e intelectual dos fatos.

⁴⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso MASACRE DE PUEBLO BELLO v. COLOMBIA. Sentença de mérito e reparações em 31.01.2006, série C, n. 140, parágrafo 95, em especial 95.21 a 95.44. Entre 13 e 14 de janeiro de 1990, um grupo de 60 homens fortemente armados, provenientes da Fazenda Santa Mônica, do latifundiário Fidel Antonio Castaño Gil invadiu e ocupou a localidade de Pueblo Bello, sequestrando 43 pessoas supostamente colaboradoras da guerrilha ou coniventes com furto de gado e com o homicídio de um empregado da Fazenda Las Tangas, também de sua propriedade, para onde foram conduzidas, torturadas, mortas e enterradas.

⁴⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso MASACRE DE PUEBLO BELLO v. COLOMBIA. Sentença de mérito e reparações em 31.01.2006, série C, n. 140, parágrafos 113 e 114.

⁴⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso MASACRE DE PUEBLO BELLO v. COLOMBIA. Sentença de mérito e reparações em 31.01.2006, série C, n. 140, parágrafo 114, nota 193, fazendo menção à Opinião Consultiva 18/03, de onde transcreve: "(...) *se deve tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del Drittwirkung, según la*

dever de interpretar a CADH conforme as *particulares necesidades de protección* do ser humano, destinatário último das normas convencionais,⁴⁹⁵ devendo os Estados promoverem condições para que não se produzem violações do direito à vida, adotando medidas apropriadas razoavelmente esperadas para protegê-lo e preservá-lo, sempre que saibam - ou devessem saber - da existência de riscos sérios para a população.⁴⁹⁶ Ademais, a debilidade do sistema de administração da Justiça e a falta de adequada investigação destes delitos, trazendo impunidade aos sequestros, torturas e execuções extrajudiciais constituía nova causa de responsabilidade internacional do Estado⁴⁹⁷, que restou condenado a indenizar as vítimas e a investigar e processar penalmente todos os autores do massacre, esclarecendo os fatos e punindo os responsáveis, devendo *remover todos os obstáculos, de fato e de direito, que mantenham a impunidade*, realizar uma investigação efetiva e promover medidas para garantir a segurança dos familiares das vítimas, de investigadores, testemunhas, defensores dos direitos humanos, membros do Ministério Público e do Judiciário, assim como aos moradores e ex-moradores de *Pueblo Bello*.⁴⁹⁸

Determinações similares foram realizadas na sentença do caso MASACRE DE ITUANGO v. COLOMBIA, de 1º de julho de 2006 (série C, n. 148), relativo a chacina de dezenove pessoas promovida por grupo paramilitar, seguida de expulsão forçada de centenas de trabalhadores do povoado, bem como de exigência de trabalhos forçados (considerada violatória à proibição de submissão à escravidão). A Corte IDH, além de condenar o país a reparar as vítimas e familiares, determinou que investigasse, processasse e punisse os responsáveis pelas graves violações de direitos humanos, removendo todas as causas normativas e fáticas de impunidade, outorgando garantias de

cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares".

⁴⁹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso MASACRE DE PUEBLO BELLO v. COLOMBIA. Sentença de mérito e reparações em 31.01.2006, série C, n. 140, parágrafo 117.

⁴⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso MASACRE DE PUEBLO BELLO v. COLOMBIA. Sentença de mérito e reparações em 31.01.2006, série C, n. 140, parágrafos 120 a 126, mencionando precedentes do TEDH dos casos KILIÇ v. TURQUIA (julgado em 28.03.2000) e OSMAN v. REINO UNIDO (julgado em 28.10.1998) neste sentido, e salientando que a criação de grupos paramilitares originariamente foi propiciada pela convivência estatal e sua tolerância com "*grupos de autodefesa*" que visavam finalidades específicas de combate popular contra a guerrilha, e que posteriormente se converteram ou facilitaram o surgimento de grupos de extermínio, esquadrões da morte e quadrilhas criminosas. Assim, a mera declaração de sua ilegalidade e a criação de unidades militares na localidade não são medidas suficientes e efetivas para evitar a situação de risco a que se encontrava a população e que, enquanto subsistisse, acentuava os deveres específicos de proteção a cargo do Estado nas zonas em que houvesse a presença de grupos paramilitares. Assim, arrematou a CORTE IDH que o massacre não lograria ser executado se tivesse havido proteção efetiva à população civil que estava em risco razoavelmente previsível ante a atuação de grupos armados na localidade (parágrafo 140), ainda que não se tenha provado que as autoridades soubessem previamente do dia, hora e forma do ataque (parágrafo 135).

⁴⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso MASACRE DE PUEBLO BELLO v. COLOMBIA. Sentença de mérito e reparações em 31.01.2006, série C, n. 140, parágrafos 142 a 150, mencionando jurisprudência análoga do TEDH, relativo à *obligación procesual* de se efetuar uma investigação oficial efetiva em casos de violações de direitos humanos, cf. KILIÇ v. TURQUIA.

⁴⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso MASACRE DE PUEBLO BELLO v. COLOMBIA. Sentença de mérito e reparações em 31.01.2006, série C, n. 140, parágrafos 267 e 268. A Colômbia foi condenada, ainda, a prestar assistência médica e psicológica aos familiares das vítimas, a erigir um monumento em memória dos fatos, em publicar a sentença e a localizar e enterrar as vítimas ainda desaparecidas, cf. parágrafos 270 a 279 e 296.

segurança às vítimas, familiares, investigadores, testemunhas, operadores da justiça e moradores do povoado, e afirmou expressamente ser inaceitável a incidência de prescrição, anistia e outras causas excludentes de responsabilidade.⁴⁹⁹

Por sua vez, a primeira condenação do Brasil pela Corte IDH veio no julgamento do mérito do caso XIMENES LOPES v. BRASIL, pela sentença de mérito e reparações de 04 de julho de 2006 (série C, n. 149). Versava o caso sobre a morte de Damião Ximenes Lopes, que padecia de transtornos psíquicos, em decorrência de maus tratos e de condições desumanas da Casa de Repouso Guararapes, clínica privada conveniada ao Sistema Único de Saúde brasileiro, seguida da falta de investigação e persecução penal dos responsáveis. A Corte Interamericana considerou que o dever de proteção estatal se operava *também nas relações interindividuais*, devendo o Estado agir para prevenir que terceiros vulnerassem bens jurídicos que protegem os direitos humanos, salientando no caso concreto que, como a clínica de repouso estava autorizada a prestar serviço público, seus atos deveriam ser considerados atos do Estado. Ademais, as obrigações de respeitar e garantir os direitos humanos ensejariam *deveres específicos*, determináveis *em função da particular situação de vulnerabilidade das vítimas*,⁵⁰⁰ como é a hipótese das pessoas que sofrem de transtornos mentais ou psiquiátricos, expostas a atos de discriminação por sua condição e a tortura e maus tratos por quem detenha sua custódia, quando internadas.⁵⁰¹ No caso julgado, a vítima, que estava internada para tratamento psiquiátrico na clínica conveniada ao SUS, após mostrar episódios de desorientação e agressividade, fora espancado e amarrado, tendo sido encontrado por sua mãe sangrando, com hematomas, escoriações e feridas, com a roupa rasgada, suja, cheirando a excremento, com as mãos amarradas para trás, agonizante e gritando e pedindo auxílio da polícia e, não recebendo atenção médica, veio a falecer.⁵⁰² Oferecida denúncia por maus tratos seguidos de morte em 27.03.2000, após inúmeros adiamentos e redesignações de audiências e de aditamento subjetivo que determinou a renovação da instrução, até a data do julgamento da Corte IDH, em 04.07.2006, não havia sido prolatada sentença de 1º grau apreciando a responsabilidade penal dos imputados.⁵⁰³ A Corte verificou que na Casa de Repouso Guararapes existia um contexto de frequentes agressões e maus tratos aos pacientes, bem como que os serviços médicos eram prestados em condições desumanas e degradantes, havendo histórico de outras duas

⁴⁹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso MASSACRES DE ITUANGO v. COLOMBIA. Sentença de mérito de 1º.07.2006, parágrafos 396 a 402.

⁵⁰⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso XIMENES LOPES v. BRASIL. Sentença de mérito de 04.07.2006 (série C, n. 149), parágrafos 85 a 88.

⁵⁰¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso XIMENES LOPES v. BRASIL. Sentença de mérito de 04.07.2006 (série C, n. 149), parágrafos 101 a 109.

⁵⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso XIMENES LOPES v. BRASIL. Sentença de mérito de 04.07.2006 (série C, n. 149), parágrafo 112.9 a 112.11.

⁵⁰³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso XIMENES LOPES v. BRASIL. Sentença de mérito de 04.07.2006 (série C, n. 149), parágrafos 112.25 a 112.43.

mortes violentas de pacientes, submetidos à ameaça constante de agressões.⁵⁰⁴ Considerou-se violado o dever estatal de agir para impedir violações ao direito à vida, (art. 4º, da CADH)⁵⁰⁵, ao direito à integridade física e psíquica contra maus tratos (art. 5º da CADH), o dever estatal de cuidar de pacientes mentais sob sua custódia e de fiscalizar entidades públicas ou privadas que prestem serviços de saúde,⁵⁰⁶ bem como o dever de investigar atos que violem direitos fundamentais, devendo iniciar *ex officio* e sem dilação, uma investigação séria, imparcial e efetiva⁵⁰⁷. Ademais, concluiu que o Brasil não proveu recursos judiciais efetivos às vítimas de violações de direitos humanos (art. 25 CADH), não garantindo aos familiares da vítima um processo em prazo razoável (art. 8 da CADH) nem o livre e pleno exercício dos direitos convencionais às vítimas (art. 1.1 da CADH).

A Corte IDH verificou que a autópsia realizada não seguiu o protocolo internacional, não descrevendo as lesões existentes e não realizando uma descrição completa das cavidades cefálica, torácica e abdominal, limitando-se a concluir pela ocorrência de morte de causa indeterminada, salientando que em atenção à obrigação convencional de investigar delitos, devem designar uma autoridade competente para realizar as investigações forenses, com observância das normativas interna e internacional. Ademais, a investigação policial apenas foi iniciada 36 dias depois do ocorrido, o que indicaria falta de diligência, impedindo uma oportuna preservação e coleta da prova e identificação de testemunhas oculares, não tendo sido realizadas inspeções nem reconstituições dos fatos no local. Ademais, o processo penal não logrou outorgar aos familiares da vítima uma decisão em tempo razoável: o processo penal estava em trâmite há seis anos, sem sentença ou perspectiva de recebê-la: a oitiva de testemunhas se prolongou por mais de dois anos e o feito permaneceu paralisado por diversos períodos.⁵⁰⁸ Considerou a Corte IDH que o prazo de 6 anos "*excede en mucho el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana, y constituye una violación del debido proceso*",⁵⁰⁹ condenando o Estado a indenizar os familiares da vítima, a capacitar recursos humanos que lidem com pacientes com transtornos psiquiátricos e a garantir que, em prazo razoável, o processo penal

⁵⁰⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso XIMENES LOPES v. BRASIL. Sentença de mérito de 04.07.2006 (série C, n. 149), parágrafos 112-55 a 112.59 e 120.

⁵⁰⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso XIMENES LOPES v. BRASIL. Sentença de mérito de 04.07.2006 (série C, n. 149), parágrafo 125: "(...) *En esencia, el artículo 4 de la Convención garantiza no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino que además, el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida; establecer un sistema de justicia efectivo capaz de investigar, castigar y reparar toda privación de la vida por parte de agentes estatales o particulares; y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna, lo que incluye la adopción de medidas positivas para prevenir la violación de este derecho*".

⁵⁰⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso XIMENES LOPES v. BRASIL. Sentença de mérito de 04.07.2006 (série C, n. 149), parágrafos 138 a 142.

⁵⁰⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso XIMENES LOPES v. BRASIL. Sentença de mérito de 04.07.2006 (série C, n. 149), parágrafo 148, mencionando o art. 1.1 da CADH.

⁵⁰⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso XIMENES LOPES v. BRASIL. Sentença de mérito de 04.07.2006 (série C, n. 149), parágrafos 187 a 202.

⁵⁰⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso XIMENES LOPES v. BRASIL. Sentença de mérito de 04.07.2006 (série C, n. 149), parágrafo 203.

respectivo esteja concluído. Como se infere das decisões de supervisão de cumprimento de sentença de 17.05.2010⁵¹⁰, foi prolatada sentença penal em 29.06.2009, nove anos após o início do processo, que estava em fase recursal. O caso pede uma reflexão: diante dos parâmetros convencionais a que o Brasil se obrigou ao firmar a CADH e a se submeter à jurisdição e interpretação da Corte IDH, não estaria grande parte das investigações policiais (sem a identificação e colheita de prova testemunhal e com autópsias e perícias técnicas deficientes) inadequada perante o *standard* interamericano? De forma similar, não se verificaria em significativa quantidade dos processos penais relativos a graves violações de direitos humanos uma demora incompatível com as exigências internacionais de prazo razoável, em favor das vítimas e seus familiares?

Já no caso NOGUEIRA DE CARVALHO E OUTRO Vs BRASIL, julgado pela sentença de preliminares e mérito de 28.11.2006 (série C, n. 161), impugnava-se a falta de investigação adequada do homicídio sofrido em 20.10.1996 por Francisco Gilson Nogueira de Carvalho, advogado defensor de direitos humanos, que denunciava a impunidade dos crimes perpetrados por grupo de extermínio em atuação no Rio Grande do Norte, do qual fariam parte agentes públicos. Preliminarmente, a Corte afirmou sua competência, ainda que o homicídio tivesse sido praticado antes da aceitação da jurisdição contenciosa da Corte pelo Brasil, para apurar as omissões e falhas na investigação dos fatos ocorridas após 10.12.1998, data a partir da qual o país admitiu submeter-se à jurisdição da Corte. No mérito, a Corte IDH decidiu que a investigação havia considerado distintas hipóteses para o homicídio e que a perseguição havia ocorrido de forma regular, ainda que o Tribunal do Júri tenha *absolvido* a pessoa acusada pelo delito: salientando *não caber à Corte substituir os tribunais nacionais na valoração da prova*, julgou que não haviam sido violados os direitos à proteção e às garantias judiciais assegurados pela CADH, com relação aos familiares de Gilson de Nogueira de Carvalho. Assim, considerou que a absolvição dos réus a quem o fato havia sido imputado *não* acarretava violação à CADH, na medida em que a investigação e a perseguição penal foram promovidas com diligência e não houve óbice normativo ao julgamento.⁵¹¹

No caso MASACRE DE LA ROCHELA Vs. COLOMBIA, a sentença de mérito e reparações de 11.05.2007 (série C, n. 163, e seu esclarecimento pela sentença interpretativa de 28.01.2008, série C, n. 175), declarou a responsabilidade internacional da Colômbia por não ter garantido o direito à vida, integridade física e liberdade de quinze funcionários públicos ligados à administração da Justiça⁵¹², sequestrados e metralhados por paramilitares, com aquiescência de agentes públicos, quando cumpriam seu dever funcional de investigar crimes anteriores, ocorridos em La Rochela.⁵¹³

⁵¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso XIMENES LOPES v. BRASIL. Supervisão de cumprimento de sentença. Resolução de 17.05.2010, parágrafo 8.

⁵¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso NOGUEIRA DE CARVALHO E OUTRO Vs BRASIL. Sentença de preliminares e mérito de 28.11.2006 (série C, n. 161).

⁵¹² Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso MASACRE DE LA ROCHELA vs. COLÔMBIA. Sentença de mérito e reparações de 11.05.2007. Série C, n. 163. Tratava-se de dois juízes de instrução,

A Corte IDH considerou ter havido falta da devida diligência na condução das investigações oficiais sobre os fatos, pela demora na apuração dos fatos, pela falta de adoção de medidas para proteção das testemunhas:⁵¹⁴ depois de dezoito anos do massacre, apenas seis paramilitares e um militar haviam sido condenados, e apesar de um dos condenados ter indicado toda a rede de colaboração de generais e outros altos agentes estatais com os paramilitares, não foi formalmente investigada a participação destes no caso, nem foi verificada a conexão dos fatos com a apuração do massacre anterior.⁵¹⁵ Da mesma forma, considerou que a Colômbia violou a CADH ao não garantir que juízes, investigadores, testemunhas e familiares das vítimas estivessem a salvo de ameaças, o que obstruiu o avanço do processo de apuração.⁵¹⁶

A Corte, por fim, reiterou que o princípio da *coisa julgada* implica a intangibilidade de uma sentença *apenas quando se chega a esta respeitando-se o devido processo de acordo com a jurisprudência da Corte IDH sobre a matéria* e que, por outro lado, *se aparecerem novos fatos ou provas que permitam determinar a identificação dos responsáveis de graves violações a direitos humanos, as investigações podem ser reabertas, ainda que haja uma sentença absolutória com eficácia de coisa julgada.*⁵¹⁷

No dispositivo da sentença, além de homologar o acordo de indenização firmado com familiares das vítimas, de determinar a prestação de assistência médica e psicológica aos familiares das

dois secretários de juizado e oito membros do corpo técnico da polícia judiciária, integrantes da Unidade Móvel de Investigação, tendo doze das quinze vítimas falecido e três sobrevivido. (Cf. parágrafo 74). O grupo estava no local para investigar homicídios, sequestros e desaparecimentos forçados praticados contra camponeses e comerciantes da região, em que supostamente teria havido a participação de alguns membros do Exército. Note-se que os fatos ocorreram em 1989, num contexto de reiterados atentados à vida de juízes, promotores e investigadores na Colômbia: entre 1979 e 1991 em média 25 juízes, promotores ou advogados sofriam um atentado contra sua vida a cada ano, tendo sido assassinados um Ministro da Justiça, um Procurador-Geral da República e vários Ministros da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores, além de diversos juízes e funcionários judiciais, por paramilitares, agentes públicos, guerrilheiros e outros grupos. (Cf. parágrafo 80). Os funcionários judiciais foram rendidos, amarrados e sequestrados para o meio da selva onde os veículos onde estavam foram metralhados, tendo as três das vítimas sobrevivido por terem se fingido de mortas junto aos cadáveres dos demais. (Cf. parágrafos 114 a 116).

⁵¹³ Trata-se, em verdade, de hipótese em que há incidência parcial da temática da Justiça de Transição, diante da possibilidade de aplicação de benefícios penais oferecidos pelo governo em troca da desmobilização da guerrilha e de paramilitares. Entretanto, como se tratou de atos praticados por paramilitares contra agentes estatais ligados à administração da Justiça e não houve qualquer *transição* de regime, conclui-se ser mais correto seu enquadramento neste tópico. Ademais, a Corte IDH não apreciou a proporcionalidade da *Ley de Justicia y Paz*, que permite a substituição das penas aplicáveis a paramilitares que entreguem as armas, se desmobilizem e confessem os ilícitos praticados por uma pena única de cinco a oito anos, aduzindo que há incerteza acerca do conteúdo e alcance preciso desta lei, ainda em fase inicial de aplicação, reiterando o dever de investigação efetiva e de sancionamento dos responsáveis por graves violações de direitos humanos. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso MASACRE DE LA ROCHELA vs. COLÔMBIA. Sentença de mérito e reparações de 11.05.2007. Série C, n. 163, parágrafos 180 a 194.

⁵¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso MASACRE DE LA ROCHELA vs. COLÔMBIA. Sentença de mérito e reparações de 11.05.2007. Série C, n. 163, parágrafos 155 e 156.

⁵¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso MASACRE DE LA ROCHELA vs. COLÔMBIA. Sentença de mérito e reparações de 11.05.2007. Série C, n. 163, parágrafos 161 e 162.

⁵¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso MASACRE DE LA ROCHELA vs. COLÔMBIA. Sentença de mérito e reparações de 11.05.2007. Série C, n. 163, parágrafos 165 a 171.

⁵¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso MASACRE DE LA ROCHELA vs. COLÔMBIA. Sentença de mérito e reparações de 11.05.2007. Série C, n. 163, parágrafo 197.

vítimas e à vítima sobrevivente, e de determinar que o Estado conduza eficazmente e em prazo razoável os processos penais e medidas para esclarecimento dos fatos, cujos resultados deverão ser amplamente divulgados, determinou a Corte Interamericana que o Estado assegure aos juízes, promotores, investigadores e demais operadores do direito um sistema de segurança e proteção adequados, levando em consideração as circunstâncias dos casos sob sua responsabilidade e o local onde laborem, de forma a permitir-lhes o desempenho de suas funções com a devida diligência, bem como assegure a efetiva proteção a testemunhas, vítimas e familiares em casos de graves violações de direitos humanos.⁵¹⁸

Em seguida, no caso BUENO ALVES Vs. ARGENTINA, julgado no mérito em 11.05.2007 (sentença série C n. 164), novamente a Corte IDH volta a deliberar sobre a falta de respeito, por agentes policiais, à integridade física de pessoa detida. O senhor Bueno Alves, preso por ordem judicial em investigação de estelionato ligada a uma transação imobiliária, teria sido golpeado com tapas nos ouvidos, causando zumbidos e hipoacusia (deficiência auditiva). Posteriormente, em outro depoimento, aduziu, ainda que teria sido golpeado com socos no estômago, insultado em razão de sua nacionalidade uruguaia e que lhe fora recusada sua medicação para úlcera.⁵¹⁹ A Corte Interamericana, considerando que a Argentina não impugnou a classificação de tais fatos como *tortura* e que os atos foram intencionais, perpetrados com determinada finalidade e causadores de severos sofrimentos físicos ou mentais,⁵²⁰ considerou que constituíram *tortura* praticada em prejuízo do Sr. Bueno Alves, mas excluiu a classificação dos mesmos como crimes de lesa humanidade, porquanto não formaram parte de um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil.⁵²¹ Conclui a CORTE IDH que a investigação realizada não foi eficiente, violando a CADH, salientando a demora de realização de exame otorrinolaringológico na vítima e a passividade das autoridades em investigar suas alegações, *recaíndo a carga probatória em grande parte à vítima*⁵²², prolongando-se o processo penal por tempo irrazoável, isto é, por cerca de nove anos, em violação ao princípio do prazo razoável para que as vítimas vejam esclarecidas as violações de direitos humanos e sem prova de notificação acerca do seu direito de se comunicar com funcionários consulares.⁵²³

⁵¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso MASACRE DE LA ROCHELA vs. COLÔMBIA. Sentença de mérito e reparações de 11.05.2007. Série C, n. 163, parágrafos 296, 297 e 314, item 10.

⁵¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso BUENO ALVES vs. ARGENTINA. Sentença de mérito de 11.05.2007 (série C, n. 164), parágrafos 72 a 74.

⁵²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso BUENO ALVES vs. ARGENTINA. Sentença de mérito de 11.05.2007 (série C, n. 164), parágrafos 75 e 79 a 86.

⁵²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso BUENO ALVES vs. ARGENTINA. Sentença de mérito de 11.05.2007 (série C, n. 164), parágrafos 86 e 87.

⁵²² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso BUENO ALVES vs. ARGENTINA. Sentença de mérito de 11.05.2007 (série C, n. 164), parágrafos 110 a 113.

⁵²³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso BUENO ALVES vs. ARGENTINA. Sentença de mérito de 11.05.2007 (série C, n. 164), parágrafos 114 a 116.

A Corte declarou a responsabilidade internacional da Argentina em decorrência do descumprimento dos deveres de respeito à integridade física e de assegurar recurso efetivo para a investigação e persecução penal dos fatos, condenando a Argentina a indenizar a vítima e seus familiares e a realizar imediatamente as devidas investigações para apurar as responsabilidades e aplicar as sanções penais e administrativas cabíveis, assegurando a participação da vítima em todo o processo.⁵²⁴

Por sua vez, no julgamento do caso GARIBALDI vs. BRASIL, julgado pela sentença de preliminares e mérito de 23.09.2009 (série C, n. 203), a Corte IDH declarou a responsabilidade internacional do Brasil pela falta de investigação, persecução e sancionamento dos responsáveis pelo homicídio do Sr. Sétimo Garibaldi, ocorrido em 27.11.1998, durante uma operação extrajudicial de expulsão de trabalhadores sem terra que ocupavam uma fazenda no município de Querência do Norte/PR por um grupo armado de pessoas encapuzadas.

Novamente foi arguida exceção de incompetência temporal da Corte, já que o Brasil aceitou sua jurisdição apenas para fatos posteriores a 10.12.1998, mas a Corte Interamericana a rejeitou, assinalando que não apuraria a violação do direito à vida, senão aquela referente à efetividade das garantias judiciais que asseguram a tutela penal em face de violações dos direitos humanos, analisando se a conduta das autoridades brasileiras após 10.12.1998 é compatível com o dever de proteção penal trazido pela CADH.⁵²⁵

O homicídio de Sétimo Garibaldi teria ocorrido em 27.11.1998, quando cerca de *vinte homens armados e encapuzados* expulsavam famílias vinculadas ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) acampadas no local. A vítima foi atingida por projétil de arma de fogo e faleceu, tendo o grupo armado se retirado em seguida sem concluir a expulsão. Os agricultores teriam reconhecido o administrador da fazenda e seu proprietário como integrantes do grupo, não tendo sido noticiada a participação de agentes públicos.

A investigação, entre idas e vindas do inquérito policial, transcorreu por cerca de cinco anos até que, em 12.05.2004 o Ministério Público promoveu fundamentadamente⁵²⁶ o seu arquivamento, pela falta de justa causa para propositura da ação penal, em manifestação homologada pelo Juízo, na forma do art. 28 do CPP.

⁵²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso BUENO ALVES vs. ARGENTINA. Sentença de mérito de 11.05.2007 (série C, n. 164), parágrafos 211 e 229.

⁵²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso GARIBALDI vs. BRASIL. Sentença de preliminares e mérito de 23.09.2009 (Série C, n. 203), parágrafos 20 a 23.

⁵²⁶ Argumentou-se que, esgotados os meios investigativos, não se logrou êxito em colher indícios mínimos suficientes para a propositura de ação penal, constatando-se contradições entre as testemunhas, sendo divergentes as declarações dos agricultores, não tendo sido identificado o autor do disparo que, por outro lado, fora dirigido à perna da vítima, o que conjuntamente com o abandono do local pelos integrantes do grupo após o disparo indicaria a falta de *animus necandi*, bem como considerou-se verossímil o álibi apresentado pelo fazendeiro supostamente reconhecido.

Após o surgimento de novas provas, consistentes em depoimentos tomados perante a Corte IDH, o inquérito foi desarquivado em 20.04.2009, na forma do art. 18 do CPP.⁵²⁷ O Estado se defendeu perante a Corte IDH sustentando a regularidade da investigação e da formação da *opinio ministerial* pelo arquivamento, ante as contradições e a fragilidade elementos probatórios. A Corte IDH, embora asseverando que a investigação é obrigação de meio e não de resultado, reafirmou que deve ser levada a cabo de forma *diligente e efetiva*, traçando inúmeros princípios dirigentes, como: a recuperação e preservação do material probatório, a identificação e oitiva de testemunhas e a investigação exaustiva da cena do crime, além da realização de autópsia de forma rigorosa, através de profissionais competentes e empregando os procedimentos mais apropriados, devendo-se assegurar uma ampla participação e oitivas dos familiares da vítima em toda a investigação e processo.⁵²⁸ A Corte Interamericana sustentou que a investigação foi deficiente, porquanto não localizadas e ouvidas testemunhas importantes (como familiares da vítima), não realizada acareação para esclarecer as contradições existentes, pela falta de conservação e incerteza quanto ao destino da arma apreendida, pela falta de oitiva das demais famílias acampadas e a imprecisão acerca do álibi apresentado. A Corte expôs que o *retardo* no desenvolvimento da investigação *também é causa de violação* ao direito dos familiares da vítima em obterem adequada resposta judicial face ao homicídio, *considerando irrazoável* o transcurso, por cinco oportunidades durante a investigação, de *períodos de tempo, de três meses até um ano e seis meses, sem que se realizasse nenhuma atividade investigativa*, além da mera solicitação de prorrogação de prazo, asseverando que *existe uma obrigação internacional do Estado de*

⁵²⁷ Note-se que o TJPR determinou em 01.12.2011 o trancamento da ação penal respectiva, alegando violação à norma do art. 18 do CPP, através do HC 825.907-6. Este acórdão foi objeto do REsp 1.351.177/PR, ainda pendente de julgamento perante o STJ, sustentando o MPPR violação à CADH (inclusive ao artigo 68.1, que prevê o dever de cumprimento das decisões da CorteIDH) e ao CPP. O recente voto-vista do Min. Rogério Schietti Cruz, proferido em 23.02.2016, dá provimento ao recurso especial, reconhecendo que as disposições da CADH e as decisões da CorteIDH têm primazia sobre a aplicação da legislação nacional infraconstitucional, isto é, sobre o Código de Processo Penal, violando a CADH a interpretação dada ao CPP pelo TJPR, considerada, ainda, incorreta em si mesmo. V. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6a Turma. REsp 1.351.177/PR. Voto-vista do Min. Rogério Schietti Cruz, em 23.02.2016. Inteiro teor disponível em http://www.stj.jus.br/portal_stj/arquivos/voto-vista-setimo-garibaldi.pdf. Acesso em 24 de fevereiro de 2016.

⁵²⁸ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso GARIBALDI vs. BRASIL. Sentença de preliminares e mérito de 23.09.2009 (Série C, n. 203), parágrafos 114 e 115:

"114. A la luz de ese deber, cuando se trata de la investigación de una muerte violenta como en el presente caso, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad.

115. Esta Corte ha especificado los principios rectores que es preciso observar en una investigación cuando se está frente a una muerte violenta. Conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, las autoridades estatales que conducen una investigación de este tipo deben intentar como mínimo, inter alia: a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables; c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte, y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados".

*investigar fatos como aquele e que não é possível alegar obstáculos internos, como a falta de estrutura ou pessoal para conduzir investigações para eximir-se deste dever.*⁵²⁹

Conclui a Corte IDH que o lapso de mais de cinco anos que demorou o procedimento apenas na fase de investigação sobrepassa excessivamente um prazo que pudesse se considerar razoável e constitui denegação de Justiça em prejuízo dos familiares da vítima.⁵³⁰ Assim, declarou a responsabilidade internacional do Brasil por violação da CADH *pela ineficiência na resposta institucional ao homicídio do Sr. Sétimo Garibaldi*, determinando o pagamento de indenização aos familiares da vítima, a publicação da sentença, e o dever *de investigar, julgar e sancionar* os responsáveis por este crime, bem como apurar a conduta dos agentes públicos que atuaram nas investigações.⁵³¹

O caso chama a atenção por dois motivos: primeiro, não há menção ou notícia de participação de agentes públicos na violação originária dos direitos humanos - tratando-se de homicídio praticado durante ação de grupo armado rural, vitimando uma única pessoa - o Sr. Sétimo Garibaldi, integrante de grupo social vulnerável. Depois, e principalmente, porque *a investigação tida por incompatível com a CADH transcorreu em tempo e forma relativamente comuns na praxe policial brasileira*⁵³² em

⁵²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso GARIBALDI vs. BRASIL. Sentença de preliminares e mérito de 23.09.2009 (Série C, n. 203), parágrafo 137.

⁵³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso GARIBALDI vs. BRASIL. Sentença de preliminares e mérito de 23.09.2009 (Série C, n. 203), parágrafo 139.

⁵³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso GARIBALDI vs. BRASIL. Sentença de preliminares e mérito de 23.09.2009 (Série C, n. 203), parágrafos 162 e 168. A CORTE IDH vem promovendo a supervisão do cumprimento desta sentença: em 20.02.2012 prolatou decisão avaliando as providências tomadas pelas autoridades paranaenses: foi ajuizada denúncia contra o fazendeiro Morival Favoreto em 30.06.2011 e instauradas investigações administrativas acerca das condutas de policiais, promotores e da juíza oficientes, havendo sido estas processadas e arquivadas, ante a inexistência de provas de faltas funcionais, tendo a CORTE IDH encerrado a supervisão quanto a este tópico, ante o desenvolvimento e fundamentação dos arquivamentos administrativos, e determinado o prosseguimento do acompanhamento em relação à ação penal em curso. Até o presente momento não há notícia de decisão da Corte IDH acerca do posterior trancamento da ação penal por decisão do TJPR no HC 825.907-6, em 01.12.2011, em decisão impugnada pelo REsp 1.351.177-PR, pendente de julgamento pelo STJ, por violar a CADH.

⁵³² Veja-se que a Estratégia Nacional de Segurança Pública - ENASP, iniciativa conjunta do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público e do Ministério da Justiça lançada em 2010, estabeleceu como meta a conclusão da investigação de 90% dos inquéritos policiais de homicídio instaurados até 31.12.2007, para arquivá-los ou iniciar-se o processo penal com o oferecimento de denúncia. Conforme relatório final da ENASP, até 2012 as metas não haviam sido atingidas na maioria dos casos: dos 134.944 de inquéritos policiais de homicídios instaurados até 31.12.2007 em todo o Brasil, após cinco anos de investigações apenas 43.123 (32%) haviam sido finalizados e, destes, em apenas 8.287 (6% do total de inquéritos antigos existentes e 19% dos inquéritos finalizados) a investigação resultou no esclarecimento de indícios de autoria e permitiu o início da fase de admissibilidade do processo penal com o oferecimento de denúncia. Por outro lado, no Estado do Rio de Janeiro, dos inquéritos antigos concluídos, apenas em 3,7% dos casos foram apurados indícios mínimos que permitiram o oferecimento de denúncia, tendo sido os demais - a esmagadora maioria de 96,3% dos inquéritos concluídos - arquivados. É de se ressaltar, porém, que o Estado do Rio de Janeiro dispunha da maior quantidade de IPs antigos em trâmite do país, contando em 2010 com 47.177 investigações de homicídios instauradas até 31.12.2007, para uma população de 15.989.929 habitantes, numa média de 295 investigações antigas de homicídio para cada 100 mil habitantes, ou uma investigação antiga de homicídio para cada 338 habitantes. Conclui-se, pois, que no Brasil, a regra, verificada na maioria de 68% dos homicídios, foi a de que *as investigações não lograram ser concluídas em menos de 5 anos*, prazo que a CORTE IDH, na sentença de GARIBALDI v. BRASIL, considerou que *sobrepassa excessivamente o razoável e constitui denegação de justiça* aos familiares das vítimas, sendo incompatível com os direitos a eles assegurados pela CADH. Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público e Ministério da Justiça. Estratégia Nacional de Segurança Pública. Diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil. Relatório nacional de execução da meta 2. Brasília, 2012.

especial para homicídios praticados por grupos armados (falta de preservação da cena do crime, perícia deficiente, dificuldade de localização e/ou intimidação de testemunhas, agentes encapuzados, falta de realização de diligências pela polícia no prazo fixado e falta de apuração tempestiva dos fatos), o que é agravado pelo elevado número de homicídios praticados, e pela ocupação paramilitar de diversas zonas urbanas e rurais por grupos armados, servindo de óbice à livre circulação e permanência de agentes públicos - sem prévia e massiva operação policial - nestes locais, dificultando perícias, reconstituições e localização de testemunhas e investigados.⁵³³

Com efeito, o relatório oficial de cumprimento da *Meta 2*, traçada em conjunto pelo Conselho Nacional de Justiça, pelo Conselho Nacional do Ministério Público e pelo Ministério da Justiça através da Estratégia Nacional de Segurança Pública - ENASP - indica que, em 2012, apenas 32% dos 134.944 inquéritos policiais de homicídio instaurados até 31.12.2007, lograram ser finalizados e, destes apenas 19% (ou cerca de 6% do total de homicídios cometidos em 2007 ou anos anteriores) resultaram em elementos indiciários mínimos a permitir o oferecimento de denúncia e o início da fase de admissibilidade do julgamento: vale dizer, após esforço concentrado, do total de investigações antigas de homicídio, 68% não foram concluídas após o decurso de 5 anos, 26% foram encerradas neste prazo sem êxito e apenas 6% foram concluídas com elementos suficientes para embasar o oferecimento de uma denúncia, o que foi considerado "sem dúvida" pelo relatório da ENASP como "um avanço". Constatou-se que há falta de investigadores, de peritos forenses, de insumos técnicos e que a

Disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf, último acesso em 7 de dezembro de 2015.

⁵³³ A respeito, existe até mesmo ato normativo da Corregedoria-Geral de Justiça do TJRJ, disciplinando a realização de diligências por oficiais de Justiça em *áreas de risco* ocupadas por grupos armados: é o Provimento 22, de 13.03.2009, da CGJ/TJRJ, que, considerando o *grande número de questionamentos* encaminhados à Corregedoria Geral quanto ao procedimento a ser adotado pelos oficiais de Justiça quando do cumprimento de mandados em áreas que apresentem *dificuldades de acesso*, sendo frequentes relatos de *ameaças e situações de perigo* vivenciadas por diversos oficiais, faculta que os oficiais busquem a cooperação voluntária de representantes da Associação de Moradores para intermediarem o cumprimento da diligência e, em caso de insucesso, que remetam mero convite postal de comparecimento à serventia, ou ainda tentem *agendar o cumprimento da diligência em local seguro* e, no caso de insucesso de todas estas medidas, que solicitem apoio policial: mesmo assim, consigna o Provimento a hipótese de a polícia informar a *impossibilidade* de prestar apoio, ou que a *operação policial* a ser montada *implicaria elevado risco à integridade física do oficial de Justiça e da população local*, bem como permite aos oficiais que suspendam a diligência a qualquer momento se presente risco concreto à sua segurança pessoal. ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral de Justiça. Provimento nº 22, de 13.03.2009.

Em sentido semelhante, CERQUEIRA, Luís Eduardo Bianchi. *Aplicação das sentenças das cortes internacionais no Brasil*. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 18, n. 32, p. 116, quando, após afirmar que a soberania se infere do poder de impor a força coativa para obrigar quem não se conforme com os termos da decisão, diz que *há de se questionar onde reside realmente o poder soberano* se uma sentença judicial transitada em julgado não é cumprida porque *"o meirinho afirma que não vai poder cumpri-la porque a área onde a diligência deve ser realizada é área de risco, dominada por traficantes de drogas armados e onde a polícia não tem como garantir a sua segurança"*.

Os fatos também são objeto de constante crônica jornalística. Na reportagem *O futuro na linha do tiro*, do jornal O Globo, de 29.11.2015, por exemplo, noticiou-se que entre janeiro de outubro de 2015 310 escolas da rede pública municipal do Rio de Janeiro, ou 19% do total, tiveram de suspender suas atividades devido a confrontos armados, tendo a escola mais prejudicada de ser fechada por 49 turnos, ou o equivalente a 24,5 dias do ano letivo perdidos, relatando os professores que têm de usar selos em seus veículos para serem identificados por grupos de narcotraficantes armados, que revistam todos os veículos que adentram a localidade. Disponível em <http://oglobo.globo.com/rio/escolas-na-linha-de-tiro-1-18160213>, último acesso em 06 de dezembro de 2015.

elucidação de homicídios era concentrada aos casos de flagrante delito e nas investigações realizadas por (algumas poucas) delegacias especializadas; que, em regra, não há adequado isolamento da cena do crime, e que a falta de confecção tempestiva dos laudos técnicos (de local, toxicológico, de balística, e de exame cadavérico) pela falta de peritos e sua juntada extemporânea, impedindo seu aproveitamento como contexto das demais provas produzidas, a falta de cruzamento de informações relevantes entre os exames forenses e a burocratização e fragmentação dos atos de investigação prejudica sensivelmente seu resultado.⁵³⁴

No caso GONZÁLES Y OTRAS ("CAMPO ALGODONERO") v. MÉXICO, na sentença de preliminar, mérito e reparações de 16.11.2009 (série C, n. 205), a Corte IDH declarou a responsabilidade internacional do México por falhas na prevenção e investigação penal do desaparecimento e posterior homicídio de três jovens, duas menores de idade, por razões de gênero. Considerou-se que as autoridades haviam se omitido, inobstante tivessem pleno conhecimento de um padrão reiterado de violência sexual e de gênero. O desaparecimento das jovens não foi investigado tempestivamente e com seriedade, tendo posteriormente sido encontrados seus cadáveres em um campo algodoeiro, com sinais de violação sexual de "extrema crueldade". O local do crime não foi adequadamente preservado, a autópsia não foi realizada de forma regular e as investigações policiais tampouco foram efetivas. A Corte IDH declarou a responsabilidade internacional do México pelas mortes, condenou o país a pagar indenização em favor dos familiares das vítimas, bem como determinou que se procedesse a uma adequada investigação e persecução penal dos fatos, inclusive *removendo todos os obstáculos de jure ou de facto que impeçam a devida investigação e processamento célere dos fatos*. Ademais, determinou que se apurasse eventual falta funcional dos policiais envolvidos na investigação deficiente, que fossem estabelecidos padrões de investigação de fatos envolvendo violência sexual e de gênero e que se promovesse uma política de prevenção e repressão à violência contra as mulheres e de apoio a suas famílias, criando protocolos e critérios de investigação e de perícia forense para combater desaparecimentos, estupros e feminicídios.⁵³⁵

No caso GUTIÉRREZ Y FAMÍLIA v. ARGENTINA, na sentença de mérito de 25.11.2013 (série C, n. 271), referente a homicídio perpetrado contra um policial que investigava esquema de corrupção em que estariam envolvidos importantes empresários e altos funcionários governamentais (conhecido como *caso da aduana paralela*), a Corte IDH proclamou consequências similares. A

⁵³⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público e Ministério da Justiça. Estratégia Nacional de Segurança Pública. Diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil. Relatório nacional de execução da meta 2. Brasília, 2012. Disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf, último acesso em 7 de dezembro de 2015. O relatório narra que o índice médio de elucidação *policial* (logo, preliminar) de crimes de homicídios no país é estimado entre 5% e 8%, muito inferior, por exemplo, àquele verificado nos Estados Unidos (65%), França (80%) e Reino Unido (90%), sendo fruto da baixa qualidade da investigação - pelos motivos acima assinalados - e, conceda-se, do alto número absoluto de homicídios (que é retroalimentado pelo alto índice de impunidade, em ciclo vicioso de desrespeito aos direitos humanos).

⁵³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso GONZÁLES Y OTRAS ("CAMPO ALGODONERO") v. MÉXICO, na sentença de preliminar, mérito e reparações de 16.11.2009 (série C, n. 205).

vítima fora executada com um tiro na nuca quando investigava um galpão utilizado por contrabandistas e narcotraficantes com a anuência de policiais corruptos. Constataram-se diversas falhas na investigação, inclusive ameaças a testemunhas perpetradas por agentes públicos para obstruir a investigação dos fatos, que não havia sido finalizada adequadamente em prazo razoável, porquanto decorridos dezenove anos sem que tivessem sido realizadas as diligências pertinentes. A Corte declarou não apenas o dever do Estado investigar e processar criminalmente os responsáveis, como *considerou que a absolvição de um dos imputados por sentença transitada em julgado não deveria ser considerada protegida pelo manto da coisa julgada*, porquanto a garantia apenas poderia ser válida como decorrência de um *processo justo*, após uma instrução em conformidade com os *standards* internacionais exigíveis, salientando-se haver indícios de envolvimento de agentes públicos na execução da vítima e na obstrução da investigação. Sustentou a Corte IDH que entender de forma diversa seria aceitar que a decisão do juiz nacional tivesse primazia sobre os julgados da Corte Interamericana, o que considerou incompatível com a CADH, condenando a Argentina, ainda, a reformular o currículo de formação policial para incluir cursos de respeito a direitos humanos e de investigação com a devida diligência.⁵³⁶

É de se reiterar as considerações tecidas no item 3.3.1.1. *supra*, não sendo possível no ordenamento brasileiro a revisão de sentença absolutória transitada em julgado apenas porque a investigação ou a instrução não ocorreu conforme os padrões internacionais de eficiência e adequação. Assim, diante do caráter constitucional da garantia da coisa julgada em nosso ordenamento (CRFB/88, art. 5º, XXXVI), da caracterização da *jurisdição constitucional* como expressão irrenunciável de parcela da soberania estatal (CRFB/88, art. 1º, I e art. 4º, I) e da supremacia outorgada à norma constitucional sobre as convenções do DIDH, o Poder Judiciário brasileiro se veria obrigado a descumprir o teor de uma tal decisão da Corte IDH. Por outro lado, a sentença da Corte poderia ser adimplida em seus demais termos, inclusive no que tange ao dever de adequada investigação dos fatos, com relação aos demais envolvidos.

Por fim, no recente caso TARAZONA ARRIETA E OUTROS v. PERU, na sentença preliminar, de mérito e de reparações, de 15.10.2014 (série C, n. 286), a Corte IDH condenou o Peru também pela demora na investigação e prestação jurisdicional, violando o direito dos familiares das vítimas a um julgamento em tempo razoável. Tratava-se de disparo feito por parte de um membro do Exército peruano, em patrulhamento urbano, contra um veículo de transporte público, matando duas pessoas e ferindo uma terceira, em 09.08.1994. Os militares patrulhavam a área a pé, em sete duplas, com a finalidade de identificar os transeuntes, quando o sargento Antonio Mauricio Evangelista Pinedo efetuou um disparo contra um microônibus que retomava a marcha após parar em um ponto de ônibus, atingindo três civis, fato admitido pelo mesmo, alegando negligência, em 10.08.1994. Foram abertas,

⁵³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso GUTIÉRREZ Y FAMILIA v. ARGENTINA. Sentença de mérito de 25.11.2013. Série C, n. 271, parágrafos 42, 129-134, 147, 154 e 168.

sucessivamente, investigações penais perante a Justiça comum e a Justiça militar, tendo sido oferecida denúncia perante a Justiça comum em 02.11.94. A Justiça militar solicitou o sobrestamento do feito perante a justiça comum em 24.11.94, já que o fato teria ocorrido quando o imputado realizava patrulha, o que poderia atrair sua jurisdição. A instrução prosseguiu na Justiça comum, contudo, até 14.06.1995, quando foi aprovada a Lei 26.479, concedendo anistia aos agentes militares, policiais ou civis por *todos os fatos derivados, originados ou com ocasião ou consequência* da luta contra o terrorismo de maio de 1980 até a data da promulgação da lei, arquivando definitivamente todas as investigações e processos respectivos e revertendo-se eventuais condenações. (paragraf. 49). O caso apenas foi desarquivado na Justiça comum em 21.01.2003, após requerimento dos familiares das vítimas, fundamentado na declaração de nulidade das Leis de Anistia 26.479 e 26.492, por incompatibilidade com a CADH. Após o desarquivamento foram ouvidas novas testemunhas e, em 21.09.2005, a Justiça comum declinou sua atribuição em favor do Juizado Especializado em delitos de terrorismo, ante a ampliação de sua competência para julgar fatos conexos. A instrução, contudo, não pôde ser reaberta porquanto o réu estava foragido, sendo localizado apenas em 20.06.2008, tendo sido julgado e condenado por homicídio, com dolo eventual, em 23.07.2008, com as atenuantes da jovialidade e da confissão, à pena privativa de liberdade por seis anos. A condenação foi mantida em sede recursal, tendo transitado em julgado em 24.12.2008. Em 29.01.2010, o apenado obteve regime de semi-liberdade e apenas em 2011 o Estado efetuou o pagamento de indenização à vítima, em cumprimento à sentença penal.

A Corte IDH considerou que a investigação e persecução *não ocorreu em prazo razoável*, violando garantia dos *familiares das vítimas* em obter acesso à Justiça, já que o procedimento penal em face de Evangelista Pinedo tomou cerca de 16 anos, durante os quais por 7 (sete) anos os fatos estiveram arquivados por força da lei da anistia. (parag. 99). Ademais, ainda que se deva considerar a duração global do processo para a análise da razoabilidade do prazo, considerou a Corte que o caso não era complexo, motivo pelo qual a demora decorrente da paralisação das investigações pela aplicação da lei de anistia, bem como aquela entre o pedido de desarquivamento em 2002 e a reabertura do caso em 2003, entre a reabertura do caso e o julgamento penal do imputado e o pagamento da indenização aos familiares das vítimas, em 2011, *superaram os limites do prazo razoável* (parag. 101 e 121), em detrimento do direito dos familiares da vítima. Ademais, salientou a Corte que não havia normativa interna destinada a orientar as precauções que os militares deveriam ter para evitar que suas armas disparassem e para assistir eventuais vítimas em caso de disparos acidentais, o que pode ter tido um impacto no caso concreto sobre o direito à vida e integridade física das vítimas (parag. 167 a 169).

A Corte Interamericana considera que o Estado tem obrigação de prover recursos judiciais efetivos às pessoas que aleguem ser vítimas de violações de direitos humanos (art. 25 da CADH), dentro do devido processo legal (art. 8.1) e da obrigação geral de garantir o livre e pleno exercício dos

direitos humanos a todos aqueles que se encontrem sob sua jurisdição (art. 1.1), tendo declarando a responsabilidade internacional do Peru pela demora no julgamento, ainda que não tenha determinado indenizações adicionais aos familiares ou novos julgamentos, já que o agente público responsável já havia sido punido e os familiares já haviam sido suficientemente indenizados.

Note-se que não se tratava de crime de lesa humanidade, tendo a Corte reconhecido a ocorrência de disparo acidental por parte de militar em patrulhamento. Tratava-se de conduta praticada por agente do Estado, sem dolo direto, que havia causado a morte de duas pessoas. O responsável pelo disparo restou punido criminalmente por homicídio com dolo eventual, após o decurso de quatorze anos de investigação e persecução penal, de 1994 até o trânsito em julgado da sentença condenatória em 2008, tendo a indenização aos familiares da vítima sido paga três anos depois, em 2011, pelo Estado. Nestes cerca de 14 anos, a investigação esteve paralisada ante a lei de anistia entre 1996 e 2003, quando foi desarquivada após a declaração de nulidade da anistia pela Corte IDH em 2001, tendo sido concluído o julgamento em 2008. Ainda assim, a Corte Interamericana reconheceu que a demora na investigação, persecução e julgamento do fato e no pagamento da reparação devida violaram o dever de persecução penal eficiente de violações de direitos humanos.

Chama atenção a circunstância de que eventos semelhantes - homicídios atribuídos a agentes públicos, mesmo sem dispor de relação com grupos armados ou esquadrões da morte, ocorrem aos milhares no Brasil,⁵³⁷ não sendo incomum que entre a investigação e a sentença penal definitiva transcorra período similar - ou mesmo superior - ao tido como violador de direitos humanos pela Corte IDH na sentença do caso TARAZONA ARRIETA e OUTROS v. PERU.

De fato, verifica-se que as *metas* de efetividade na investigação, persecução e julgamento de crimes de homicídio, por si só já preveem prazo de cinco anos para as investigações (Meta 02/ENASP), mais outros quatro anos para a decisão de pronúncia, que apenas declara admissível que seja o caso levado a julgamento (Meta 03/ENASP) e de cinco anos para que o feito seja levado a julgamento no Tribunal do Júri, quando é prolatada a sentença de 1ª instância (Meta 04/ENASP). Entretanto, também as metas traçadas ao Poder Judiciário apenas lograram ser cumpridas em pouco mais da metade dos processos de homicídio⁵³⁸: em dezembro de 2012, o cumprimento da meta 03 havia sido obtido em apenas 52,75% dos feitos: vale dizer, em quase metade dos processos penais de homicídio não se obteve sequer uma decisão preliminar acerca da admissibilidade do caso ser levado a

⁵³⁷ V. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2015, disponível em <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015-retificado.pdf>, acesso em 22 de outubro de 2015, registrando um total de 58.497 mortes violentas no Brasil em 2014, dentre os quais 3.009 vítimas faleceram em decorrência de ação policial.

⁵³⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público e Ministério da Justiça. Estratégia Nacional de Segurança Pública. Relatório Nacional da Execução das Metas Judiciais 3 e 4. Brasília, 2013. Disponível em <http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Noticias/2013/Arquivos/enasp_relatorio_execucao_metas_3_e_4.pdf>. Acesso em 7 de dezembro de 2015.

juízo, em um período de quatro anos; em relação aos processos de homicídio iniciados antes de 31/12/2007 que, em 2010, já haviam atingido a fase de pronúncia, logrou-se obter um percentual de julgamento, em 1ª instância, de 57%, até o final de 2012: isto é, 43% daqueles que já tinham superado a fase de pronúncia, não conseguiram receber uma sentença de mérito de 1ª instância no decurso de 5 anos. Em suma: dos cerca de 50.000 homicídios perpetrados todos os anos no Brasil, o Estado consegue identificar indícios mínimos de autoria entre 5% a 8% dos casos, demorando mais de cinco anos nas investigações em 68% dos casos; uma vez iniciado o processo penal, a fase de verificação da *admissibilidade* do julgamento leva mais de quatro anos em cerca de metade dos feitos, e uma vez superada, obteve-se uma sentença de mérito de 1ª instância somente após o decurso de mais de cinco anos em 43% dos processos. Verifica-se, pois, que comumente a soma dos períodos de investigação policial e processamento judicial de homicídios ultrapassa um total de dez anos, sem que se obtenha uma sentença de mérito de 1ª instância, nos poucos casos (menos de 10%) que logram atingir a fase da persecução penal.

Assim, verifica-se que a sistemática infraconstitucional brasileira, a permitir o retardo irrazoável das investigações e julgamento de violações a direitos humanos - inclusive com possibilidade de prescrição, e a baixa efetividade das investigações de homicídios e a irrazoável morosidade no processamento dos respectivos feitos, encontra-se *em manifesta colidência* com o entendimento da Corte IDH acerca das garantias de medidas judiciais efetivas para a investigação, persecução penal e sancionamento de violações a direitos humanos trazidas pela CADH. De forma similar, julgamentos recursais em 2ª e 3ª instância também se arrastam ao longo de (muitos) anos, mesmo em casos de graves violações de direitos humanos, como aqueles decorrentes de redução à condição análoga à de escravo⁵³⁹, agravando o quadro já crítico constatado na fase investigativa e em 1ª instância pelos os dados da ENASP.

⁵³⁹ Veja-se, por exemplo, que no julgamento do RE 459.510 pelo STF em 26.11.2015, relativo ao julgamento de eventual revisão da jurisprudência acerca da competência para processamento e julgamento do crime de redução à condição análoga à de escravo, apenas o STF tenha demorado mais de 10 (dez) anos para julgar o recurso extraordinário desde sua autuação em 25.05.2005. Também no julgamento do RE 398.041, onde a jurisprudência reconhecendo a competência federal havia se firmado, os fatos haviam sido praticados em 1990, o início da persecução penal se dera em 1992 e a sentença condenatória de 1ª instância fora prolatada em 1998, tendo sido anulada em 2ª instância sob o argumento de incompetência absoluta da Justiça Federal, decisão que foi objeto de recurso extraordinário ao STF. Conquanto o recurso tenha sido recebido no STF em 01.08.2003 e julgado em 30.11.2006, o acórdão só foi publicado em 19.12.2008, com trânsito em julgado em 16.02.2009, assentando a competência da Justiça Federal para julgar o fato por considerar tratar-se de crime contra a organização do trabalho, e determinando o retorno dos autos ao TRF1 para julgamento da apelação quanto ao mérito. Consignou o STF que se narrava que os trabalhadores seriam submetidos a torturas e sevícias, chegando ao ponto de serem acorrentados como escravos, ameaçados e agredidos caso tentassem fugir do local. Pois bem, quando o feito (1998.01.00.064116-1) foi remetido ao TRF1, contudo, considerou-se já haver decorrido o lapso prescricional, tendo sido declarada a extinção da punibilidade pela prescrição em 21.05.2009. Cf. http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=7eea0bce8293f1c1685cd1e997454509&trf1_captcha=drvc&enviar=Pesquisar&proc=199801000641161&secao=TRF1. Acesso em 2 de dezembro de 2015.

b) Violações a direitos humanos que não impedem causas de extinção de punibilidade, mas exigem investigação e persecução penal. Homicídio culposo por erro médico e divulgação de interceptação telefônica sigilosa.

Em hipótese fática bem distinta, no caso ALBÁN CORNEJO E OUTROS Vs. EQUADOR, sentença de mérito e reparações em 22.11.2007, série C, n. 171 (e sentença de interpretação de 05.08.2008, série C n. 183), a Corte IDH, declarou a responsabilidade internacional do Equador por não ter apurado diligentemente, permitindo a ocorrência da prescrição, um *homicídio culposo* decorrente de erro médico, ocorrido em hospital privado, e por não ter regras claras disciplinando a prestação de serviços de saúde e a apuração de condutas que vulnerem direitos dos usuários de serviços de saúde.⁵⁴⁰ A Corte, contudo, expressamente consignou que não haveria se falar em imprescritibilidade, por não se tratar de *grave* violação a direitos humanos e por não se poder atribuir ao imputado a morosidade na investigação e persecução.⁵⁴¹

Ainda assim, havia a necessidade de que a investigação fosse levada a cabo com eficiência, impulso oficial e buscasse identificar as causas e responsáveis pela morte de Albán Cornejo, bem como que o Estado supervisionasse e fiscalizasse a prestação dos serviços de saúde, ainda que privados, para lograr uma efetiva proteção dos direitos à vida e integridade física,⁵⁴² condenando o Equador a pagar uma indenização em favor de familiares da vítima e a promover uma ampla difusão pública dos termos da nova legislação adotada sobre direitos dos pacientes e sanções por seu descumprimento, bem como a respectiva capacitação de operadores do direito e profissionais da saúde.⁵⁴³ Não houve determinação de prosseguimento na investigação dos fatos, porque reconhecida a compatibilidade da prescrição com a CADH na hipótese, por não se tratar de *grave* violação de direitos humanos, apesar de reconhecida a responsabilidade internacional do Estado pela falta de investigação e persecução penal dos fatos.⁵⁴⁴

Posteriormente, no caso ESCHER e OUTROS v. BRASIL⁵⁴⁵ (sentença de preliminares, mérito e reparações de 06.07.2009, série C, n. 200), declarou a responsabilidade internacional do Brasil pela omissão em garantir o direito à privacidade das comunicações, à honra e à liberdade de associação,

⁵⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso ALBÁN CORNEJO E OUTROS vs. EQUADOR. Sentença de mérito e reparações de 22.11.2007. Série C, n. 171, parágrafos 123, 124 e 134 a 137.

⁵⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso ALBÁN CORNEJO E OUTROS vs. EQUADOR. Sentença de mérito e reparações de 22.11.2007. Série C, n. 171, parágrafos 110 a 112.

⁵⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso ALBÁN CORNEJO E OUTROS vs. EQUADOR. Sentença de mérito e reparações de 22.11.2007. Série C, n. 171, parágrafos 121 e 122.

⁵⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso ALBÁN CORNEJO E OUTROS vs. EQUADOR. Sentença de mérito e reparações de 22.11.2007. Série C, n. 171, parágrafo 176.

⁵⁴⁴ Assim, a Corte considerou que o dever estatal de investigar os fatos, decorrente da garantia do direito à vida previsto na CADH, na hipótese devia ceder em favor do direito dos imputados, sendo válida a prescrição, como reafirmou a CORTE IDH na sentença interpretativa de 05.08.2008 (série C, n. 183, parágrafos 13 a 16).

⁵⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso ESCHER E OUTROS vs. BRASIL. Sentença de preliminares, mérito e reparações de 06.07.2009 (série C, n. 200)

ante falta de apuração e punição da divulgação ilegal de interceptações telefônicas,⁵⁴⁶ determinando a investigação penal dos fatos e indenização das vítimas. Os fatos datavam de junho de 1999 e quando decididos pela Corte IDH já estariam prescritos pela lei brasileira, tendo o Ministério Público sustentado a prescrição dos fatos e a impossibilidade de sua investigação, por não se tratar de crime de lesa humanidade. A Corte IDH, por sua vez, acabou por reconhecer na decisão de supervisão de cumprimento de sentença de 19.06.2012, como válido o óbice da prescrição à persecução penal, por não se tratar a hipótese de *grave violação de direitos humanos*. Assim, não sendo o fato equiparável a torturas, execuções extrajudiciais ou sequestros, hipóteses que ensejariam sua imprescritibilidade, invocando o precedente firmado no caso ALBÁN CORNEJO Vs. EQUADOR considerou a Corte Interamericana válida a prescrição penal ante a CADH, e arquivou o expediente.⁵⁴⁷

3.3.2 A necessidade de tutela penal dos direitos humanos na jurisprudência do TEDH. Semelhanças e diferenças entre a Corte IDH e o TEDH.

Assim, ainda que não vincule diretamente o Estado brasileiro, faz-se relevante proceder a sucinta análise da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) acerca da presente temática. A uma, por se tratar da primeira e mais tradicional corte regional de direitos humanos do mundo⁵⁴⁸, instituída em 1959, e com jurisdição sobre quarenta e sete países, exercendo intensa autoridade jurídica e moral sobre os Estados-partes e *simbolizando verdadeira Corte Constitucional da Europa*⁵⁴⁹, efetivadora dos direitos fundamentais no continente europeu. A duas, e por consequência, ante a influência exercida pelo TEDH sobre as Cortes Constitucionais e o Direito

⁵⁴⁶ A hipótese versava sobre a interceptação telefônica de diversas pessoas ligadas a associação de trabalhadores rurais e cooperativa agrícola, requerida por major da PM e deferida sem fundamentação ("*Defiro. Oficie-se*"), sem abertura de vista, prévia ou superveniente ao Ministério Público e sem vinculação ou juntada a qualquer processo judicial ou investigação criminal, bem como à divulgação de trechos das gravações em jornal televisivo e, posteriormente, pelo próprio ex-secretário de segurança pública em entrevista coletiva à imprensa. Não se investigou a primeira divulgação pela imprensa dos dados sigilosos. A investigação criminal relativamente à conduta da magistrada foi arquivada, por não haver indícios de dolo, assim como a investigação por eventual falta administrativa. O ex-secretário foi denunciado por crime do art. 10 da Lei 9.296/96, mas absolvido pelo Tribunal de Justiça do Paraná (parágrafos 200 a 209). A CORTE IDH considerou ter havido violação à CADH apenas no que tange à divulgação do teor das conversas interceptadas a jornal televisivo (parágrafo 247), o que foi reiterado na sentença interpretativa de 20.11.2009 (série C, n. 208).

⁵⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso ESCHER E OUTROS vs. BRASIL. Supervisão de cumprimento de sentença. Resolução da CORTE IDH de 19.06.2012, parágrafo 21.

⁵⁴⁸ Celso D. de Albuquerque Mello chega a afirmar que "*a região do continente europeu abrangida pelo Conselho da Europa é a parte do globo que se encontra mais adiantada no tocante aos direitos do homem e à sua proteção*", dispondo o indivíduo de legitimidade para recorrer diretamente ao TEDH desde o Protocolo n° 9, de 1990, facilitando o acesso à Corte e aumentando a efetividade da Convenção Europeia de Direitos do Homem. MELLO, Celso Duvié de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 11a. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 1997, p. 754-756. No mesmo sentido, PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 341, reputando o sistema europeu de proteção dos direitos humanos "*o mais antigo e o mais avançado*" do mundo, em comparação com os demais sistemas regionais (isto é, o interamericano e o africano).

⁵⁴⁹ FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Tutela penal dos direitos humanos: a proteção da vida e da integridade física*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 190.

Penal dos principais países europeus⁵⁵⁰, cuja jurisprudência e dogmática apresentam indiscutível influência no Supremo Tribunal Federal, nos tribunais brasileiros e na doutrina penalista nacional, de inspiração germânica; a três, sua jurisprudência exerce grande influência sobre os demais sistemas regionais de proteção de direitos humanos, como o sistema interamericano, a cuja jurisdição o Brasil se encontra submetido;⁵⁵¹ por fim - quiçá pelos motivos acima indicados - sua jurisprudência se desenvolveu de forma similar àquela construída de forma quase coetânea pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), ainda que cada tribunal guarde suas especificidades, o que parece reforçar o ônus argumentativo daqueles que pretendem criticar a construção das obrigações positivas de tutela penal (ou seja, dos mandados implícitos de penalização), paulatinamente elaborada e reconhecida por ambas Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

Com efeito, paralelamente à Corte IDH, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), com sede em Estrasburgo, nas últimas décadas afirmou a existência de um dever estatal de proteção (*positive obligations*) dos direitos humanos previstos na Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH)⁵⁵² contra agressões de terceiros, inclusive, nos casos mais graves, por meio da exigência de aplicação de normas penais.

a) Considerações gerais:

Inicialmente, convém destacar que o alcance da CEDH e das sentenças do TEDH é mais limitado do que aquele que alguns Estados vêm concedendo à Corte Interamericana⁵⁵³. O TEDH não impõe obrigações de fazer nem cassa ou invalida sentenças ou atos normativos nacionais, porém *declara* a violação de um direito fundamental previsto na CEDH por parte de um Estado, não podendo

⁵⁵⁰ Valerio de Oliveira Mazzuoli chega a afirmar que o TEDH tem influenciado tribunais do mundo todo. (V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9.ed.rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1007). Veja-se, por outro lado, que o voto da Min. Rosa Weber no julgamento da ADI 4.424 e da ADC 19, no Supremo Tribunal Federal, relativamente à inconstitucionalidade da exigência de representação para persecução de lesões corporais em contexto de violência doméstica contra a mulher, citou expressamente precedente do TEDH (Caso OPUZ v. Turquia), consignando a necessidade de persecução *ex officio*, independentemente de retratação da vítima, nos casos de violência doméstica. V. *supra*, item 2.5.5.g.

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 1000.

⁵⁵² A Convenção Europeia de Direitos do Homem foi firmada em 1º de novembro de 1950 em Roma e entrou em vigor em 1953, contando atualmente com 47 países signatários, que não se limitam ou se confundem com os países membros da União Europeia. O texto da convenção em português está disponível em: http://echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf e um resumo sobre o funcionamento do TEDH pode ser encontrado em http://echr.coe.int/Documents/50questions_POR.pdf. Acesso em 5 de novembro de 2014.

⁵⁵³ Por outro lado, o sistema europeu de direitos do homem, a partir da entrada em vigor do Protocolo nº11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, em 1º de novembro de 1998, tem o TEDH como corte permanente e outorga legitimidade ativa para que indivíduos, organizações não governamentais e grupos de indivíduos possam ter acesso direto à Corte, ao revés do que ocorre com a CORTE IDH, cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op.cit.*, p. 1019. VERÇOSA, Fabiane. Direitos humanos na Europa: cenário dos sistemas convencional e comunitário de proteção pós-Carta de Nice. In: *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 383, anota que o Protocolo nº11 promoveu a fusão entre a Comissão e a Tribunal Europeu de Direitos Humanos, criando um órgão jurisdicional único, permanente e dotado de jurisdição obrigatória. (*op.cit.*, p. 383).

proteger diretamente o direito lesionado (salvo sob a forma de indenizações às vítimas), sendo restrita a *força cogente* da decisão às partes em litígio.⁵⁵⁴

Entretanto, na prática, conquanto não disponham de força *normativa* imediata *erga omnes*, as sentenças orientam a jurisprudência dos Tribunais nacionais, bem como a atuação dos poderes Executivo e Legislativo de cada país.⁵⁵⁵ Ademais, a existência de um órgão próprio para fiscalizar e velar pelo cumprimento das sentenças do TEDH, distinto do tribunal, como é o Comitê de Ministros do Conselho da Europa que, em última análise, pode até suspender, solicitar a retirada ou expulsar um país tido como violador dos direitos humanos do Conselho da Europa⁵⁵⁶, com graves repercussões geopolíticas e econômicas, contribui para o cumprimento voluntário de suas decisões. Por outro lado, apesar de o TEDH considerar que suas decisões não são limitáveis pela legislação interna de cada país, cabe ao Comitê de Ministros supervisionar a escolha e adoção das medidas que os Estados entenderem cabíveis para o cumprimento de seus julgados: assim, os julgados são de cumprimento obrigatório, ainda que se conceda aos Estados considerável margem de discricionariedade na forma de adimplemento das decisões, adotando as medidas que entenderem convenientes no âmbito do Direito interno, sob supervisão do Comitê de Ministros.⁵⁵⁷ GIL GIL anota, porém, que com a evolução recente de sua jurisprudência, o TEDH vem indicando de forma mais específica quais tipos de medidas

⁵⁵⁴ AMBOS, Kai, Proteção de Direitos Humanos e internacionalização do Direito Penal. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (Coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. 1ª Ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 191-208 (em especial p. 202-203). No mesmo sentido, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *op.cit.*, p. 1013.

⁵⁵⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *op.cit.*, p. 1016-1017, afirma que a execução das sentenças é responsabilidade exclusiva de cada Estado-parte, sob a supervisão do Comitê de Ministros, sob pena de expulsão do Estado recalcitrante do Conselho da Europa, dispondo de autoridade de *res interpretata* perante terceiros Estados signatários, na medida em que declara a interpretação do TEDH sobre direitos humanos previstos na Convenção, a qual deve ser observada pela legislação e jurisprudência nacionais, a fim de evitar futuras condenações do TEDH.

⁵⁵⁶ O Conselho da Europa é uma organização internacional regional (europeia), com sede em Estrasburgo, na França, fundada em 5 de maio de 1949 com o objetivo de defender os direitos humanos, o desenvolvimento democrático e a estabilidade político-social da Europa, formado atualmente por 47 países, incluídos os 28 membros da União Europeia - com a qual não se confunde, e os demais países europeus, à exceção da Bielorrússia, mas incluídos a Turquia, a Ucrânia e a Rússia, dentre outros. O TEDH é o órgão ao Conselho da Europa encarregado de aplicar e julgar as violações à Convenção Europeia de Direitos Humanos. O Conselho de Ministros do Conselho da Europa é constituído pelos ministros das relações exteriores de cada um dos 47 países integrantes. O art. 3º do Estatuto do Conselho da Europa afirma a necessidade de que todos os seus membros aceitem os princípios do Estado de Direito e permitam o pleno exercício dos direitos humanos por todas as pessoas em sua jurisdição, permitindo-se a suspensão ou expulsão do país que violar seriamente tais obrigações. O procedimento é regulado pelos artigos 8º e 9º do Estatuto do Conselho da Europa, tendo sido aplicada a penalidade de suspensão duas vezes: uma à Turquia, entre 1980 e 1984, em seguida a um golpe militar naquele país e até o restabelecimento democrático, e outra à Rússia, entre 2000 e 2001, em razão da intervenção praticada na Chechênia. A Grécia se retirou do Conselho em 1969, pouco antes da votação sobre sua suspensão, em seguida à instalação de uma ditadura militar no país em 1967, tendo sido readmitida em 1974, com a queda do regime autoritário. V. <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680306052> e http://www.cvce.eu/content/publication/2006/1/9/f9b31f98-f1a1-407c-97ad-7e92363117fd/publishable_en.pdf. Último acesso em 9 de dezembro de 2015.

⁵⁵⁷ GIL GIL, Alicia. Eficácia de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito penal y procesal penal en España. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (edits). Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer. Berlin/Bogotá: 2013, p. 281.

deveriam ser adotadas para que a execução dos julgados seja eficaz,⁵⁵⁸ bem como afirmando a obrigação dos Estados em remediar falhas estruturais que importem na violação de direitos humanos com respeito a pessoas que se encontrem em situação análoga à do demandante individual, ainda que deixando espaço de liberdade de conformação às autoridades nacionais.

Por sua vez, como os Estados nacionais estão obrigados a cumprir com os termos da Convenção, a jurisprudência nacional de diversos Estados concede importância substancial às sentenças do TEDH, que também servem de fundamento a decisões judiciais e a propostas de alterações legislativas. Assim, na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) considera que as sentenças do TEDH obrigam todos os órgãos estatais a se absterem de seguir violando a Convenção, desde que isto não acarrete uma violação à Constituição Federal, como anotam AMBOS e BÖHM.⁵⁵⁹ Assim, apesar de não disporem de eficácia *direta* para cassar sentenças nacionais ou invalidar leis, as sentenças do TEDH acabam sendo observadas pelas autoridades nacionais, muitas vezes deixando de aplicar a norma declarada incompatível com a Convenção pelo TEDH porém derivando esta consequência do próprio direito interno⁵⁶⁰, o qual passa a ser interpretado conforme a convenção e a jurisprudência do TEDH.⁵⁶¹

Em relação ao nosso tema, FELDENS anota que a reiterada jurisprudência do TEDH aponta que os Estados têm obrigações positivas, voltadas a garantir, perante ataques de particulares, o efetivo

⁵⁵⁸ GIL GIL, Alicia. Eficácia de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito penal y procesal penal en España. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (eds). Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer. Berlin/Bogotá: 2013, p.282.

⁵⁵⁹ AMBOS, Kai e BÖHM, Maria Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal Tímido y Tribunal Audaz? in : *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (eds). Berlin/Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011, p. 43-70 (em especial p.48-51). Narram, a guisa de exemplo, os autores o julgamento do caso *M. v. Alemanha*, nº 19.359/04, em 17 de dezembro de 2009, confirmado pela Grande Câmara em 5 de maio de 2010, declarando a violação do princípio da irretroatividade da lei penal previsto no artigo 7º da Convenção pela introdução do art. 66.b no Código Penal alemão permitindo a imposição de medida de segurança de forma ulterior à sentença penal condenatória (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*), inclusive quanto a indivíduos já julgados: O Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) considerou que não haveria aplicação retroativa da lei penal, porquanto entendeu que a medida de segurança não seria equiparável à *pena* propriamente dita. Entretanto, o TEDH declarou que a proibição de retroatividade da lei penal prevista na Convenção Europeia abrangia tanto a imposição de *penas* como de *medidas de segurança* e declarou que a Alemanha havia violado o art. 7º da Convenção, o que deu ensejo à alteração da disciplina legislativa nacional em 22 de dezembro de 2010. Os autores ainda mencionam o caso *Görgülü*, onde o Tribunal Constitucional Federal alemão teria determinado a interpretação constitucional de acordo com a Convenção sempre que esta implique uma maior proteção aos direitos fundamentais.

⁵⁶⁰ Como anota GIL GIL, Alicia. Eficácia de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito penal y procesal penal en España. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (eds). Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer. Berlin/Bogotá: 2013, p. 277-302, esp. p. 285-286.

⁵⁶¹ AMBOS, KAI. *Internationales Strafrecht*. 3. Auflage. Verlag C.H.Beck, Muenchen, 2011, p. 398, mencionando que a própria Constituição é interpretada à luz da CEDH: "*Um Diskrepanzen zwischen GG um EMRK zu vermeiden, praktiziert die Rspr. eine konventionskonforme Auslegung des GG und zieht die Rechtsprechung des EGMR als Auslegungshilfe heran*" (em tradução livre: para evitar discrepâncias entre a Constituição e a CEDH a jurisprudência (alemã) promove uma interpretação da Constituição conforme a Convenção Europeia, consultando a jurisprudência do TEDH como apoio interpretativo).

respeito aos direitos consagrados na Convenção⁵⁶². No mesmo sentido, AMBOS defende que o direito à vida previsto na Convenção Europeia se traduz não apenas em um direito de defesa em face do Estado, mas exige de cada país signatário a adoção de "medidas ativas" para proteger a vida dos indivíduos que se encontrarem em seus territórios, "inclusive através da criação de um arcabouço jurídico dissuasório de ataques à vida e da implementação de um aparato de Justiça e persecução penal para prevenção e punição" das violações às normas correspondentes.⁵⁶³ O TEDH considera vedada, pois, a omissão estatal na adoção de políticas públicas que visem a prevenir a ocorrência de violações a direitos humanos e garantir o direito à vida e à incolumidade pública, inclusive a falta de investigação e persecução penal de graves violações a direitos humanos, ainda que não determine providências internas concretas, como a reabertura de processos e invalidação de diplomas legais.⁵⁶⁴ Passamos a uma breve análise de casos paradigmáticos da jurisprudência do TEDH a respeito do tema⁵⁶⁵:

b) óbice legal à persecução penal: exigência de representação para persecução de estupro contra incapaz:

Em relação ao dever de tutela *e persecução penal* do Estado contra violações dos direitos humanos, o TEDH, em X. e Y. v. PAÍSES BAIXOS, em 26 de março de 1985, deliberou que a impossibilidade jurídica, no caso concreto, de persecução penal de um crime de estupro violava o dever estatal de proteção à liberdade sexual assegurado no art. 8º da Convenção. Tratava o caso de uma menor de dezesseis anos mentalmente enferma que fora estuprada no interior de uma instituição para crianças excepcionais pelo genro da diretora. Entretanto, o Estado holandês se recusou a promover a persecução penal e a julgar o fato porquanto a legislação processual do país atribuía à vítima, em caráter personalíssimo, a legitimidade para a propositura da ação penal, o que a vítima mentalmente enferma não poderia fazer por si. Assim, como a vítima não podia propor a demanda criminal por si, nem ser representada por seus familiares, nem o Estado tinha legitimidade para

⁵⁶² FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2a ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012., p. 117-118.

⁵⁶³ AMBOS, KAI. *Internationales Strafrecht*. 3. Auflage. Verlag C.H.Beck, Muenchen, 2011, p. 438-439. Texto original: "Art. 2 beinhaltet nicht nur ein Abwehrrecht, sondern verpflichtet die Mitgliedstaaten zugleich, aktive Maßnahmen zum Schutz des Lebens der Bürger, die sich in ihrem Hoheitsgebiet befinden, zu ergreifen, beispielsweise durch die Schaffung gesetzlicher Rahmenbedingungen zur Abschreckung von Angriffen auf das Leben oder die Bereitstellung eines Justiz- und Verwaltungsapparats zur Prävention und Bestrafung von entsprechend Verstößen gegen die entsprechenden Normen".

⁵⁶⁴ GIL GIL, Alicia. Eficácia de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito penal y procesal penal en España. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (edits). Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer. Berlin/Bogotá: 2013, p. 284-286. Em verdade, a autora assinala que há certo atrito entre a pretensão de alguns julgados do TEDH do estabelecimento de efeitos imediatos a suas sentenças e a jurisprudência de diversos países, que não aceitam tal eficácia direta, mas acabam por derivar os efeitos pretendidos do próprio direito interno.

⁵⁶⁵ O escopo da análise será centrado, pois, preferencialmente em casos elencados na coletânea Case Reports, selecionados pela própria Corte como os mais relevantes e indicativos de sua jurisprudência. De outro lado, não serão analisados acórdãos do TEDH alheios ao tema.

promovê-la, o TEDH considerou que a obstrução normativa à persecução penal do crime de estupro violava o dever de proteção do Estado à liberdade sexual da vítima⁵⁶⁶.

Aqui, pela relevância do bem jurídico tutelado (liberdade sexual), com direta conexão com a dignidade humana, e pela gravidade da ofensa dirigida contra este, entendeu o TEDH que apenas a resposta penal seria suficiente para sua proteção, tendo declarado a violação do direito à liberdade sexual pela falha do Estado holandês em viabilizar a persecução penal dos fatos. Nas palavras de BESTAGNO:

*Dopo aver ribadito che l'art. 8 CEDU può comportare degli obblighi positivi a carico degli Stati, la Corte considera la lacuna della legge olandese incompatibile con il rispetto dovuto alla vita privata (con specifico riferimento all'integrità personale, in particolare nella sfera sessuale) e in particolare con l'obbligo di garantire una tutela giuridica effettiva di tale diritto. È importante rimarcare che la sentenza rileva l'insufficienza dei rimedi di carattere civilistico cui la vittima sarebbe potuta ricorrere con fondate possibilità di successo. Alla base di questa affermazione si pone l'idea che l'importanza dei beni da proteggere può ridurre in misura decisiva il margine di apprezzamento statale nella scelta delle forme di tutela da apprestare.*⁵⁶⁷

Ademais de exigir uma adequada investigação e a possibilidade de persecução penal de violações de direitos humanos, o TEDH declarou a *incompatibilidade de certas causas de exclusão da ilicitude* com o dever de proteção, inclusive penal, contra graves violações de direitos humanos.

c) causa justificante excessivamente vaga: razoabilidade dos castigos.

Assim, no caso A. v. REINO UNIDO, julgado em 23 de setembro de 1998, no qual a criança A., de nove anos de idade, era reiterada e gravemente espancada por seu padrasto, o TEDH entendeu que a admissão de causa de exclusão da ilicitude da razoabilidade dos castigos (*reasonable chastisement*), com a amplitude adotada pela *common law* inglesa, violava o dever de proteção contra a tortura previsto nos arts. 1º e 3º da Convenção. Assim, o Reino Unido foi condenado ao pagamento de uma multa em favor da vítima e, posteriormente, deliberou pela modificação do direito nacional, reconhecendo a insuficiência da proteção penal contra a tortura e maus tratos de menores, em

⁵⁶⁶ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso X e Y v. PAÍSES BAIXOS (8.978/80). Julgamento em 26.03.1985. A91. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57603>. Último acesso em 8 de dezembro de 2015; MOWBRAY, Alastair. *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Hart publishing. Oxford/Portland:2004, p. 127-129; FELDENS, *op.cit.* p. 118-119; Trata-se, aliás, de hipótese com semelhanças àquela tratada na ADI 4.301, proposta pelo Procurador-Geral da República, na qual se pede a declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, para excluir do âmbito do art. 225 do Código Penal, na redação dada pela Lei 12.015, interpretações que exijam representação do ofendido em caso de estupro qualificado por lesões graves ou morte, por violação ao princípio da vedação da proteção deficiente. Até a presente data, feito está pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

⁵⁶⁷ BESTAGNO, FRANCESCO. *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*. Vita e pensiero. Milano, 2003, p. 37. Em tradução livre: "Depois de ter confirmado que o art. 8º da CEDH pode comportar obrigações positivas a cargo dos Estados, o TEDH considerou a lacuna da lei holandesa incompatível com a exigência de respeito à vida privada (com específica referência à integridade pessoal, em particular na esfera sexual) e em particular com a obrigação de garantir uma tutela jurídica efetiva de tal direito. É importante ressaltar que a sentença assinala a insuficiência dos remédios de caráter civil aos quais a vítima poderia ter recorrido com chances válidas de sucesso. À base desta afirmação se coloca a ideia de que a importância dos bens a proteger pode reduzir em medida decisiva a margem de discricionariedade estatal na escolha das formas de tutela a serem prestadas".

observância à decisão.⁵⁶⁸ Considerou-se que as crianças e adolescentes, por sua particular vulnerabilidade a várias formas de violência, têm direito a proteção estatal efetivamente dissuasória contra graves violações à sua integridade física e psíquica.

d) Proteção do direito à vida e investigação eficiente de execuções extrajudiciais.

O TEDH também estabeleceu um dever de adequada e eficiente investigação e persecução penal nas hipóteses de execuções extrajudiciais. No caso *OSMAN v. REINO UNIDO*, apesar de rejeitar o pedido do autor, o TEDH estabeleceu o *standard* de que cada Estado, tendo ciência de situação de risco imediato à vida de indivíduo sob sua jurisdição tem o dever de tomar todas as medidas razoavelmente esperadas para prevenir a agressão, sob pena de violação do direito fundamental à vida assegurado no art. 2º da CEDH.⁵⁶⁹

BESTAGNO afirma que com a adesão da Turquia à jurisdição obrigatória do TEDH em 1990, o Tribunal começou a receber significativo número de processos relativos a casos de tortura e de violações ao direito à vida, especialmente com relação a operações de forças militares e policiais do país no sudeste do país, área habitada majoritariamente pela etnia curda, em relação a qual *as autoridades judiciárias turcas não intervinham adequadamente*.⁵⁷⁰ Assim, no julgamento do caso *MAHMUT KAYA v. TURQUIA*, o TEDH declarou pela primeira vez violado este padrão mínimo de proteção, pelo Estado turco, num caso em que um médico foi morto por paramilitares que agiam para combater o movimento guerrilheiro curdo (do PKK), considerando que o Estado não garantia a segurança dos cidadãos no sudeste do país, onde havia um quadro de graves deficiências e obstrução de investigações e veementes indicações de ligações entre agentes públicos e esquadrões da morte, em

⁵⁶⁸ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso *A. v. REINO UNIDO* (25.599/94). Julgamento em 23.09.1998. ECHR, 1998-VI. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58232>. Último acesso em 8 de dezembro de 2015. V. tb. FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2a ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012., p. 120-121; MOWBRAY, Alastair, *op.cit.*, p. 43-44; Como MOWBRAY relata, na hipótese, quando A. tinha seis anos, seu padrasto já havia sido advertido pela polícia por agredilo com um bambu e, três anos depois, exames médicos revelaram graves lesões em suas pernas e nádegas, compatíveis com espancamento com uma vara ou bambu. O padrasto foi absolvido porque o júri considerou que a acusação não havia se desincumbido de provar, acima de qualquer dúvida razoável, que a conduta do padrasto não constituísse um castigo razoável (*reasonable chastisement*) ao enteado. Considerando que a excessiva discricionariedade que decorria do teor indeterminado desta causa de exclusão de ilicitude obstruía a punição das torturas e maus tratos praticados, o TEDH considerou a excludente de ilicitude da *reasonable chastisement* incompatível com a proibição de tortura e o dever de proteção estatal aos direitos previstos na Convenção.

⁵⁶⁹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso *OSMAN v. REINO UNIDO* (23.452/94). Julgamento em 28.10.1998. ECHR, 1998-VIII. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58257>. Último acesso em 8 de dezembro de 2015; MOWBRAY, Alastair. *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Hart publishing. Oxford/Portland:2004, p. 15-17.

⁵⁷⁰ BESTAGNO, FRANCESCO. *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*. Vita e pensiero. Milano, 2003, p. 77 a 79. Ainda que não considere tal fato como *causa única* da evolução jurisprudencial do TEDH no sentido das obrigações *procedimentais* de adequada investigação destes fatos, o autor consigna que após a chegada dos *casos curdos* ao TEDH, a jurisprudência da Corte evoluiu rapidamente neste sentido.

um contexto de impunidade⁵⁷¹ Também com relação à questão curda na Turquia, o TEDH passou a se deparar com casos de desaparecimentos forçados, tendo reconhecido inicialmente uma violação à liberdade física no caso KURT v. TURQUIA⁵⁷², posteriormente a Corte passou a reconhecer uma violação do direito à vida, reafirmando a necessidade de plena e adequada investigação dos fatos e considerando que a omissão das autoridades posteriormente ao desaparecimento constituía nova violação da Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁵⁷³ Por outro lado, o reconhecimento pelo TEDH da existência de deveres *procedimentais* de atuação estatal para investigação e persecução penal de graves violações de direitos humanos pôs em questão a antiga jurisprudência da Corte que se limitava a *declarar* uma violação e *arbitrar uma reparação pecuniária*: a sistemática, adequada para ilícitos comissivos, em regra já ocorridos quando do julgamento, passa a ser paulatinamente modificada, na medida em que o reconhecimento de violações de direitos humanos decorrentes da conduta omissiva dos Estados impõe a cessação da omissão ilícita, o que acaba por comprimir a margem de escolha concedida aos Estados para a execução da sentença.⁵⁷⁴

e) da vedação de anistia e graça e da imprescritibilidade da tortura e execuções extrajudiciais:

No julgamento do caso ABDÜLSAMET YAMAN v. TURQUIA, em 02.11.2004, o TEDH, aproximando-se da jurisprudência da CORTE IDH, reconheceu que os deveres estatais de tutela penal em face de graves violações de direitos humanos como a tortura, eram incompatíveis com a concessão de anistia ou graça, bem como com a incidência da prescrição. A vítima narrou que fora sequestrado, vendado e levado a uma unidade policial onde foi despido, mergulhado em água gelada, espancado e deixado pendurado pelos braços, recebendo choques elétricos em seus genitais enquanto era indagado acerca de sua alegada participação na organização curda ilícita PKK, por cerca de nove dias. Apesar de constatadas lesões em exame médico, não foi realizada investigação adequada acerca dos fatos, apenas

⁵⁷¹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso MAHMUT KAYA v. TURQUIA (22.535/93). Julgamento em 28.03.2000. ECHR, 2000, III. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58523>. Último acesso em 8 de dezembro de 2015. MOWBRAY, Alastair. *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Hart publishing. Oxford/Portland:2004, p. 17-19

⁵⁷² TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso KURT v. TURQUIA. Julgamento em 25.05.1998. Recueil 1998, III. V. BESTAGNO, FRANCESCO. *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*. Vita e pensiero. Milano, 2003, 127-129.

⁵⁷³ BESTAGNO, FRANCESCO. *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*. Vita e pensiero. Milano, 2003, p. 129-131.

⁵⁷⁴ BESTAGNO, FRANCESCO. *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*. Vita e pensiero. Milano, 2003, p. 188-195. Assinala o autor: "(...) nell'ipotesi in esame la violazione procedurale (in corso de esecuzione) implica innanzitutto, indipendentemente da un'ingiunzione ad hoc, il dovere a carico dello Stato inadempiente di provvedere alla cessazione dell'illecito attraverso l'adozione di un comportamento conforme alla norma primaria violata." para concluir "L'esatto adempimento dell'obbligo positivo non rispettato richiede quindi che siano poste in essere misure procedurali, conformi ai parametri rispetto ai quali le indagini effettuate in precedenza sono invece risultate lacunose" (p. 193,194). Em trad. livre "(...) na hipótese em exame a violação procedimental (em curso de execução) implica sobretudo, sem prejuízo de uma injunção ad hoc, o dever a cargo do Estado inadimplente de prover a cessação do ilícito, através da adoção de um comportamento conforme à norma primária violada. O exato adimplemento da obrigação positiva descumprida exige, assim, que sejam postas em execução medidas procedimentais de conformidade com os parâmetros em relação aos quais as investigações haviam resultado lacunosas."

tendo se iniciado após a comunicação dos fatos ao Sistema Europeu de Direitos Humanos, tendo sido arquivado o procedimento nove anos depois. O TEDH concluiu pela violação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, asseverando que notícias de tortura exigem pronta investigação de forma a manter a confiança pública na validade do Estado de Direito e prevenir a aparência de colusão ou tolerância com tais fatos (o que poderia incentivar a prática de novas torturas). Assim, salientou que é *da maior importância para que se tenha um remédio efetivo* assegurando o direito à integridade física violado, *que procedimentos e sentenças criminais não sejam passíveis de prescrição e que não seja permissível a concessão de anistia ou graça,*⁵⁷⁵ declarando a violação da CEDH pela Turquia, tanto pelo aspecto material da tortura como pelas falhas nas investigações.

Esta jurisprudência vem sendo mantida nas decisões mais recentes, como em MOCANU E OUTROS v. ROMÊNIA, julgado pela Grande Câmara do TEDH em 17.09.2014, relativo a violações ao direito à vida e à proibição da tortura decorrentes da repressão violenta por autoridades romenas a manifestações de oposição ocorridas em junho de 1990, com a prisão de centenas de pessoas e diversas mortes. No julgamento, ainda que os atos de repressão tivessem ocorrido anteriormente à data da ratificação do CEDH pela Romênia em 20.06.1994, o Tribunal reconheceu sua competência para julgar eventual violação a *obrigações procedimentais* de investigação e persecução de violações a direitos humanos ocorridas posteriormente a tal data, mormente porque a maior parte dos atos investigatórios ocorreu após a ratificação.⁵⁷⁶ O TEDH afirmou que a proibição de execuções arbitrárias ou de tortura por agentes estatais seria inefetiva se não houvesse um procedimento para avaliação do uso da força letal pelo Estado, exigindo a Convenção a realização de uma investigação oficial adequada sempre que houver mortes em decorrência do uso da força estatal, ou *alegações críveis* de maus tratos ou tortura por parte de policiais e autoridades, ainda que em um contexto de conflito armado e de violência generalizada,⁵⁷⁷ levada a cabo por instituições com independência hierárquica, institucional e prática,⁵⁷⁸ agindo de ofício e de forma apta a levar à identificação e punição dos responsáveis. Ainda que se trate de obrigação de meio, e não de resultado, é preciso haver celeridade na investigação estatal

⁵⁷⁵ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso ABDULSAMET YAMAN v. TURQUIA (32.446/96). Sentença de mérito e reparações de 02.11.2004, Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67228>. Último acesso em 9 de dezembro de 2015.

⁵⁷⁶ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Grand Chamber. Caso MOCANU E OUTROS v. ROMÊNIA (10.865/09, 45.886/07 e 32.431/08). Sentença de 17.09.2014. RJD 2014. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146540>. Último acesso em 9 de dezembro de 2015, parágrafos 205 a 211.

⁵⁷⁷ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Grand Chamber. Caso MOCANU E OUTROS v. ROMÊNIA (10.865/09, 45.886/07 e 32.431/08). Sentença de 17.09.2014. RJD 2014. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146540>. Último acesso em 9 de dezembro de 2015, parágrafos 316 a 319.

⁵⁷⁸ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Grand Chamber. Caso MOCANU E OUTROS v. ROMÊNIA (10.865/09, 45.886/07 e 32.431/08). Sentença de 17.09.2014. RJD 2014. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146540>. Último acesso em 9 de dezembro de 2015, parágrafo 320: "*Generally speaking, for an investigation to be effective, the persons responsible for carrying it out must be independent from those targeted by it. This means not only a lack of hierarchical or institutional connection but also a practical independence (...)*".

dos excessos no uso estatal da força, ampla participação da vítima e seus familiares, tendo a *Grand Chamber* do TEDH expressamente reafirmado a jurisprudência do TEDH de que os procedimentos e investigações criminais relativos a estes fatos não devem ser arquivados com base em disposições legais de prescrição, anistias e perdão (graça/indulto), sob pena de violação da CEDH.⁵⁷⁹

Assim, a Corte considerou que de 1997 a 2008 a investigação estava sob a responsabilidade de autoridades militares, com relação de subordinação hierárquica, sendo desprovidos da independência necessária e que a investigação, que perdurou por vinte e três anos, dezenove dos quais após a ratificação da Convenção pela Romênia, tendo sido encerrada em sua maior parte em 2011, não atendeu aos parâmetros de eficiência exigidos pela CEDH para tutela do direito à vida e à integridade física contra execuções arbitrárias e torturas, declarando a violação da CEDH e condenando o Estado ao pagamento de reparação pecuniária às vítimas.⁵⁸⁰ De outro lado, a incompatibilidade da incidência da prescrição, graça, anistia com a Convenção se limitaria à tortura e a ataques dolosos contra a vida, não decorrendo tais efeitos - nem se impondo a utilização obrigatória da via penal - quando se tratar de morte não-intencional, como aquela decorrente de homicídio culposo por erro médico.⁵⁸¹

f) excesso no uso policial da força e causa de justificação do estrito cumprimento do dever legal:

⁵⁷⁹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Grand Chamber. Caso MOCANU E OUTROS v. ROMÊNIA (10.865/09, 45.886/07 e 32.431/08). Sentença de 17.09.2014. RJD 2014. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146540>. Último acesso em 9 de dezembro de 2015, parágrafos 323-326 e 346: "*The Court has also held that in cases concerning torture or ill-treatment inflicted by State agents, criminal proceedings ought not to be discontinued on account of a limitation period, and also that amnesties and pardons should not be tolerated in such cases (see Abdulsamet Yaman v. Turkey, no. 32446/96, § 55, 2 November 2004; Yeter v. Turkey, no. 33750/03, § 70, 13 January 2009;)* (...)". A imprescritibilidade dos fatos relacionados à tortura e maus tratos infligidos por agentes estatais foi reconhecida pela Corte de forma ampla, ainda que o voto-vista do juiz Pinto de Albuquerque, ao qual aderiu o juiz Vucinic, a restringisse aos atos que pudessem ser classificados como *crimes contra a humanidade*, tendo eles reconhecido tal classificação ao caso, ante a presença dos elementos de ataques generalizados e sistemáticos contra uma população civil.

⁵⁸⁰ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Grand Chamber. Caso MOCANU E OUTROS v. ROMÊNIA (10.865/09, 45.886/07 e 32.431/08). Sentença de 17.09.2014. RJD 2014. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146540>. Último acesso em 9 de dezembro de 2015, parágrafos 335 a 348.

⁵⁸¹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Grande Câmara. CALVELLI v. ITALIA, 32.967/96 (Julgamento em 17.01.2002). Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60329>. Acesso em 20 de fevereiro de 2016. Neste julgamento, o TEDH negou que as obrigações positivas dos Estados em proteger o direito à vida impedissem a incidência da prescrição na hipótese de homicídio culposo decorrente de erro médico. O TEDH salientou, ainda, o papel do Direito Penal como *ultima ratio*, afirmando que a exigência convencional de utilização da via penal para a tutela do direito à vida se limitava aos homicídios dolosos, e que em relação àqueles culposos era possível o uso de sanções civis, disciplinares e administrativas, cumuladas ou não com a via penal. "(...) *However, if the infringement of the right to life or to personal integrity is not caused intentionally, the positive obligation imposed by Article 2 to set up an effective judicial system does not necessarily require the provision of a criminal-law remedy in every case. In the specific sphere of medical negligence the obligation may for instance also be satisfied if the legal system affords victims a remedy in the civil courts, either alone or in conjunction with a remedy in the criminal courts, enabling any liability of the doctors concerned to be established and any appropriate civil redress, such as an order for damages and for the publication of the decision, to be obtained. Disciplinary measures may also be envisaged.*"

Por outro lado, com relação à restrição do uso da força por autoridades, o TEDH apresenta padrões restritos: em MAKARATZIS v. GRÉCIA⁵⁸² considerou que a resposta policial na perseguição de um motorista que havia desrespeitado um sinal de trânsito e, posteriormente, rompido quatro barreiras policiais para contê-lo, foi considerada excessiva: o veículo fora alvejado por rajadas de submetralhadoras, pistolas e revólveres, *em um total de ao menos dezesseis projéteis* disparados contra o veículo, alguns com trajetória ascendente, contraditória com a versão de que o alvo eram os pneus. Considerou-se que a polícia fora surpreendida com a atitude ilícita do motorista, não tendo tempo de preparar a melhor resposta possível, e que havia razão para se supor um perigo, o que justificava o uso de armas letais. Entretanto, concluíram os juízes que a ação policial foi *caótica*, tendo disparado dezenas de vezes, e que tampouco houve apuração séria (não se tendo logrado apurar sequer quais policiais participaram do evento), atribuindo tais fatos à falta de treinamento policial e de regras claras de conduta, bem como da excessiva discricionariedade outorgada pela lei grega às autoridades na avaliação do uso da força letal.

Ainda no tema de violência policial, mas com relação à impunidade normativa, o TEDH declarou a amplitude da descriminante do estrito cumprimento do dever legal búlgara incompatível com o dever estatal de proteção à vida, no caso NACHOVA v. BULGARIA, em 6 de julho de 2005, tendo o TEDH condenado o Estado por aplicar uma *causa de justificação excessivamente ampla* no que tange ao *uso legítimo de armas por policiais*. Na hipótese, estes buscavam prender dois desertores das Forças Armadas que, desarmados, fugiam ignorando supostas ordens de que parassem. Os agentes fizeram uso de fuzis automáticos (apesar de também disporem de pistolas), no modo de rajadas automáticas, e causaram a morte dos fugitivos, o que seria permitido pela lei local ante a falta de limitação legal para o uso de armas contra fugitivos desarmados. A investigação foi considerada deficiente e tendenciosa, inclusive por não ter apurado indícios de suposta motivação racista do fato⁵⁸³. Aqui, a tanto a deficiência na investigação do fato como a amplitude da causa justificante do cumprimento do dever legal reconhecida aos agentes responsáveis pela operação foi considerada incompatível com o dever de proteção à vida estabelecido nos artigos 1º e 2º da Convenção.

Assim, causas justificantes vagas ou excessivamente amplas a ponto de permitir, por exemplo, tortura ou maus tratos de menores a título de exercício do poder educacional, curatelar ou familiar, ou o uso de armas de fogo por agentes públicos contra civis desarmados em fuga para evitar sua evasão, por consequência, foram consideradas incompatíveis e violadoras do Direito Internacional dos Direitos

⁵⁸² TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso MAKARATZIS v. GRÉCIA (50.385/99). Julgamento em 20.12.2004. ECHR, 2004-XI. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67820>. Último acesso em 9 de dezembro de 2015.

⁵⁸³ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso NACHOVA v. BULGARIA. (43577/98 e 43579/98). Julgamento em 06.07.2005. ECHR, 2005-VII. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69630>. Último acesso em 9 de dezembro de 2015. V.tb. ASHWORTH, Andrew. *Positive obligations in criminal law*. . Hart publishing. Oxford/Portland:2004, p. 204.

Humanos. A interpretação dada pelo TEDH não difere daquela da Corte IDH, de caráter expressamente vinculante para o Brasil, nem dos princípios trazidos pela CRFB/88, servindo a aplicação dos mandados implícitos de criminalização como óbice para afastar interpretações que permitissem tais condutas.

g) da necessidade de sanção proporcional: vedação de proteção deficiente.

Ademais de considerar a amplitude de causas justificantes e a existência de obstáculos à persecução penal de violações a direitos humanos incompatíveis com os direitos das vítimas assegurados pela Convenção europeia, o TEDH também considera necessária a cominação e, sobretudo, imposição, de sanção suficientemente proporcional aos responsáveis: assim, viola o DIDH a aplicação de sanção incompatível com a seriedade e gravidade dos fatos, acarretando responsabilidade internacional do Estado por proteção deficiente dos direitos humanos.

Em relação à *falta de proporcional tipificação e adequada investigação e persecução penal de graves lesões aos direitos humanos*, o TEDH, em 26 de julho de 2005, no caso SILIADIN v. FRANÇA declarou o descumprimento do dever de proteção estatal de proteção contra a prática de trabalhos forçados, afirmando a necessidade de *criminalização e efetiva persecução penal* relativa ao crime de redução à condição análoga à de escravo a que fora submetida uma menor imigrante togolesa por anos. A menor foi impedida de estudar, teve sonogados seus documentos, era ameaçada para não sair do apartamento de seus patrões, onde era submetida a jornada de trabalhos forçados de quinze horas diárias, sem qualquer remuneração. O TEDH considerou que a adolescente fora submetida à servidão forçada, tendo por manifestamente insuficiente a aplicação da sanção privativa de liberdade por doze meses, sete dos quais foram suspensos, e de multa, a seus ofensores, pelo crime de *exploração de trabalho alheio*.⁵⁸⁴ Como consequência, condenou o Estado francês a indenizar a vítima, ante a omissão em impedir a ocorrência de violações de direitos humanos de vítimas vulneráveis,⁵⁸⁵ inclusive através de disposições penais, e respectiva persecução de atos de servidão forçada, declarando violada a CEDH pelas falhas na tipificação, persecução e punição proporcional dos fatos.

Em OKKALI v. TURQUIA, julgado em 17.10.2006, reiterando a impossibilidade de prescrição, anistia ou perdão a atos de tortura, o TEDH considerou que a aplicação a policiais da pena mínima de dez meses de prisão, e de dois meses e meio de suspensão do serviço, seguidas de

⁵⁸⁴ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. 2a Seção. Caso SILIADIN v. FRANÇA (73.316/01). Julgamento em 26.07.2005. ECHR, RJD 2005-VII. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69891>. Último acesso em 9 de dezembro de 2015, parágrafos 114 a 128 e 132 a 135. O TEDH fez menção, ainda aos precedentes firmados nos casos X e Y v. PAÍSES BAIXOS e A. v. REINO UNIDO, supracitados, no parágrafo 144, para concluir pela indispensabilidade da criminalização, investigação e persecução penal dos atos de submissão à condição análoga à de escravo praticados.

⁵⁸⁵ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. 2a Seção. Caso SILIADIN v. FRANÇA (73.316/01). Julgamento em 26.07.2005. ECHR, RJD 2005-VII. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69891>. Último acesso em 9 de dezembro de 2015, parágrafo 81.

suspensão condicional (*sursis*) das sentenças, equivalia a estas medidas e assegurava a impunidade de fato do espancamento de adolescente de doze anos por dois policiais que investigavam furto a ele atribuído. Assim, considerou-se violada a proibição da tortura assegurada pela CEDH diante da tutela *não suficientemente dissuasória* de atos ilegais análogos àqueles praticados contra a vítima.⁵⁸⁶

Em NIKOLOVA e VELICHOVA v. BULGARIA, julgado em 20.12.2007, o TEDH afirmou que a mera reparação civil de danos não concedida proteção estatal suficiente do direito à vida e à integridade física, sendo necessária a persecução e punição dos agentes responsáveis pela tortura e homicídio de idoso espancado até a morte pela polícia búlgara, sob pena de se permitir a reiteração de abusos a estes direitos com virtual impunidade, tornando inefetiva a proibição de execuções, torturas e maus tratos por agentes públicos. Assim, considerou a condenação dos policiais à pena mínima de três anos de prisão, imediatamente objeto de suspensão (*sursis*) após o longo decurso de sete anos após a prática dos fatos, não era compatível com a proteção mínima contra a tortura e o homicídio exigida pela CEDH, salientando que, somada à falta de demissão administrativa dos agentes condenados, incentivava um senso de impunidade entre policiais e sua esperança de que condutas ilícitas futuras seriam encobertas.⁵⁸⁷

Julgamento análogo e de grande repercussão foi o do Caso GÄFGEN v ALEMANHA. Tratava-se de hipótese em que Gäfgen, o reclamante passou-se por sequestrador de uma criança, que em verdade já havia matado: depois de receber o resgate solicitado, acabou sendo localizado e preso pela polícia alemã, alegando que o garoto era mantido refém de dois comparsas. O chefe de polícia de Frankfurt, Sr. Daschner, determinou que Gäfgen fossem ameaçado de tortura e, em sendo necessário, torturado, para que revelasse a localização do menor. Os policiais teriam ameaçado submeter o sequestrador a abusos sexuais por parte de terceiros e o teriam sacudido vigorosamente e batido em seu tórax, e Gäfgen revelou o paradeiro do corpo do menor.⁵⁸⁸ Daschner alegou que agiu para salvar a vida do menor, que acreditava estar em risco iminente. A Justiça alemã rejeitou a alegação dos policiais de que agiram sob o manto de causa justificante, por considerar que a dignidade humana era absoluta, não permitindo ponderações, e condenou o agente policial e seu superior às penas de multa de 60 e 90 dias-multa, equivalendo a 3.600 e 10.800 euros, que porém foram objeto de *sursis* pelo período de prova de cinco anos, findo o qual seriam extintas as sanções pecuniárias, caso os policiais não

⁵⁸⁶ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. 2a Seção. Caso OKKALI v. TURQUIA (52.067/99). Julgamento em 17.10.2006. parágrafos 39 e 76-78). RJD 2006-XII. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77522>. Último acesso em 10 de dezembro de 2015.

⁵⁸⁷ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS.. NIKOLOVA e VELICHOVA v. BULGARIA (7.888/03), 1a Seção. Julgamento de 20.12.2007. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84112>, parágrafos 55 e 63.

⁵⁸⁸ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. GÄFGEN v. ALEMANHA (22.978/05). Grand Chamber, julgamento em 03.06.2010. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99015>. Último acesso em 10 dezembro de 2015, parágrafos 10 a 18.

praticassem novos delitos.⁵⁸⁹ O TEDH considerou a proibição de tortura e maus tratos válida mesmo em situações emergenciais e excepcionais, abrangendo as ameaças de tais atos, se suficientemente reais e realizáveis⁵⁹⁰, e considerou que a imposição de pena exclusivamente pecuniária, de baixo valor, e seguida de suspensão condicional, é manifestamente desproporcional à violação de um dos direitos fundamentais da Convenção e não tem eficácia para inibir novas violações à proibição de maus tratos em futuras situações análogas.⁵⁹¹

Esta jurisprudência foi recentemente reafirmada, ainda, no caso SABA v. ITALIA⁵⁹², julgado em 1º de julho de 2014, no qual se discutia maus tratos sofridos por detentos por parte de agentes penitenciários em uma prisão italiana, em Sassari. Considerou-se haver violação à proibição de maus tratos, tanto pelos fatos em si (violação material à proibição de tortura), como pelas deficiências de persecução, ocorrência de prescrição e previsão de sanções penais e administrativas manifestamente desproporcionais com a gravidade dos fatos (violação procedimental ao dever de eficiente investigação e persecução da tortura e de proporcional punição dos culpados). Na hipótese, houve prescrição do fato para alguns imputados - considerada por si só incompatível com a CEDH, e, em relação aos condenados, imposição de multas de 100 euros e suspensão condicional de penas privativas de liberdade de quatro meses a um ano e oito meses⁵⁹³.

⁵⁸⁹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. GÄFGEN v. ALEMANHA (22.978/05). Grand Chamber, julgamento em 03.06.2010. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99015>. Último acesso em 10 dezembro de 2015, parágrafos 48 a 50.

⁵⁹⁰ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. GÄFGEN v. ALEMANHA (22.978/05). Grand Chamber, julgamento em 03.06.2010. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99015>. Último acesso em 10 dezembro de 2015, parágrafos 87 a 91.

⁵⁹¹ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. GÄFGEN v. ALEMANHA (22.978/05). Grand Chamber, julgamento em 03.06.2010. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99015>. Último acesso em 10 dezembro de 2015, parágrafo 124. O caso foi objeto de intensa discussão doutrinária, relacionando-o ao dilema da (in)admissão da tortura de terroristas para obter informações que evitassem a explosão de uma bomba-relógio já armada. Para ampla indicação de literatura acerca da discussão da questão, vide GRECO, Luís. *As regras por trás da exceção - reflexões sobre a tortura nos chamados `casos de bomba-relógio`*. Revista Jurídica. Curitiba. n. 23, Temática n. 7, p. 229-264, 2009-2, especialmente a p. 252-253; VIGANÒ, Francesco. *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*. In *Studi in onore di Mario Romano. IV*. Jovene Editore. Napoli, 2011, salientando a posição do TEDH de que a imposição de mero ressarcimento ou prestação pecuniária à vítima e até mesmo a suspensão condicional da pena equivaleriam à imprópria tolerância ou conluio do Estado com os abusos e não dispõem da eficácia inibitória de futuros abusos, p. 2.675-2.677; ROXIN, Claus: *Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?* in *Menschengerechtes Strafrecht - Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*. Hrsg. Arnold Jörg et al. Verlag C.H. Beck. München: 2005, p. 461-472, sustentando não ser possível a exclusão da culpabilidade dos agentes, mas reconhecendo a existência de diversas circunstâncias atenuantes na conduta dos policiais, pressionados pelo confronto da vida com a dignidade humana; DIAS, Augusto Silva. *Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o gênio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror*. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre, n. 71, jan. 2012-abri.2012. p. 235-276.

⁵⁹² TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. 2ª Seção. Caso SABA v. ITALIA (36.629/10). Julgado em 1º de julho de 2014. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145222>. Último acesso em 9 de dezembro de 2015.

⁵⁹³ Para análise de recentes condenações da Itália por falta de investigação e sanção desproporcional (insuficiente) a maus tratos contra cidadão detido, vide ZIRULIA, Stefano. *Da Strasburgo due nuove condanne all'Italia per l'impunità delle forze dell'ordine: Riflessioni a margine delle sent. 24 giugno 2014, Alberti c. Italia e 1 luglio 2014, Saba c. Italia (in attesa della sentenza sui fatti del G8 di Genova 2001)*. Diritto penale contemporaneo. Disponível em http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/4/-/-/-/3205da_strasburgo_due_nuove_condanne_all_italia_per_l_impunita_delle_forze_dell_ordine/. Acesso em 5 de novembro de 2014, fazendo menção aos casos ALBERTI v. ITALIA, julgado em 24 de junho de 2014 (relativo à

O TEDH concluiu que a investigação não seguiu os padrões de eficiência, celeridade e busca da verdade real dos fatos e as sanções impostas àqueles considerados culpados não foram "suficientes para preservar o efeito dissuasório do sistema judiciário" para coibir a prática de maus tratos de detentos. Ressalvando que não cabe à Corte se pronunciar sobre o grau de culpabilidade dos condenados ou determinar a pena a ser imposta, matérias reservadas às cortes nacionais, o julgado afirma que a Convenção garante direitos concretos e efetivos, e não teóricos ou ilusórios, devendo a Corte se assegurar que o Estado se desincumba de sua obrigação de proteger os direitos das pessoas sob sua jurisdição, intervindo o TEDH apenas onde houver uma "*desproporção manifesta*" entre a gravidade do ato e a sanção imposta, sob pena de descaracterizar o dever estatal de condução de uma investigação efetiva.

h) impossibilidade de caráter absoluto à retratação da vítima de violência doméstica:

Em decisão citada pelo Supremo Tribunal Federal quando da análise da interpretação e constitucionalidade da Lei Maria da Penha, no caso OPUZ v. TURQUIA o TEDH reconheceu que a possibilidade de impedimento à persecução penal de atos de violência doméstica em decorrência da

falta de investigação de alegação de violência arbitrária contra cidadão detido) e SABA v. ITALIA, julgado em 1º de julho de 2014, (sanção penal insuficiente). Neste último caso, um agente penitenciário foi condenado a uma multa de cem euros por deixar de denunciar a tortura sofrida por detento, enquanto outras oito pessoas condenadas a penas privativas de liberdade de 4 meses a 1 ano e 8 meses de duração foram beneficiadas com a suspensão condicional (*sursis*) da execução da pena. O TEDH, ressalvando que não lhe cabia determinar o grau de culpabilidade dos réus ou determinar a pena a ser imposta, afirmou que para que as garantias convencionais não sejam ilusórias ou meramente teóricas, deve controlar a conduta das Cortes nacionais e intervir *nos casos onde exista uma desproporção manifesta entre a gravidade do ato e a sanção aplicada*, considerando manifestamente insuficientes as sanções aplicadas no caso. TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. 2a Seção Caso SABA v. ITÁLIA. (36.629/10). Julgamento em 01.07.2014, parágrafos 77 a 82. Disponível em [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-145222"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Último acesso em 9 de dezembro de 2015. O TEDH afirma:

"77. La Cour rappelle à ce propos **qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur le degré de culpabilité** des personnes en cause (*Öneryıldız c. Turquie* [GC], no 48939/99, § 116, CEDH 2004-XII), **ou de déterminer la peine** à infliger, ces matières relevant de la compétence exclusive des tribunaux répressifs internes. **Toutefois**, en vertu de l'article 19 de la Convention et conformément au principe voulant que **la Convention garantisse des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs**, la Cour doit s'assurer que l'État s'acquitte comme il se doit de l'obligation qui lui est faite de protéger les droits des personnes relevant de sa juridiction (*Nikolova et Velitchkova*, précité, § 61). Dès lors, si la Cour reconnaît le rôle des cours et tribunaux nationaux dans le choix des sanctions à infliger à des agents de l'État en cas de mauvais traitements infligés par eux, **elle doit conserver sa fonction de contrôle et intervenir dans les cas où il existe une disproportion manifeste entre la gravité de l'acte et la sanction infligée**. Sinon, le devoir qu'ont les États de mener une enquête effective perdrait beaucoup de son sens (*Nikolova et Velitchkova*, précité, § 62 ; *Ali et Ayşe Duran*, précité, § 66 ; et *Gäfgen*, précité, § 123)". Grifo nosso. Em tradução livre: "A Corte recorda que **não lhe cabe pronunciar-se sobre o grau de culpabilidade** das pessoas em causa (*Öneryıldız v. Turquia* [GC], no 48939/99, § 116, CEDH 2004, XII), **nem determinar a pena a ser imposta**, matérias que dizem respeito à competência exclusiva dos tribunais penais internos. **Todavia**, em virtude do art. 19 da CEDH e em conformidade com o princípio de que a **Convenção garante direitos concretos e efetivos, e não meramente teóricos ou ilusórios**, o TEDH deve se certificar de que o Estado se desincumba satisfatoriamente sua obrigação de proteger os direitos das pessoas em sua jurisdição (*Nikolova et Velitchkova*, supramencionado, § 61). Por conseguinte, se a Corte reconhece o papel dos tribunais nacionais na escolha das sanções a serem impostas aos agentes estatais em caso de maus tratos praticados por eles, de outro lado **ela deve conservar sua função de controle e intervir sempre que exista uma desproporção manifesta entre a gravidade do ato e a sanção aplicada**. Caso contrário, o dever que os Estados possuem de promover uma investigação e persecução efetiva perderia muito de seu significado (*Nikolova et Velitchkova*, supra, § 62 ; *Ali et Ayşe Duran*, supra § 66 ; et *Gäfgen*, supra, § 123)".

vontade exclusiva da vítima violava o dever de proteção penal trazido pela CEDH. A reclamante e sua genitora havia registrado seis ocorrências de lesões corporais, agressões e ameaças, mas haviam reiteradamente renunciado às representações, motivo pelo qual haviam sido arquivadas, à exceção de duas: uma na qual as lesões, praticadas em sua genitora, foram consideradas graves, por deixá-la incapacitada para o trabalho por mais de dez dias, tendo o agressor sido condenado a três meses de prisão, convertida para pena de multa, e outra, na qual houve uso de uma faca, tendo sido aplicada pena de multa. Posteriormente, a mãe da reclamante foi morta a tiros por seu ex-marido, que foi condenado pelo homicídio. O TEDH considerou haver uma relação de especial vulnerabilidade na violência doméstica, que somada ao fato de terem sido registrados diversas agressões e ameaças, impunha ao Estado um dever positivo de tomar medidas visando a proteção das vítimas,⁵⁹⁴ considerando inadequada a proteção penal turca às vítimas de violência doméstica, porquanto *absolutamente* dependente a persecução da manifestação de vontade da vítima.⁵⁹⁵ Ademais, considerou que as autoridades turcas eram tolerantes com a violência doméstica, agindo para convencer as vítimas a desistir dos processos, aos quais não era dada prioridade, e aceitavam os costumes, a tradição e a defesa da honra como atenuantes,⁵⁹⁶ tendo declarado violada a CEDH por proteção penal deficiente da reclamante, vítima de violência doméstica.

i) direito da vítima a uma investigação e julgamento em prazo razoável:

De forma similar à Corte IDH, o TEDH também reconhece o direito das vítimas a uma investigação e julgamento em prazo razoável. No recente julgamento do caso *M. e M. v. CROÁCIA*, julgado em 03.09.2015, a Corte deliberou que a demora de *quatro anos e cinco meses* no julgamento de processo penal relativo a *maus tratos a menor de idade por seu genitor* violava o aspecto procedimental do direito à integridade física e psíquica da vítima. Assinalando que os maus-tratos devem atingir um nível mínimo de severidade para violarem o art. 3º da CEDH (proibição da tortura e maus tratos), e considerando o *efeito cumulativo* da reiteração de atos de violência doméstica por diversos anos e a vulnerabilidade das vítimas de violência doméstica, o TEDH considerou a existência de maus tratos e a ilicitude da omissão estatal, mesmo após o registro de diversas ocorrências

⁵⁹⁴ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso OPUZ v. TURQUIA (33.401/02). 3a Seção. Julgamento em 09.06.2009. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92945>. Último acesso em 10 de dezembro de 2015, parágrafos 128-130 e 133-136.

⁵⁹⁵ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso OPUZ v. TURQUIA (33.401/02). 3a Seção. Julgamento em 09.06.2009. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92945>. Último acesso em 10 de dezembro de 2015, parágrafos 143-145. O TEDH afirmou que a persecução penal, ainda que possa depender da representação da vítima, deve poder ser realizada independentemente desta, em caso de reiteradas violações, uso de armas, histórico ou prognóstico de violência e de outras circunstâncias agravantes ou que indiquem que a vontade da vítima possa não ser livre, cf. parágrafos 87 a 89, fazendo estudo comparado da legislação de vários Estados europeus.

⁵⁹⁶ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso OPUZ v. TURQUIA (33.401/02). 3a Seção. Julgamento em 09.06.2009. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92945>. Último acesso em 10 de dezembro de 2015, parágrafos 195-197.

análogas.⁵⁹⁷ Assim, asseverando que a Convenção de Direitos da Criança exige a investigação adequada de todos os registros de violência contra a criança (ainda que não necessariamente sua persecução penal), considerou o TEDH que o decurso do prazo de *quatro anos e dois meses* para o trâmite do processo penal em primeira instância, sem a prolação de sentença de mérito acerca da imputação de lesões corporais, constituía violação do dever procedimental conexo ao direito à integridade física e à proibição de tortura e maus tratos, reconhecido na CEDH, condenando o Estado pela violação em tela.⁵⁹⁸

3.4 Conclusões intermediárias:

A análise da jurisprudência da Corte IDH e do TEDH leva a algumas reflexões e conclusões parciais. Inicialmente, verifica-se uma convergência da jurisprudência das principais cortes regionais do DIDH, declarando a necessidade de previsão normativa de sanções penais em face de graves lesões aos direitos humanos, bem como de realização da respectiva criminalização secundária. Ambas as Cortes consideram que a afirmação dos direitos humanos apenas ocorrerá através da conjugação de ambas suas faces, seja aquela de defesa *em face do Estado*, que deve respeitá-los, seja aquela do dever de proteção *através do Estado*, que deve prevenir, investigar, processar e punir os responsáveis por graves lesões aos direitos humanos. Assim, tanto a Corte IDH quanto o TEDH reconhecem a existência de um dever de proteção penal de vítimas a lesões de direitos humanos, derivado das respectivas Convenções Americana e Europeia de Direitos Humanos, não podendo a investigação e persecução penal - que devem ser eficientes - serem obstadas por causas normativas de impunidade.

Com efeito, ambos os tribunais internacionais de direitos humanos chegam a conclusões similares, *declarando serem ilícitas, porquanto incompatíveis com o DIDH* (CADH e CEDH, respectivamente), *as disposições de prescrição, decadência, anistia, indulto ou perdão de graves violações de direitos humanos*, às quais devem ser objeto de adequada e eficiente investigação, persecução e proporcional sanção, sob pena de proteção insuficiente dos direitos humanos assegurados pelo DIDH, em especial em se tratando de hipóteses de execuções sumárias, de tortura ou maus tratos e de submissão à condição análoga à de escravo.

⁵⁹⁷ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Primeira Seção. Caso M.e M. v. CROÁCIA (10.161/13). Julgamento em 03.09.2015. RJD 2015. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156522>. Último acesso em 10.12.2015. Parágrafo 141, salientando que com o registro das agressões anteriores os agentes estatais *deveriam estar cientes* de que ela poderia estar em risco, acionando um dever positivo de proteção da vítima.

⁵⁹⁸ TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Primeira Seção. Caso M.e M. v. CROÁCIA (10.161/13). Julgamento em 03.09.2015. RJD 2015. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-156522>. Último acesso em 10.12.2015. Parágrafos 146-152, salientando ter havido paralisação inexplicada do processo por cerca de dois anos, bem como atraso decorrente da falta de aparelhos de videoconferência ("tanto na polícia como na Justiça"), ainda que tal tecnologia atualmente seja *facilmente disponível*, considerando difícil de justificar o retardo de mais de um ano para a oitiva da vítima por causa desta dificuldade.

Estes corolários dos mandados *internacionais* de criminalização, contudo, se restringem a situações específicas, que denotam *graves violações de direitos humanos*, em especial aquelas propiciadas pela ação ou omissão estatal ou decorrentes da macrocriminalidade, não se aplicando à criminalidade patrimonial ordinária nem a crimes culposos ou crimes contra a honra e intimidade, ainda que praticados por agentes públicos. Não obstante, tais situações não se confundem necessariamente com a prática crimes contra a humanidade, não exigindo a existência de violações sistemáticas ou generalizadas guiadas por uma política estatal. A configuração de *graves violações de direitos humanos*, consoante a jurisprudência da Corte IDH, *a proibir que a incidência de causas de extinção da punibilidade possam obstar a criminalização secundária*, se dá diante de execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias (inclusive chacinas sofridas por menores de rua, camponeses e servidores públicos), tortura, maus tratos e desaparecimentos forçados (sequestro por prazo indefinido seguido ou não de possível homicídio e ocultação de cadáver), em especial quando praticados ou propiciados pela ação, conivência, participação, ou tolerância de agentes estatais e por sua desarrazoada omissão ou incapacidade de impedir violações praticadas contra vítimas vulneráveis.⁵⁹⁹ É de se salientar, ainda, que tanto a jurisprudência da Corte IDH como aquela do TEDH reconhecem a existência de um dever estatal de proteção mesmo na hipótese em que os fatos são praticados por um agente particular, não vinculado ao Estado, se houver hipótese de vulnerabilidade da vítima, tolerância estatal com as violações e/ou se o Estado soubesse ou devesse saber do risco a que a vítima estava submetida. Em complementação, constatou-se que o TEDH considerou incompatível com o DIDH a amplitude excessiva dada por alguns ordenamentos a causas justificantes: severos maus-tratos impingidos a criança a título de castigo correicional e homicídio decorrente de ação policial em que os agentes fuzilaram indivíduo desarmado em fuga não poderiam ser considerados lícitos, sob pena de violação à CEDH.

Ademais, a Corte IDH e o TEDH exigem investigação e persecução penal adequada também de fatos não abrangidos na tipologia anterior, mas que causem *lesões* aos direitos humanos da vítima, como a violência doméstica (ambas as Cortes), violação de sigilo telefônico (Corte IDH) e homicídio culposo por erro médico (também Corte IDH), conquanto não extraiam as consequências de imprescritibilidade e insuscetibilidade de anistia, perdão ou de impunidade normativa para estes casos.

⁵⁹⁹ Vide, por exemplo, que no Caso GARIBALDI v. BRASIL não havia notícia de participação ou mesmo conivência de agentes públicos com os integrantes do grupo armado encapuzado que promovia a expulsão dos trabalhadores sem-terra. Assim, diante da omissão estatal em impedir a execução e expulsão das vítimas vulneráveis, a CORTE IDH considerou tratar-se de hipótese de grave violação de direitos humanos, e declarou a responsabilidade internacional do país pela deficiência na investigação. No mesmo sentido, na sentença de mérito e reparações do caso XIMENES LOPES v. BRASIL, lê-se no parágrafo 85: "*La Corte, además, ha establecido que la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Las obligaciones erga omnes que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales*".

Reconhecem ambos os tribunais um direito *da vítima e de seus familiares* a um esclarecimento e julgamento penal dos fatos *em prazo razoável*, tendo por violado tal dever estatal pelo decurso de prazos relativamente comuns na praxe judiciária brasileira, como constatado pelo cotejo dos julgamentos internacionais com as metas da ENASP estabelecidas pelo CNJ e CNMP.

Por outro lado, verifica-se que - assim como ocorre com os mandados constitucionais, os Estados - em especial o Poder Legislativo - permanecem com uma ampla margem de discricionariedade acerca da forma de cumprimento da obrigação por ele instituída, na criminalização primária. Assim, a definição das penas a serem cominadas, do rito processual a ser seguido e a exata definição dos tipos penais, permanecem a cargo do legislador nacional, conquanto imponha-se, como decisão antecedente, a criminalização (e a investigação e persecução *ex officio*).

Em complementação, a Corte IDH desenvolveu uma doutrina da necessidade de controle da convencionalidade dos atos estatais internos, por parte do Judiciário, do Executivo, do Legislativo e do Ministério Público de cada Estado, declarando a invalidade de leis e julgados internos que conflitem com a CADH e determinando a reabertura de processos penais. Em que pese o TEDH conceder maior margem de apreciação estatal para o cumprimento das obrigações convencionais, tradicionalmente limitando-se a declarar violada a CEDH e a impor o pagamento de uma indenização à vítima, anota-se uma tendência recente também naquela Corte em se exigir um cumprimento mais específico de seus julgados, inclusive com a alteração ou não aplicação de legislação interna e a reforma de julgamentos tidos como contrários ao DIDH, sendo comum a interpretação da legislação nacional conforme o teor das decisões emanadas do TEDH, para evitar nova responsabilização penal do Estado perante o DIDH. Assim, os julgados de ambas as Cortes são levados a sério e cumpridos pelos países signatários da CADH e da CEDH que tenham aceitado suas jurisdições, agindo os poderes e órgãos dos respectivos países - inclusive o Poder Judiciário e o Legislativo - no sentido de dar cumprimento a suas decisões, em que pese a ocorrência de conflitos localizados.

Dessa forma, conquanto não se trate a Corte IDH de uma quarta (ou quinta) instância, ou de tribunal de revisão ou cassação, tendo seus julgamentos efeitos precipuamente no plano internacional, em especial a partir do desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade, todos os órgãos nacionais têm o dever de cumprir suas decisões, buscando compatibilizar sua atuação com a CADH e a interpretação que lhe confere a Corte IDH, seu intérprete final. Assim, as decisões da Corte Interamericana e sua jurisprudência passam a operar efeitos, direta ou indiretamente, também na ordem jurídica interna, na medida em que os Poderes - incluído o Judiciário - devem respeitar as obrigações internacionais assumidas, por exigência do princípio da boa fé.

Contudo, diante da posição adotada pelo STF acerca da eficácia normativa *supralegal* do DIDH, as decisões da Corte IDH não podem ser cumpridas no Brasil quando importarem em violação à Constituição, não tendo sido suprimida a significativa parcela da soberania nacional ínsita à

jurisdição constitucional. Assim, se no plano normativo o STF submete o DIDH à Constituição, no plano institucional as decisões da Corte Interamericana são vinculantes e imperativas no país *desde que* não conflitem com a Constituição, cabendo ao STF a palavra final. Isto não impede que a CADH e as decisões da Corte IDH influam na interpretação das normas constitucionais relativas a direitos fundamentais, a serem ponderadas com as demais normas constitucionais.

Por outro lado, o limite constitucional da soberania nacional (art. 1º, I, e art. 4º, I, da CRFB/88) impede não apenas que a CADH possa se sobrepôr à Constituição, mas principalmente que a Corte IDH possa se colocar hierarquicamente acima da jurisdição constitucional brasileira, sob pena de se conceder àquela Corte poder supraconstitucional e juridicamente ilimitável. Da mesma forma, a soberania nacional impede que a Corte Interamericana ou a CADH possam *determinar* ao Executivo e Legislativo a assinatura, aprovação e ratificação de novas convenções internacionais, não se admitindo que a assinatura e ratificação de novos tratados não seja *livre*: de forma semelhante, não podem determinar o exato teor de *como* deve ser cumprido o dever de criminalização primária.⁶⁰⁰

Apesar destes recortes e limitações, verifica-se que o STF reconhece a *precedência da normativa* do DIDH sobre todo o direito infraconstitucional, bem como que o Brasil se submeteu à jurisdição contenciosa da CORTE IDH, intérprete último da Convenção Americana. Dessa forma, sua jurisprudência, obrigatória, determina a realização de *controle de convencionalidade por todos os Poderes* e órgãos nacionais, e *prevalece sobre a legislação infraconstitucional*. Esta, por sua vez, deve ser interpretada e é limitada pelas obrigações internacionais declaradas pela CADH, no âmbito em que estas não sejam incompatíveis com a Constituição.

Assim, conclui-se, que a CADH não dispõe de força normativa para determinar a superação do conceito constitucional de coisa julgada, de direito adquirido, ato jurídico perfeito, não sendo apta a ressuscitar uma punibilidade já extinta, como nas hipóteses onde se reconheça a incidência válida de anistia ou prescrição anterior à ratificação da CADH. Tampouco seria possível ultrapassar o óbice da reserva legal, questões que serão retomadas e aprofundadas no capítulo V. Por outro lado, pode-se cogitar de sua prevalência sobre normas infraconstitucionais que prevejam óbices processuais e causas de extinção da punibilidade, como a prescrição, a decadência, a anistia, a graça e o indulto, para permitir e determinar a persecução penal da conduta, tipificada nos estritos limites de lei nacional,

⁶⁰⁰ Note-se que a CORTE IDH, na sentença do caso GOMES LUND E OUTROS v. BRASIL (Guerrilha do Araguaia), em seu parágrafos 287 e 325, item 17, a CORTE IDH *exorta* o Brasil a "*continuar com o trâmite legislativo e a adotar, em prazo razoável todas as medidas necessárias à ratificação*" da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar o Desaparecimento Forçado de Pessoas, mas *determina* a adoção das medidas necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas *em conformidade com os standards interamericanos*. Neste sentido, afirma a CORTE IDH que *não basta impulsionar o projeto de lei correspondente, mas deve também assegurar sua pronta sanção e entrada em vigor*. A soberania nacional, contudo, parece impedir possa a CORTE IDH *determinar* acerca dos *standards* de tipificação que devem ser adotados pelo país, devendo ser respeitada a margem de discricionariedade do legislador. Veja-se, ainda, que a implementação de um mandado de criminalização *primária* fundado no DIDH padece de dificuldades similares àsquelas verificadas na implementação dos mandados *constitucionais* de criminalização primária.

prévia, escrita e certa e determinada. Tal ocorreria nas hipóteses disciplinadas pela CADH, na forma da interpretação dada pela Corte IDH, isto é, em se tratando de graves violações a direitos humanos: tortura, maus tratos, homicídios (execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias), desaparecimento forçado (atualmente tipificada como sequestro e ocultação de cadáver), submissão à condição análoga à de escravo e estupro, em especial quando praticados por agentes estatais ou grupos armados em um contexto de macrocriminalidade propiciada pela ação, omissão, participação, tolerância ou conivência estatal.

É preciso analisar neste momento as críticas que são dirigidas à doutrina supra-exposta, submetendo estes desenvolvimentos e as conclusões parciais ao crivo das críticas doutrinárias ao instituto, para verificar se as conseguem superar, ou não, e a quais repercussões e conclusões se poderá chegar ao fim.

4 OBJEÇÕES AOS MANDADOS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO.

Os mandados implícitos de criminalização são alvo de diversas objeções doutrinárias, buscando negar validade ao instituto, seus fundamentos e suas consequências. Em regra, os autores que partem de teorias deslegitimantes do Direito Penal não os admitem, porquanto negam possa a aplicação da norma penal ser usada para a proteção de direitos, premissa lógica dos mandados de criminalização. Ao contrário, negam a aptidão da sanção penal para dissuadir as condutas vedadas e entendem o poder punitivo exclusivamente como um mal a ser sempre contido, afirmando que qualquer legitimação que a ele seja dada contribui para sua expansão indefinida e incontrolável

Objeta-se, ainda, que os mandados de criminalização implicariam uma violação da discricionariedade do legislador para deliberar acerca da necessidade de tutela penal, em prejuízo da separação de poderes e da utilização das normas penais como *ultima ratio*, afirmando-se, outrossim, que a construção dogmática seria inócua pela impossibilidade jurídica de se constranger o legislador.

Por outro lado, o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, pressuposto dos mandados implícitos de criminalização secundária, e a extração de consequências jurídicas a partir de normas principiológicas constitucionais e internacionais - necessária ao reconhecimento de efeitos aos mandados implícitos de criminalização - são alvo de críticas dos opositores do neoconstitucionalismo e do ativismo judicial, bem como de autores céticos quanto ao Direito Internacional. Nestes casos, faz-se objeção por uma suposta violação à separação de poderes e à soberania nacional.

Ademais, critica-se a jurisprudência da CorteIDH relativa às obrigações positivas de tutela penal por alegada inconsistência e indefinição semântica do conceito de *graves violações de direitos humanos*.

Por fim, questiona-se a utilização das normas penais para a tutela de direitos fundamentais e humanos a partir do argumento consequencialista relativo ao risco de agravamento da crise no sistema carcerário nacional.

Tais objeções serão objeto de exposição e análise crítica neste capítulo, buscando verificar-se sua (im)procedência (parcial ou total) e possíveis repercussões na construção dogmática e efeitos jurídicos dos mandados implícitos de criminalização.

4.1 Recusa de qualquer legitimação ao poder punitivo e risco de sua expansão ilimitada:

Em regra, defensores da teoria agnóstica da pena e adeptos da criminologia crítica sequer mencionam a construção de mandados implícitos de criminalização, porquanto negam os fundamentos e pressupostos lógicos sobre os quais se assentam.⁶⁰¹ Com efeito, não veem qualquer função legítima

⁶⁰¹ Uma exceção é Nilo Batista que, apesar de defender a teoria agnóstica ou negativa da pena, afirma existirem *imposições constitucionais de tutela penal*, em hipóteses de ataques a "bens essenciais à vida, saúde e bem-estar do povo". V. BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. 11a. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 90.

na sanção penal, negando que a norma penal possa ser aplicada para tutelar direitos ou bens jurídicos.⁶⁰² Ao revés, rejeitam qualquer concepção que possa legitimar, total ou parcialmente, o uso do poder punitivo pelo Estado, alegando que inevitavelmente acarretaria sua expansão ilimitada.⁶⁰³ Dessa forma, sustentam que o papel do jurista deve ser sempre limitar e buscar impedir o exercício do poder punitivo, orientando-se rumo à utopia da abolição do Direito Penal.⁶⁰⁴

Nesta toada, VERA BATISTA defende que a criminalidade não é ontológica, mas atribuída por um processo de dupla seleção: dos bens protegidos e dos comportamentos dos indivíduos entre todos os que realizam as infrações, sendo a sanção penal, orientada para satisfazer as estruturas econômicas de cada sociedade, usada para controle duro sobre classes perigosas⁶⁰⁵, rejeitando "a ilusão do redirecionamento do poder punitivo contra os poderosos"⁶⁰⁶ e pregando o abolicionismo como um movimento amplo contra qualquer racionalização do poder punitivo, seja com base nas "estratégias" do liberalismo, do marxismo, do anarquismo, da criminologia crítica ou do garantismo⁶⁰⁷.

ZAFFARONI *ET AL*, adotando a concepção agnóstica ou negativa da pena, aduzem que qualquer legitimação do poder punitivo, mesmo que mínima, é imoral, arbitrária e atua em detrimento do Estado de Direito, contribuindo para a *expansão ilimitada* do poder punitivo.⁶⁰⁸ Os autores admitem como legítimo apenas o exercício da coerção direta para neutralizar um perigo iminente ou interromper uma atividade lesiva em curso, sustentando que cessada a execução do ilícito, a coerção passa a ser punitiva, logo, ilegítima.⁶⁰⁹

⁶⁰² Por todos, v. ZAFFARONI, E. Raul *et al.* Direito Penal Brasileiro I, Ed. Revan, 4ª Ed, Rio de Janeiro: 2011, p. 74-78; CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 205-206 e 235.

⁶⁰³ ZAFFARONI, E. Raul *et al.* Direito Penal Brasileiro I, Ed. Revan, 4ª Ed, Rio de Janeiro: 2011, *passim*.

⁶⁰⁴ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 243-258.

⁶⁰⁵ BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia brasileira, Ed. Revan, Rio de Janeiro: 2011, p. 89-92

⁶⁰⁶ BATISTA Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia brasileira, Ed. Revan, Rio de Janeiro: 2011, p. 83-84. Quanto ao redirecionamento do poder punitivo contra os poderosos, EVARISTO DE MORAES FILHO já alertava para a "curiosa coincidência que esse movimento da intervenção mínima tenha ganho incremento exatamente na fase em que o Direito Penal está se democratizando" e deixando de alcançar tão-somente aqueles delinquentes etiquetados seletivamente, alertando que quando o Direito Penal começa a se voltar para os poderosos, *fala-se em descriminalização, despenalização, dejudicialização*. MORAES FILHO, Evaristo de. Crimes contra a economia popular. In: *Direito Penal dos Negócios*. São Paulo. A.A.S.S., 1990, *apud* CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 104.

⁶⁰⁷ BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia brasileira, Ed. Revan, Rio de Janeiro: 2011, p 108-110.

⁶⁰⁸ ZAFFARONI, E. Raul *et al.* Direito Penal Brasileiro I, Ed. Revan, 4ª Ed, Rio de Janeiro: 2011, p. 40, 74-78, 96, 172.

⁶⁰⁹ ZAFFARONI, E. Raul *et al.* Direito Penal Brasileiro I, Ed. Revan, 4ª Ed, Rio de Janeiro: 2011, p. 104. Antes, os autores dividem o mundo acadêmico entre juristas que se limitam a legitimar *restrições à criminalização* e juristas que se proponham a *legitimar discursivamente o exercício do poder punitivo*, afirmam que a primeira opção representa a ética, a ciência, o jus-humanismo, o poder dos juristas e o futuro, enquanto a última representa a mentira, o passado, o artificialismo, o arbítrio, o poder das agências jurídicas e os setores retrógrados e antidemocráticos que atuam em favor do estado de polícia e, considerando ser a única opção ética possível, proclamam que toda sua construção teórica é erigida a partir de tais premissas, para sempre deslegitimar todo e qualquer exercício de poder punitivo pelo Estado. (*Ibid.*, p. 38 e 74-78). Chegam a afirmar que que "não se pode censurar aqueles que, **em tempos passados**, não tiveram a oportunidade de dispor de uma percepção mais articulada da estrutura do poder" (*Ibid.*, p. 75, grifo nosso) ao fazer a concessão de que que *os juristas anteriores*, condicionados pelo treinamento do poder do passado e sem dispor dos novos contextos discursivos que permitem o acesso à nova perspectiva, não são todos uma série de "teóricos imorais".

CARVALHO sustenta que as instituições punitivas agem no sentido inverso à tutela dos direitos humanos, criticando o que chama de discurso *pan-penalista* de movimentos sociais, grupos de direitos humanos, antirracistas e ecologistas, bem como a racionalização do poder punitivo pela doutrina penalista da teoria do bem jurídico como uma inversão dos direitos humanos, em cujo nome se os aniquila.⁶¹⁰

Discordando igualmente da utilização dos direitos humanos como fundamento da tutela penal, PASTOR, por sua vez, critica o Direito Penal Internacional⁶¹¹ e o que classifica de "onda neopunitivista" de organismos e ativistas de direitos humanos⁶¹², concebendo o Direito Penal Internacional e o "Direito Penal dos Direitos Humanos" como veículos do exercício arbitrário do poder punitivo em escala internacional, buscando fundamentar um "castigo penal absoluto" e ilimitado. Assim, os violadores de direitos humanos seriam tratados pelos ativistas e organizações de direitos humanos como inimigos, e não como cidadãos, não sendo respeitados os *seus* direitos fundamentais.

Considera PASTOR que "*la formulación de una teoría de los derechos fundamentales frente al poder penal no admite esta bipolaridad debido a que, o bien se recuesta el interés permanentemente sobre el lado del individuo acusado, o bien se lo hace para siempre en interés del castigo.*"⁶¹³ O autor tacha de "esquizofrênicas" as organizações de defesa dos direitos humanos que postulam sanções penais em face de graves violações de direitos humanos, entendendo que esta postura constitui um erro catastrófico, cuja consequência foi haver afundado os direitos humanos em "inevitável desprestígio"⁶¹⁴, transformando os direitos humanos em fim absoluto e ilimitado, tabu indiscutível e fonte de soberba. Conclui que não se trata de defender um "abolicionismo inverossímil e inconcebível" do Direito Penal, senão de afirmar uma visão única do poder punitivo: *um mal em que não se pode confiar*, porém

Ora, o dogmatismo de tais assertivas impede o debate científico, que pressupõe a dialética e a refutabilidade das proposições: quem se arroga à posição de detentor da verdade, da ética, da ciência, do futuro e do jushumanismo contra a mentira, o passado, o artificialismo, os setores retrógrados e antidemocráticos, a tirania, a opressão e a imoralidade, não pretende participar de um debate, não havendo muito o que discutir... Parece que a crítica aqui recai em uma estratégia pouco científica de desqualificar e desumanizar os juristas que discordem de suas premissas, e não pode ser enfrentada nestes termos.

⁶¹⁰ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 226-227 e 237-240.

⁶¹¹ PASTOR, Daniel R. - El poder penal internacional - una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma - Ed. Atelier - Barcelona: 2006, passim

⁶¹² PASTOR, Daniel R. - Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos. - Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez, 2009, pp.239-298.

⁶¹³ PASTOR, Daniel R. *op.cit.* (2009), p. 284. A crítica se assemelha à polêmica sobre direitos prestacionais narrada por ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 440-441, entre aqueles que propugnam uma rejeição total destes "*porque direitos fundamentais não podem ser as duas coisas ao mesmo tempo (...): direitos à ação estatal e à sua negação*", aqueles que sustentam o extremo oposto, da funcionalização dos direitos individuais como direitos à participação, e a posição intermediária, sustentada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), a qual também nos filiamos, sustentando o caráter *dúplice* dos direitos fundamentais, inclusive na relação com o Direito Penal.

⁶¹⁴ PASTOR, Daniel R. *op.cit.* (2009), p. 283.

imprescindível, constituindo tarefa dos operadores do direito *trabalhar sempre para limitá-lo* tendo como prioridade a *proteção do imputado*.⁶¹⁵

Em suma, os autores sustentam que *qualquer legitimação* do Direito Penal é imoral, autoritária e leva à sua expansão ilimitada, que a norma penal não é apta ou adequada à tutela de direitos ou bens jurídicos,⁶¹⁶ e ainda, que *é contraditório* ou *impossível* conciliar a defesa dos direitos fundamentais das vítimas com aqueles dos acusados. Passa-se a analisar criticamente tais postulados:

É de se rejeitar o caráter absoluto das assertivas acima, que buscam transformar a complexidade e diversidade do fenômeno jurídico-penal e criminológico em um sistema binário entre *liberdade* e *opressão*, agnosticismo ou neopunitivismo, liberdade ou prisão, democracia ou ditadura, bem e mal. Em verdade, tal simplificação apenas serve a legitimar as conclusões previamente buscadas, reafirmando-as, mas não parece ser compatível com a diversidade ontológica de fenômenos aos quais os autores genericamente atribuem o rótulo de *poder punitivo*.⁶¹⁷

Assim, é preciso superar este maniqueísmo simplista que interdita o debate, e ignorar a estratégia de desqualificação ofensiva das vozes discordantes, para analisar os argumentos expostos. A crítica de ZAFFARONI ET AL se vale de uma série de sofismas⁶¹⁸ (como o apelo à ignorância⁶¹⁹, a falsa dicotomia⁶²⁰, o falso axioma da bola de neve⁶²¹, a falácia do espantalho⁶²², o *argumentum ad*

⁶¹⁵ PASTOR, Daniel R. - Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos. - Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez, 2009, p. 295-296, conquanto se inclua dentro de um meio termo entre o que denomina de *neopunitivismo*, que consideraria o Direito Penal *a oitava maravilha do mundo*, e o *abolucionismo* e o *agnosticismo*, que o consideraria *um instrumento repugnante à condição humana*.

⁶¹⁶ Diante da complexidade deste tema, a questão foi destacada para análise crítica específica, no item 4.2 infra.

⁶¹⁷ Zaffaroni afirma que a criminalização primária abarca conflitos que socialmente nada tem em comum, salvo estarem contemplados em leis penais. V. ZAFFARONI, E. Raul *et al.* Direito Penal Brasileiro I, Ed. Revan, 4ª Ed, Rio de Janeiro: 2011, p. 73.

⁶¹⁸ Para uma exposição exauriente de sofismas, falácias e dos vícios lógicos abaixo expostos, vide KELLY, David. *The art of reasoning: an introduction to logic and critical thinking*. 4th ed. New York/London: W.W. Norton, 2014, p. 103-145; e WESTON, Anthony. *A arte de argumentar*. Trad. Desidério Murcho. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 46-52.

⁶¹⁹ O *argumentum ad ignorantiam* consiste em dar como provado algo a partir da ignorância quanto à sua validade. *Ninguém conseguiu provar que Bin Laden foi morto. Logo, ele não foi morto*. Ora, não é porque se diz desconhecer se algo é verdadeiro que seja falso, e vice-versa. *Não se provou que a pena dissuade. Logo, a pena não dissuade*.

⁶²⁰ Ou falso dilema, estabelecendo apenas duas únicas soluções possíveis para uma indagação complexa que admitiria várias matizes. *Ou se deslegitima todo e qualquer poder punitivo, ou se contribui para o autoritarismo*.

⁶²¹ O argumento da bola de neve, dique de contenção ou encosta escorregadia defende que a admissão de uma exceção leva à sua expansão indefinida, convertendo-se em regra. Se o argumento pode ser verdadeiro em alguns casos, não quer dizer que o seja em todos. Dessa forma, a aplicabilidade desta argumentação ao caso é algo indefinido e que deveria ser submetido a discussão: entretanto, é afirmado pelos autores como uma verdade incontestável, sem qualquer demonstração: *Qualquer exceção que legitime o poder punitivo levará à sua expansão indefinida*.

⁶²² Consiste em criar uma versão monstruosa da tese adversária, e passar a refutar não os argumentos dos adversários, mas a versão monstruosa criada para tal fim. Assim, discordar dos autores significa *compactuar com a opressão, com o estado de polícia, com o autoritarismo, com setores retrógrados e antidemocráticos, permitindo a expansão indefinida do poder punitivo até que cesse o Estado de Direito*.

*hominem*⁶²³ e a falácia da falsa oposição⁶²⁴) obtendo conclusões que não necessariamente decorrem dos argumentos e fatos citados⁶²⁵, e confunde as esferas ontológica (do ser) e deontológica (do dever ser)⁶²⁶. Assim, lançando dúvida sobre assertivas empíricas ("os loucos são perigosos", "a pena dissuade", "a execução penal ressocializa", "todos são iguais perante a lei", entre outras)⁶²⁷ - dúvidas razoáveis, que poderiam ser objeto de reflexão e investigação acerca da complexidade de fenômenos nelas abrangidos, pretendem obter conclusões deontológicas, no plano do dever-ser, imediatas: a) *não se provou que loucos são perigosos, logo, não devem ser contidos ainda que pratiquem fatos típicos* (ou: é sempre irracional a aplicação de medida de segurança);⁶²⁸ b) *não se provou que a pena dissuade ou reforça o consenso social, logo, não se deve aplicá-la* (ou: é sempre irracional aplicá-la)⁶²⁹; c) *não se provou que a execução penal ressocializa, logo não se deve realizá-la com esta finalidade ou sob este fundamento* (ou: o discurso da ressocialização substitui o estado de direito por um estado de polícia paternalista privado de ética)⁶³⁰.

Ora, o problema é que das dúvidas lançadas não decorrem necessariamente as conclusões buscadas. Pode-se estudar empírica ou cientificamente o comportamento dos loucos para averiguar se são capazes de condutas antissociais danosas ou não, mas uma vez as tendo praticado, é preciso decidir qual *deve ser* a resposta estatal. É possível que nem toda modalidade, quantidade, forma e tempo de aplicação de pena tenha efeito dissuasório ou reforce o consenso acerca da validade da norma, mas daí a negar peremptoriamente qualquer efeito dissuasório ou consensual *a toda e qualquer* pena e, ainda, dizer que, conseqüentemente, a única postura racional *deve ser* rejeitar *toda e qualquer* cominação e aplicação é outra questão. Dizer que há dúvidas se a execução penal ressocializa e pretender daí

⁶²³ Consiste em criticar um argumento em razão da pessoa que o defende, que passa a ser atacada. Então, a tese adversária é fruto de interesses pessoais, mesquinhos ou corporativos, passando-se a ofender seus defensores e a questionar sua integridade.

⁶²⁴ Consiste em não respeitar as regras da oposição, promovendo generalizações e criando falsos dilemas. Assim, critica-se que a dogmática penal constroi sua teoria com base no conflito-tipo do homicídio, não sendo adequada ou aplicável para o furto. Daí, sugerem: *É falso que a dogmática sirva para todos os crimes, já que não serve para o furto. Logo, não serve para nenhum crime.*

⁶²⁵ A partir de uma primeira assertiva verdadeira ou aceitável, extraem-se conseqüências que dela não decorrem. Veja-se exemplo deste tipo de sofisma no pensamento dos autores: *As agências estatais são regidas por relações de concorrência entre si e dentro de suas próprias estruturas. A competição abre as portas para discursos clientelistas repressivos. A competitividade discursiva simplista se estende às agências judiciais. O produto final desta competitividade costuma ser leis penais absurdas e sentenças exemplarizantes.* (ZAFFARONI et al. *op.cit.*, p. 61).

⁶²⁶ Da afirmação de um estado de fato, extraído do plano ontológico, não se pode, sem maiores reflexões, extrair conclusões prescritivas ou normativas no plano deontológico. *Há baixa taxa de elucidação de crimes, recaíndo a seletividade na criminalização secundária preferencialmente sobre os pobres, vulneráveis e quem cometa crimes chocantes ou de fácil elucidação. Logo, concluem os autores, não se deveria fazer uso do sistema penal.* Ora, a conseqüência de dever-ser postulada em falsa dicotomia não decorre do fato narrado: não seria o caso de se pensar em reduzir a seletividade, redirecioná-la a outros setores (crimes mais danosos, agentes mais poderosos) ou aumentar a taxa de elucidação de crimes?

⁶²⁷ ZAFFARONI, E. Raul et al. *Direito Penal Brasileiro I*, Ed. Revan, 4ª Ed, Rio de Janeiro: 2011, p. 66-68.

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 139.

⁶²⁹ *Ibid.*, p. 119-125.

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 127.

extrair que ela não *deva ocorrer* encerra múltiplas generalizações: há diversas formas de execução, de diversas modalidades de pena, passíveis de serem faticamente cumpridas em condições materiais infinitamente distintas, aplicadas a pessoas distintas: pretender apontar exemplos fáticos negativos para desmerecer todas as diversas categorias possíveis de penas e regimes de pena e de condições carcerárias é uma generalização acientífica que, ademais, esconde a questão principal, isto é, a necessidade de celeridade e efetiva humanização daquelas prisões que atualmente não estiverem em situação condigna.

Enfim, generalizar realidades caleidoscópicas em falsos dilemas, transformando-as em um binômio maniqueísta onde se demonizam as teses opostas, usar falsos axiomas e extrair conclusões que não decorrem das assertivas, saltando do plano ontológico para o deontológico⁶³¹, parecem não constituir o melhor método científico, senão a afirmação de uma doutrina dogmatista, asfixiando o debate.

Por outro lado, os axiomas tomados como verdade irrefutável pelos setores deslegitimantes a partir da criminologia crítica são estendidos irrefletidamente a situações em verdade opostas àquelas em que se pretendiam fundamentar, sendo frequentemente utilizados para reforçar a opressão das classes dominantes e garantir a imunidade de seus membros. Assim, como anota SARLET, apesar de frequentemente partir de premissas criminológicas marxistas⁶³², e denunciar a seletividade do poder punitivo contra grupos vulneráveis, curiosamente o discurso deslegitimante veiculado pelo garantismo penal exclusivamente negativo, "acaba não raras vezes privilegiando a elite econômica ou as classes mais influentes da sociedade", deixando de criminalizar ou descriminalizando delitos de cunho econômico e tributário, que prejudicam a sociedade como um todo, mas de regra não são cometidos por integrantes de grupos marginalizados.⁶³³

Em sentido similar, alerta FELDENS que, *entre discursos sérios e outros de distinta qualificação*, há muito, no meio acadêmico brasileiro, o Direito Penal é objeto de uma "campanha

⁶³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 300, chama de *ideologias* as doutrinas axiológicas e as explicações fáticas que confundem os planos ontológico e deontológico, incidindo na violação do princípio metodológico conhecido como *Lei de Hume*, segundo o qual não se podem extrair conclusões prescritivas ou morais de premissas descritivas ou fáticas, nem vice-versa. Assim, *ideologias naturalistas* assumem explicações empíricas como justificações axiológicas, incorrendo na *falácia naturalista* da derivação de derivar o dever ser a partir do ser, enquanto ideologias normativistas incorrem na falácia normativista de derivar a realidade do dever ser, assumindo justificações axiológicas como explicações empíricas. ZAFFARONI descreve um estado de fato, de seletividade da criminalização secundária e, em falácia naturalista, pretende derivar consequências deontológicas, de dever ser (não se deve justificar nunca o poder punitivo), a partir de uma não-demonstrada, mas afirmada axiomáticamente, inevitabilidade absoluta de tal estado fático. Confunde ZAFFARONI propositadamente, pois, um *esquema explicativo* de como as instituições vem funcionando com um modelo prescritivo-normativo de sua deslegitimidade absoluta (*não se deve legitimar nenhuma operação do poder*).

⁶³² BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos, 6a. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2011, p. 197-208.

⁶³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 47. São Paulo: 2004.

deslegitimadora do sistema que, quando não reflete uma resistência classista, deixa de oferecer soluções plausíveis à substituição do modelo vigente", ⁶³⁴ sendo escassos os debates acadêmicos que conseguem fugir da negação da legitimidade estatal (olvidando-se que o Direito substitui a barbárie) ou que abordem o Direito Penal a partir do paradigma - indiscutível em outras sendas - da normatividade e efetividade das normas constitucionais, inclusive como fundamento, diretriz e limite da política criminal e do Direito Penal. ⁶³⁵

Assim, é preciso perguntar, antes de se negar (ou afirmar), *sempre, toda e qualquer* legitimidade ao poder punitivo do Estado: a quem esta tese beneficia no caso concreto? A qual conflito social se aplicaria? Quais são os exemplos estudados por seus defensores? E com relação a quais os casos, posteriormente, esta tese será utilizada? Como uma tese que se articule acerca da luta de classes e opressão social de marginalizados pode defender a impunidade de estratos da classe alta, de detentores do poder político e econômico ⁶³⁶ e de latifundiários e recusar a repressão ao extermínio, à tortura e à opressão dirigida contra pessoas hipossuficientes e vulneráveis? Aquilo que chamam de *poder punitivo* em verdade é um conjunto de variegadas respostas estatais a fenômenos sociais heterogêneos que receberam um determinado rótulo de ilícito penal, parecendo falaciosa a pretensão generalizante de deslegitimá-lo (ou mesmo de legitimá-lo em todo e qualquer caso). Por outro lado, o uso concomitante das *estratégias* do liberalismo, marxismo, anarquismo, da criminologia crítica e do garantismo pregado por VERA BATISTA para a defesa do *amplo movimento* abolicionista contra *qualquer racionalização do poder punitivo* é mais uma admissão de que os fins pré-escolhidos justificam quaisquer rupturas lógicas e de premissas do que uma formulação científica passível de questionamento e refutação.

Dessa maneira, a crítica deslegitimante peca pela sua generalização, que confunde - ou trata uniformemente - fenômenos sociais e criminológicos absolutamente diversos: o poder punitivo não se aplica sobre fenômenos idênticos, atuando de forma distinta conforme a realidade social e a *espécie de criminalidade* a que está sendo aplicado. ⁶³⁷ Defender a ilegitimidade de qualquer punição em qualquer caso significa pensar no fato criminal como um ente único, o que não é sustentável perante o ordenamento constitucional-internacional, nem perante a realidade trazida pelas investigações

⁶³⁴ FELDENS, Luciano. De *Damiens* a Damião: deveres de proteção penal na perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. In: *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. GAUER, Ruth Mria Chittó (org). 2a. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 311.

⁶³⁵ FELDENS, Luciano. De *Damiens* a Damião: deveres de proteção penal na perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. In: *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. GAUER, Ruth Mria Chittó (org). 2a. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 311.

⁶³⁶ Veja-se que VERA BATISTA, por exemplo, fundando seu raciocínio na exclusão social, em seguida, afirma *ser preciso* rejeitar o *redirecionamento do poder punitivo contra os poderosos...*

⁶³⁷ ZAFFARONI, E. Raul *et al.* Direito Penal Brasileiro I, Ed. Revan, 4ª Ed, Rio de Janeiro: 2011, p. 46-57; BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos, 6a. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2011, p. 161, 197-202.

criminológicas⁶³⁸. Assinalando, também, a diversidade dos fenômenos sociais tratados pelo Direito Penal, ZAFFARONI e BATISTA sustentam que:

Para construir seu discurso, valeu-se o direito penal de falsas generalizações em dois sentidos: a) a criminalização primária abarca conflitos que, socialmente, nada têm em comum, salvo estarem eles contemplados em leis penais. A eficácia da pena em certo sentido, no que diz respeito a qualquer um deles, é extensiva a todos os restantes, dando-se por comprovado - sem verificação alguma - que se foi eficaz em um conflito deverá sê-lo em todos. b) Nesta base, constrói sua teoria, girando prevalentemente sobre um conflito-tipo em torno do qual prefere teorizar: por tradição, o homicídio, citado em quase todas as exemplificações. É possível que muitas das observações correntes, quando se pensa em homicídio, pareçam sensatas, mas o mesmo não aconteceria se o direito penal fosse construído a partir de outro conflito-tipo, como, por exemplo, o furto.⁶³⁹

⁶³⁸ OPOTOW, Susan. Psychology of Impunity and Injustice: Implications for Social Reconciliation, in Post-conflict Justice, BASSIOUNI, Cherif M. (edit), Ardsley, 2002, Transnational Publishers, pp. 201-217, esp. 202-207, descreve que a impunidade de graves violações de direitos humanos permite a perpetuação do reinado do terror e silêncio, impedindo a veiculação de demandas sociais, incitando a exteriorização do ódio através da violência de multidões e a percepção de que a violência é justificada. (*op.cit.*, p. 203). A autora, debruçando-se sobre violações de direitos humanos na América Latina, afirma a existência de uma "cultura de impunidade", em que agentes públicos, grupos paramilitares e cidadãos comuns violam a lei sem medo de punição, ante a arraigada convicção de silêncio mútuo, decorrente de conluio lateral (derivado da troca de vantagens e do assistencialismo praticado pelos agressores) e vertical (dos líderes das agências policiais, militares e políticos). Como resultado, as lesões de direitos humanos sofridas pelos grupos marginais permanecem invisíveis, perpetuando o reinado de terror e a lei do silêncio que faz a população carente se resignar a não ter direitos, e dá ensejo a vinganças violentas; AMBOS, Kai. *Impunidad y derecho penal internacional*, 2a Ed, Editora Ad-Hoc. Buenos Aires: 1999, pp. 42-44, em sentido semelhante, defende que a impunidade está diretamente ligada a fatores estruturais, sendo inerente à problemática sociopolítica das relações socioeconômicas de uma sociedade subdesenvolvida, implicando a ausência de proteção à população não-privilegiada, conduzindo a um descrédito da Justiça e a uma crescente desconfiança do povo a respeito das instituições estatais. Conclui AMBOS que "para las víctimas de los delitos ésta es ciertamente una perspectiva alarmante, que se opone ampliamente a su necesidad, probada en las investigaciones victimológicas de derechos humanos, de protección frente a futuras violaciones de esa naturaleza". Em perspectiva similar, CASTRO, Lolita Anyar. *Los crímenes de odio: discurso político y delincuencia violenta en Venezuela. El respeto a las diferencias y el rol de la criminología crítica en Venezuela en los inicios del siglo XXI*. Capítulo Criminológico, vol. 36, n. 2 (abril-junho 2008), p. 5-39, anota que a *desinstitucionalização e emasculação* do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos órgãos de controle sobre o Estado venezuelano, o uso político e arbitrário dos órgãos estatais, o desafio à lei e às instituições por parte de agentes do governo e a desumanização dos adversários e da burguesia por um discurso de ódio por parte do governo chavista, prognosticando impunidade, levaram a um crescimento exponencial da prática de homicídios na Venezuela, triplicando a taxa existente no final da década de 80 para 35 homicídios por 100.000 habitantes por ano, ou 43 homicídios por dia, ou quase dois por hora (tendo o número absoluto de homicídios aumentado 189% apenas em 7 anos do governo Chavez). A autora compara com taxas de mortes em guerras, como a da Argélia (1,1 morte por hora), Nicarágua (0,48 mortes por hora) e El Salvador (0,7 mortes por hora). Note-se que a taxa brasileira é similar, de 25 por 100.000 habitantes, superando a venezuelana em vários estados do nordeste, bem como nas cidades operárias da zona metropolitana do Rio de Janeiro e, em termos absolutos, de cerca de 50.000 homicídios/ano, equivale a 137 homicídios/dia, ou 5,8 homicídios/hora, ou um a cada dez minutos. À guisa de exemplo, segundo dados oficiais, forma registrados 232 homicídios em Belford Roxo/RJ, na Baixada Fluminense, para uma população estimada pelo IBGE em 469.332 habitantes, isto é, cerca de 50 homicídios por 100.000 habitantes/ano. V. <http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=108> e <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?codmun=330045>. Acesso em 15 de dezembro de 2015. Por outro lado, FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 320 e p.323, afirma que as sociedades atuais são incomparavelmente menos violentas que aquelas dos séculos XVIII e XIX, citando estatística na qual no final do século XIX, na Itália, havia 13 homicídios para cada 100.000 habitantes, enquanto na década de 1980 haveria 4 para cada 100.000. A taxa italiana entre 2007 e 2012, segundo dados oficiais do EUROSTAT, esteve por volta de 1/100.000 habitantes, mais de vinte vezes menor que a brasileira. V. http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Crime_statistics&oldid=267430. Último acesso em 15 de dezembro de 2015.

⁶³⁹ ZAFFARONI, E. Raul *et al.* Direito Penal Brasileiro I, Ed. Revan, 4ª Ed, Rio de Janeiro: 2011, p. 73.

Ora, a crítica é pertinente, porém ambivalente: não se pode pretender deslegitimar a punição da tortura ou de execuções extrajudiciais num contexto de macrocriminalidade ou de criminalidade organizada, a partir do conflito-tipo do furto, nem tampouco arguir a seletividade do poder punitivo em detrimento de jovens de classe baixa para criticar a aplicação de Direito Penal a quem os está assassinando, ou a latifundiários que submetem trabalhadores braçais à servidão. Trata-se de fenômenos diversos, que não admitem generalizações: sejam as usadas pelos penalistas clássicos para construir a dogmática penal, sejam aquelas adotadas por quem se filia à teoria negativa ou agnóstica da pena.

A respeito das teses deslegitimantes, FERRAJOLI afirma que as diversas teorias abolicionistas são projetos estéreis (porque a rejeição uniforme ao Direito Penal autoritário e liberal não permite diferenciá-los) e que preconizam modelos de sociedade pouco atraentes: seja aquela selvagem, abandonada à lei do mais forte, seja aquela disciplinar, pacificada e totalizante, onde os conflitos são prevenidos por mecanismos ético-pedagógicos de interiorização da ordem, ou de onisciência social-policial⁶⁴⁰, oscilando entre um "estéril utopismo teórico e soluções práticas regressivas e antigarantistas"⁶⁴¹. Assim, a tese abolicionista levaria a sistemas de controle alternativos às normas penais isentos de qualquer garantia contra a prepotência e o arbítrio, de caráter selvagem (vinganças de sangue ou despotismo) ou disciplinar (rígido policiamento moral ou vigilância total), concluindo FERRAJOLI que o Direito Penal representa um esforço para minimizar e disciplinar a prepotência punitiva, constituindo a alternativa progressista ao abolicionismo.⁶⁴²

Em sentido semelhante, ROXIN afirma que a tese abolicionista importa em liberar o controle do crime de parâmetros garantidos pelo Estado e aplicados pelo Judiciário, nublando as fronteiras entre o lícito e o ilícito, permitindo aos poderosos a opressão e estigmatização dos mais fracos, levando a justiça pelas próprias mãos, "com isso, destruindo-se a paz social".⁶⁴³

Trazendo o debate para o direito positivo brasileiro, verifica-se que os discursos deslegitimantes abolicionistas e agnósticos são *incompatíveis* com a Constituição Brasileira de 1988, que busca estabelecer um Estado Social de Direito que proteja direitos fundamentais e expressamente

⁶⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 234.

⁶⁴¹ *Ibid.* p. 266.

⁶⁴² *Ibid.* p. 316-317. FERRAJOLI alerta que não deve ser negligenciada a ressurreição das alternativas selvagens ao Direito Penal em fenômenos modernos como "as polícias privadas, as esquadras de vigilantes, as justiças penais domésticas e, de forma geral, a relativa anarquia e autonomia punitiva presente nas faixas sociais marginalizadas e periféricas" e conclui, peremptoriamente afirmando que "o abolicionismo penal - independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários - configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou autorreguláveis de vigilância e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o Direito Penal - com o seu complexo, difícil e precário sistema de garantias - que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista".

⁶⁴³ ROXIN, Claus. Tem futuro o Direito Penal? In: *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 5.

outorga legitimidade constitucional à intervenção penal, fazendo uso por quase uma centena de vezes de expressões diretamente ligadas ao Direito Penal, como *crime, infrações penais* e análogas, e estabelece diversos mandados expressos de criminalização.⁶⁴⁴

Assim, não se pode aceitar a tese que deslegitima de forma generalizada a aplicação de normas penais, inclusive aquelas dotadas de compatibilidade formal e material com Constituição e ao DIDH: elas, como as demais normas cogentes, contêm um mandamento, uma ordem com força jurídica e não apenas moral, e, conseqüentemente, "a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das conseqüências da insubmissão ao seu comando"⁶⁴⁵. Assim, a cominação e imposição de sanção penal não pode ser tida *sempre* como ilegítima, salvo numa utopia abolicionista em que o Direito em si - como conjunto de regras *jurídicas* e *imperativas* - tem pouca relevância ou efetividade, não sendo passível de ser juridicamente exigido. Com efeito, "é precisamente a presença da sanção que garante a eficácia de uma norma jurídica, ensejando sua aplicação coativa quando não é espontaneamente observada"⁶⁴⁶ e reafirma o caráter jurídico e imperativo da norma violada: negar legitimidade à sanção estatal importa negar legitimidade ao Direito e, em conseqüência, à toda normativa estatal.

Faz-se mister salientar, ainda, que os ideais garantistas de FERRAJOLI vem sendo difundidos de forma distorcida por parte da doutrina brasileira que, desconhecendo ou olvidando os ensinamentos do garantismo integral do mestre italiano, forjaram o que FISCHER denomina de *garantismo hiperbólico monocular*.⁶⁴⁷ Este *garantismo monocular* não perceberia que as premissas do garantismo são aplicáveis tanto para afastar os excessos estatais à luz da Constituição (*Übermassverbot*), como para proteção dos direitos fundamentais pelo Estado (*Untermassverbot*), e ignoraria a função central que a Constituição ocupa no ordenamento jurídico brasileiro, negando a necessidade de equilíbrio na proteção dos direitos e deveres individuais e coletivos, e se recusaria a realizar uma interpretação sistemática dos princípios, regras e valores constitucionais.⁶⁴⁸

Por outro lado, parece oportuno indagar as razões da (defesa da) impunidade de graves violações de direitos humanos praticadas por detentores do poder (político, econômico, militar, paramilitar) com o conluio, omissão ou tolerância de agentes públicos: por que tal situação *deveria*

⁶⁴⁴ MARINHO, Alexandre Araripe/FREITAS, André Guilherme Tavares. *Manual de direito penal: parte geral*. 2a. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 30-37.

⁶⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7a. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, sobre as conseqüências do caráter imperativo das normas constitucionais.

⁶⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7a. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 87.

⁶⁴⁷ FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais*. Revista de Doutrina da 4a Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html. Último acesso em 2 de janeiro de 2016.

⁶⁴⁸ *Ibid.*.

prosseguir e por que *continua ocorrendo*? pergunta-se não apenas no nível deontológico - onde nos parece injustificável a resposta positiva - como também em nível fático, a partir da análise da relação de forças dos segmentos sociais vitimizados - a quem interessa deixá-los (os torturados, por exemplo, os trabalhadores submetidos à servidão ou as (potenciais) vítimas de execução por grupos armados) à própria sorte e invisibilidade? Seus direitos não *valem* o que *custaria* assegurá-los? Por fim, vale a pena perquirir a quem interessa a repetição irrefletida *ad aeternum* do discurso deslegitimante, inclusive expressamente dirigido a assegurar a perpetuação da impunidade de poderosos e detentores do poder e riqueza? Certamente não será às vítimas de graves violações de seus direitos fundamentais e humanos, em regra cidadãos hipossuficientes habitantes de áreas conflagradas,⁶⁴⁹ sob o poder da criminalidade organizada e/ou da macrocriminalidade e *invisíveis* ao capital.

A dicotomia simplista do *Estado mau contra o indivíduo bom* pode ser útil para construir a crítica deslegitimante da teoria agnóstica da pena, mas olvida que o poder estatal (e dentro dele o punitivo) é apenas uma das forças que se equilibram em sociedade, agindo em conformidade ou em contraposição com outras relações de poder (ou opressão), como o poderio econômico, político, militar e paramilitar.

Pretender que o Direito *sirva sempre ao imputado*, sem perquirir acerca do conflito sobre o qual está incidindo, equivale a coonestar a contínua opressão da vítima vulnerável da macrocriminalidade, já que esta se aproveita da omissão estatal para impor um estado de reiterada submissão - não apenas econômica e política, mas inclusive física e militar - à população hipossuficiente. Não é válido ou científico hipostasiar os conceitos de imputado e vítima, sem perquirir o contexto no qual o fato se insere, indagando se há relação de opressão ou de submissão continuada da vítima frente a seu algoz: nestes casos, o Direito Penal pode - e deve - equilibrar a relação privada de poder, aplicando uma sanção ao opressor, para salvaguardar os direitos e interesses da vítima subjugada. A conciliação destes interesses - do respeito aos direitos do imputado, da vítima e dos interesses coletivos - é exatamente a finalidade última do sistema jurídico-penal, sendo possível e necessário que o Direito cumpra a tarefa de assegurar o respeito à dignidade de *todos*, imputados e vítimas.

Enfim, faz-se insustentável a generalização feita por abolicionistas e agnósticos, sendo inaplicável à realidade brasileira, tanto no plano fático (em que o país é recordista mundial de

⁶⁴⁹ V. Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito da violência contra jovens negros e pobres, instaurada na Câmara dos Deputados, relatando a morte de 30.072 jovens entre 15 e 29 anos no país em 2012, dos quais 71,5% eram negros e 93,4% do sexo masculino, índice 146,5% maior do que o de vitimização de brancos naquele ano, indicando o "*desamparo estatal quanto a políticas públicas nos territórios de moradia da população negra e pobre*", no que foi denominado de *genocídio simbólico*. BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito da violência contra jovens negros e pobres. Relatório final. Relatora Deputada Rosângela Gomes. Brasília, Julho de 2015. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-morte-e-desaparecimento-de-jovens/relatorio-final-14-07-2015/relatorio-final-reuniao-de-15-07.15>. Acesso em 10 de janeiro de 2015.

homicídios⁶⁵⁰ e com altíssimo índice de impunidade com relação a tais fatos⁶⁵¹) quanto no normativo, uma vez que incompatível com o texto constitucional brasileiro (e também com o DIDH).

Por outro lado, se não pode ser aceita nos termos generalizantes e absolutistas em que é veiculada, a objeção agnóstica, porém, pode ser aproveitada como um *alerta* de que *jamais* se poderá descurar dos direitos individuais e das garantias dos imputados, quaisquer que sejam os crimes de que estejam sendo acusados, ressaltando a necessidade de ser sempre observada, *também*, a função dos direitos fundamentais *como direitos de defesa* contra o Estado. Não se pode, pois, pretender uma punição de quem tenha cometido graves lesões aos direitos humanos *a qualquer custo*, nem se tolerar que estes imputados sejam *demonizados* ou tratados como *inimigos*. Entretanto, coisa bem diversa é que o Estado se negue a tratá-los - e às suas vítimas - dentro do marco do respeito à lei, ao DIDH e à Constituição, omitindo-se indiferentemente, tolerando e coonestando as graves violações a direitos humanos que ocorrem diuturnamente.

Tampouco é sustentável o argumento de que se tenha que afastar *qualquer legitimação* ao Direito Penal para impedir "uma ilimitada expansão do poder punitivo". Trata-se de raciocínio que se utiliza da metáfora do rompimento de diques de contenção⁶⁵², da bola de neve, ou da colocação do agente numa encosta escorregadia ("*slippery slope*"), no qual a outorga de uma pequena concessão - à primeira vista proporcional - ao poder punitivo levaria à sua expansão incontrolável ou irrefreável a diversos outros casos manifestamente inadequados e à perda do Estado de Direito. O argumento é usado com frequência - e mais pertinência - no debate acerca do caráter absoluto ou relativo da proibição da tortura, exigindo o Estado de Direito sua absoluta rejeição, na medida em que o exercício do poder estatal ocorreria de forma incontrolável e manifestamente conflitante com os direitos

⁶⁵⁰ Dados de 2012 de relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) informam que o índice médio de elucidação *policial* (logo, preliminar) de crimes de homicídios no país é estimado entre 5% e 8%, muito inferior, por exemplo, àquele verificado nos Estados Unidos (65%), França (80%) e Reino Unido (90%). BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público e Ministério da Justiça. Estratégia Nacional de Segurança Pública. Diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil. Relatório nacional de execução da meta 2. Brasília, 2012. Disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf, último acesso em 7 de dezembro de 2015.

⁶⁵¹ Vide Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2015, disponível em http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015-retificado.pdf, acesso em 22 de outubro de 2015, registrando um total de 58.497 mortes violentas no Brasil em 2014, dentre os quais 3.009 vítimas faleceram em decorrência de ação policial e 55.488 em decorrência de outros crimes violentos. Veja-se, a título de comparação, que a taxa média dos países integrantes da União Europeia está em torno de 1 homicídio para cada 100.000 habitantes, que 25 dos 28 países tem taxas menores do que 2 para 100.000 e que a Lituânia, país mais violento da UE, tem taxa de 7/100.000, ainda assim 4x menor do que a brasileira. Cf. http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Crime_statistics&oldid=267430. Último acesso em 15 de dezembro de 2015. Para uma comparação global de índices, modalidades e causas de homicídio, vide o Estudo Global sobre Homicídio, do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. Disponível em http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/GSH2013/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf. Acesso em 28 de fevereiro de 2016.

⁶⁵² ZAFFARONI *et al.* *Direito Penal brasileiro, II*. Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2a. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 20: "*O saber (ou ciência) do direito penal deve operar como dique de contenção das sujas e turbulentas águas do estado de polícia, para impedir a submersão do estado de direito. Situadas em nível superior ao do estado de direito, tais águas represadas ameaçam ininterruptamente vazar por sobre o dique*".

fundamentais daquele submetido à tortura. Uma pequena concessão - ou conivência (ou predisposição à impunidade) - aqui, já permitiria um arbítrio irrefreável, pela falta de controles possíveis, além de coonestar uma violação à dignidade humana. Não é cabível, entretanto, a generalização deste raciocínio e sua utilização para impedir o legítimo exercício do poder estatal através da imposição de normas penais. Equiparar o julgamento de um membro de grupo de extermínio para que responda pelos crimes cometidos - com todas as garantias constitucionais - à prática de tortura por agentes estatais, considerando que em ambos os casos a legitimação levaria a uma expansão desenfreada e ilegal do autoritarismo estatal, parece evidentemente irrazoável e desmedido.

Curiosamente, o próprio ZAFFARONI afirma que, diante de graves violações a direitos humanos qualificadas como genocídio, "diante da enorme brutalidade do ilícito e da falta de modelos de solução racional" o jurista carece de espaço para limitar o poder punitivo "e, inclusive, a vingança particular", "não só no plano fático como também no ético", devendo exigir apenas "que se comprovem os fatos e que, no mínimo se respeite o princípio da humanidade, porque o resto é silêncio de sua parte".⁶⁵³ Nestes casos, afirma o autor que não há "muito espaço de legitimação" para a contenção do poder punitivo, defendendo regra na qual as possibilidades de limitação do poder punitivo diminuem na medida em que o conflito seja menos suscetível de ser resolvido por outros modelos (extrapenais), bem como na medida do maior esforço do imputado em alcançar a situação de criminalização secundária, concluindo não haver alternativa extrapenal ao genocídio e terem os genocidas empreendido esforço formidável para se colocarem em situação de criminalização.⁶⁵⁴

De todo o exposto, depreende-se que a crítica dos autores que deslegitimam de forma absoluta as normas penais não pode ser aceita nos termos propostos. Porém, seus argumentos jogam luz sobre a necessidade de existência de um controle normativo sobre todo e qualquer exercício de poder, apto a condicioná-lo e limitá-lo dentro dos parâmetros do Estado de Direito. Estes, por sua vez, impõem a *necessidade de controle de constitucionalidade sobre todo exercício de poder estatal*, por quaisquer de seus agentes e em qualquer situação, *ainda que em face de graves violações de direitos humanos*.

Dessa forma, é possível aproveitar o contraponto trazido pelos autores para reafirmar que não se pode descurar - *em nenhum caso* - das garantias *constitucionais*, sobre qualquer exercício do poder punitivo, tais como forem expressas pela *jurisdição constitucional brasileira* - cuja última palavra é dada pelo Supremo Tribunal Federal.

⁶⁵³ ZAFFARONI, E. Raul *et al.* Direito Penal Brasileiro I, Ed. Revan, 4ª Ed, Rio de Janeiro: 2011, p. 328.

⁶⁵⁴ ZAFFARONI, E. Raul *et al.* Direito Penal Brasileiro I, Ed. Revan, 4ª Ed, Rio de Janeiro: 2011, p. 328-329, salientando que desde Nuremberg, duas tendências no Direito Internacional Público adquiriram força: a) os tratados que impõem a obrigação de sancionar determinados delitos como crimes internacionais (vale dizer, os *mandados internacionais expressos de criminalização*), trazendo obrigações de criminalizar e perseguir delitos comuns que afetam também interesses internacionais, como a repressão à escravidão, ao tráfico de mulheres e crianças, ao tráfico internacional de drogas ilícitas, à pirataria, ao sequestro de aeronaves, ao terrorismo, ao genocídio, ao *apartheid*, e à tortura; b) as tentativas de se estabelecer uma jurisdição penal internacional. *Ibid.*, p. 329-332.

Assim, afasta-se a pretensão da Corte IDH de promover o controle final de convencionalidade vinculante sobre *todo* o Direito interno, inclusive o Constitucional, porquanto sua adoção não permitiria qualquer controle sobre o exercício de sua jurisdição (enquanto o poder do STF é limitado no plano interno pelos mecanismos constitucionais de freios e contrapesos e no plano internacional pela possibilidade de responsabilização internacional do país por violação do DIDH).

A crítica deve ser aproveitada, pois, para reafirmar que o exercício do poder estatal - ainda que em cumprimento de norma do DIDH - deve ser controlável e submetido à Constituição e à jurisdição constitucional brasileira.

4.2 Inadequação da norma penal para proteção de direitos humanos.

Em complementação à objeção anterior, os defensores da teoria agnóstica da pena rejeitam que o Direito Penal possa promover a proteção de direitos ou bens jurídicos, negando exista - ou ao menos esteja empiricamente comprovada - qualquer eficácia dissuasória na cominação ou aplicação de sanções penais, negando ainda possam servir para reforçar a validade da norma ou o consenso social. Em consequência, reputam-nas absolutamente inadequadas para a tutela de direitos fundamentais ou humanos, o que impediria o uso da norma penal para o cumprimento de mandados constitucionais ou obrigações internacionais de proteção destes direitos.

A objeção não se sustenta, incidindo no que FERRAJOLI aponta como *falácia naturalista*,⁶⁵⁵ por extrair consequências deontológicas a partir da generalização de um argumento fático conjuntural, tomando como axioma o que é objeto de controvérsia (*se a cominação ou imposição da pena previne ou não a prática da conduta vedada*), a partir das falácias do apelo à ignorância⁶⁵⁶ e da falsa dicotomia.⁶⁵⁷ Ora, por que não são admissíveis variações e matizes para a aptidão preventiva da sanção penal, conforme a infinidade de fatores e variáveis incidentes (relativos à forma, à temporalidade, e modo de cominação e aplicação da pena, e às espécies de penas, condutas vedadas e agentes/apenados, tomando-se as múltiplas variáveis sociais, econômicas, políticas etc)? Esta

⁶⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.302-303, reiterando a impossibilidade metodológica de se derivar prescrições (mundo do dever ser) de descrições fáticas (mundo do ser), afirma que as doutrinas abolicionistas que contestam o fundamento axiológico das penas com o argumento assertivo de que não satisfazem, no mundo dos fatos, os objetivos a ela creditados, como prevenir delitos, "são viciadas pela falácia naturalista, sendo impossível que se extraia de tais argumentos assertivos tanto a rejeição como a aceitação de proposições prescritivas", a menos que se argumente e demonstre não apenas a não-realização fática daquele objetivo, mas que este é irrealizável de forma absoluta no plano empírico. Assim, a crítica apenas teria validade para desconstruir a prescrição normativa de que *as penas devem ser utilizadas para prevenção e dissuasão de crimes* se demonstrasse ser absolutamente impossível que isto ocorra, o que não parece ser possível, diante da complexidade e multiplicidade de penas e fatores envolvidos, já mencionados no item 4.1.

⁶⁵⁶ O *argumentum ad ignorantiam* consiste em dar como provado algo a partir da ignorância quanto à sua validade. *Ninguém conseguiu provar que Bin Laden foi morto. Logo, ele não foi morto*. Ora, não é porque se diz desconhecer se algo é verdadeiro que seja falso, e vice-versa. *Não se provou que a pena dissuade. Logo, a pena não dissuade*.

⁶⁵⁷ Ou falso dilema, estabelecendo apenas duas únicas soluções possíveis para uma indagação complexa que admitiria várias matizes. *A cominação e a aplicação da pena é totalmente adequada ou totalmente inadequada à dissuasão da conduta vedada*. Contudo, diante da complexidade e diversidade do fenômeno criminal no plano fático, não é científica sua redução a um sistema binário de aptidão ou inaptidão dissuasória.

diversidade fática no fenômeno criminoso e no exercício do poder punitivo é incompatível com a generalização promovida pelos defensores da teoria agnóstica da pena, impedindo seja absolutizada a (in)aptidão dissuasória da norma penal e, conseqüentemente, extraída a consequência prescritivo-deontológica por eles desejada (de que não deve ser o Direito Penal utilizado para a tutela de direitos fundamentais, por sua suposta inadequação).

Ademais, a crítica se coloca em dissonância com as determinações normativas internacionais e constitucionais, e é refutada pelas investigações criminológicas de violações de direitos humanos. Em relação à primeira assertiva, verifica-se que o Direito Internacional expressamente exige a tutela penal em face de graves violações de direitos humanos, seja através do Direito Penal Internacional (com a criação e funcionamento do Tribunal Penal Internacional (TPI), a *exigir* a persecução penal em face de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, sob pena de avocação da competência para o TPI), seja através das diversas convenções internacionais que consignam mandados expressos de criminalização, como a Convenção para Prevenção e Repressão ao Genocídio, as Convenções Interamericana e das Nações Unidas para Prevenir e Punir a Tortura, Convenção sobre os Direitos da Criança e Protocolo facultativo referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, dentre outras, seja através das convenções de DIDH e da jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos.

É verdade que tais prescrições deontológicas não produzem efeitos no plano fático, no qual os tratados firmados pelos Estados poderiam partir de falsas premissas repetindo o discurso jurídico-penal para criar uma retórica que reforçasse seu poder. Contudo, o ônus de demonstrar a veracidade de tal assertiva (e da ineficácia absoluta do instrumento penal) *e, sobretudo, de comprovar que há alternativas viáveis* (para tratar as hipóteses em questão) e menos restritivas dos direitos fundamentais, parece ser consideravelmente elevado, e incumbe a quem busca *desconstruir* o sistema jurídico-penal, afirmando-o inadequado à tutela de direitos, e substituí-lo por algum outro sistema ou pela falta dele.⁶⁵⁸

De forma semelhante ao DIDH e ao DPI, a CRFB/88 veicula diversos mandados expressos de criminalização para a tutela de direitos humanos - no próprio capítulo em que enuncia os direitos e garantias fundamentais (v. art. 5º, XLII, p. ex), como forma de proteção normativa dos direitos fundamentais, além de constituir um aparato estatal especificamente voltado para a investigação,

⁶⁵⁸ Luigi Ferrajoli afirma que "*o modelo da autorregulamentação social, que marca a sociedade perfeita sonhada pelas várias versões do abolicionismo holístico, não é uma previsão científica, mas um modelo normativo irremediavelmente utópico, idôneo a avaliar sistemas sociais repressivos totalizantes, que, somente graças a uma falácia normativista, podem ser descritos como livres de constringões e coerções*". V. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 305. Assim, para negar no plano dos fatos qualquer eficácia preventiva ao Direito Penal em qualquer caso, tomemos, p.ex., para impedir extermínios e torturas e assim defender o direito à vida e à integridade física e psíquica, e com isso pretender refutar a possibilidade de o instrumento penal promover a tutela de direitos humanos, é preciso: a uma, demonstrar a impossibilidade absoluta de qualquer eficácia dissuasória; a duas, demonstrar que as alternativas propostas - ou a falta delas - promovem uma defesa mais eficaz destes bens jurídicos.

persecução e jurisdição criminal, reconhecendo, pois, a necessidade da lei penal para a tutela de bens jurídicos e direitos humanos.⁶⁵⁹ Seria preciso retirar a eficácia normativa das disposições constitucionais, o que parece pecar por interpretar a Constituição a partir de uma pré-convicção filosófica que se pretende superior a ela, procedimento de duvidosa legitimidade no Estado Democrático de Direito.

As críticas que negam a possibilidade de tutela penal de direitos na realidade são dirigidas ao poder estatal como um todo, recusando legitimidade ou eficácia na aplicação de quaisquer sanções⁶⁶⁰ e execução (*enforcement*) de normas jurídicas pelo Estado: rejeitam, em verdade, o Estado em si e a legitimidade da força cogente das normas jurídicas.⁶⁶¹

As alternativas ao Estado e às normas jurídicas, entretanto, como hodierna e lamentavelmente se demonstra a partir da experiência de Estados falidos, zonas de anarquia, guerras civis e, no Brasil, de zonas de conflagração onde o Estado não logra exercer o monopólio da força e da lei, é a mais pura barbárie e arbitrariedade. Em outras palavras: "a ausência do Estado exercendo efetivamente o direito de punir significa o retorno à vingança privada, na qual prevalece, com certeza, não a justiça, mas a lei do mais forte, na eliminação genocida dos mais fracos".⁶⁶²

Negar em caráter peremptório (aliás, prescindindo de qualquer análise fática), ou mesmo exigir demonstração empírico-científica da eficácia absoluta da tutela penal para graves violações de direitos humanos, encerra outro sofisma, na medida em que tampouco se demonstram ou analisam cientificamente a eficácia *dos demais meios de tutela* estatal - ou da omissão estatal e internacional -

⁶⁵⁹ FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 81. O autor aduz que mormente diante do texto constitucional, "*o Direito Penal não pode ser visto sob uma obsoleta compreensão que nele identifica um braço armado do Estado cujo único efeito consiste na redução do espaço de liberdade dos cidadãos. Há muito agrega-se-lhe outra função*", de proteção normativa dos direitos fundamentais, como o de não ser discriminado em razão de sua raça, na hipótese do mandado expresso de criminalização do racismo (art. 5º, XLII, CRFB/88, considerando-o, ainda, crime inafiançável, imprescritível e sujeito à pena de reclusão).

⁶⁶⁰ CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al Derecho Penal*. 2a. Ed. Buenos Aires/Montevidео: Editorial B de F/Euros Editores, 2001, p.114. O autor afirma que a questão acerca da distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, e as respectivas sanções, é problema insolúvel, parecendo mais acertada a conclusão de que não existe diferença substancial entre estes dois tipos de sanções. Em sentido semelhante, ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner Teil; Band I: Grundlagen; der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. Aufl. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 58-59, sustentando que a distinção entre o ilícito penal e o administrativo é mais quantitativa que qualitativa, não havendo critério material substancialmente válido e universal a distingui-los.

⁶⁶¹ Luís Roberto Barroso, expondo sobre a força normativa das normas constitucionais, afirma que a imperatividade é atributo das normas jurídicas em geral que, a par de conter um mandamento, prescrição ou ordem, ensejam a deflagração, se inobservadas, "*de um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão ao seu comando*". V. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7a. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 78.

⁶⁶² MARINHO, Alexandre Araripe/FREITAS, André Guilherme Tavares. *Manual de direito penal: parte geral*. 2a. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 46. Em sentido similar, Roxin afirma que quando o dever de proteção estatal não puder ser cumprido de nenhuma outra maneira, pode ser o legislador compelido a proteger os bens jurídicos essenciais através do direito penal, *sob pena de se permitir que o Estado se subtraísse de sua tarefa de assegurar a coexistência pacífica dos cidadãos e com isso renunciasse à sua existência*. V. ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner Teil; Band I: Grundlagen; der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. Aufl. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 44.

em face de graves violações de direitos humanos: assim, descarta-se o instrumento penal como inadequado ou não-comprovadamente adequado à tutela estatal em face de graves violações de direitos humanos, sem se verificar concretamente se as alternativas existentes são comprovadamente mais adequadas.

A objeção peca, ainda, pela generalização absolutizante da necessidade de eficácia - e da afirmação de sua inexistência. Alegar que o Direito Penal *não resolve o problema* ou *não é adequado* à tutela de direitos humanos é pretender obnubilar que *não existe solução definitiva* que logre impedir de forma absoluta a renovação das violações. Não há instrumento jurídico, social ou econômico que *resolva* a questão da ocorrência de graves violações a direitos humanos, incidindo a crítica na falácia de elevar *ad absurdum* a exigência de adequação do instrumentário penal para o tratamento do problema, para permitir a repetição *ad nauseam* do mantra de que o instrumento penal *não resolve o problema*. Ora, a mera sanção administrativa do servidor público torturador, homicida ou violador de direitos humanos tampouco *resolve o problema*; a utilização do direito privado ou o pagamento de indenizações públicas ou privadas tampouco *resolve*; igualmente não *resolve* o problema a alocação de recursos orçamentários em campanhas educativas, publicitárias ou assistenciais, na mera investigação dos fatos sem que surtam repercussões jurídicas, nem muito menos a pura e simples omissão estatal diante de atrocidades (esta sendo, talvez, uma das respostas que mais vem sendo testada no Brasil⁶⁶³, com garantida ineficácia).

A falta de tutela penal, contudo, se mostra manifestamente perniciosa no trato de graves violações de direitos humanos, mormente quando praticadas por agentes detentores do poder - ou com a colaboração, permissividade, tolerância, incapacidade, inércia ou omissão destes, promovendo retraumatizações nas vítimas individuais e generalizada frustração, temor e insegurança na perspectiva social.⁶⁶⁴ Em sentido semelhante, AMBOS⁶⁶⁵ afirma que a impunidade está diretamente ligada a

⁶⁶³ Vide as estatísticas oficiais indicando a elucidação *policia* de indícios *preliminares* de autoria em apenas 5% a 8% dos homicídios, conforme referido no capítulo anterior, que parece ser bom parâmetro para ferir a ordem de grandeza da omissão estatal no que tange às (demais) graves violações de direitos humanos.

⁶⁶⁴ BEKERMAN, Silvana. Modelos de abordagem en contextos de impunidad. In: *I Seminario Latinoamericano y del Caribe: modelos de abordaje para personas afectadas por la tortura y otras violaciones a los derechos humanos*. 1a. ed. Ciudad de Guatemala/Copenhagen, ECAP/ODHAG/IRCT, 2000, p. 109-113, analisando as violações de direitos humanos praticadas e permitidas pela ditadura argentina nos anos 70 e 80, na perspectiva da psicoterapia, afirma que sua impunidade traz graves consequências, modificando a estruturação dos modos de ser, pensar e sentir dos indivíduos e os códigos éticos e valorativos da sociedade, sendo reforçada por campanhas psicológicas de legitimação dos crimes cometidos, promovendo a inversão da culpa sobre a vítima, a diluição de responsabilidades e a indução ao esquecimento.

No nível individual, afirma que se observam, com frequência, em decorrência da impunidade dificuldades de elaboração das situações traumáticas vividas, retraumatizações, afetação da identidade própria, dificuldades de estabelecimento de vínculos afetivos gratificantes e variados quadros psicopatológicos (*op.cit.*, p. 109-111). Na perspectiva psicossocial, a autora constatou que a impunidade causou a aparição generalizada de frustração e ceticismo, a persistência e aprofundamento de sentimentos de temor, insegurança, indefensão, a reativação de vivências persecutórias, o aumento de condutas agressivas e de crimes violentos, a impulsividade, arbitrariedade e a aparição de respostas sociais espontâneas. (*op.cit.*, p. 111-112).

⁶⁶⁵ AMBOS, KAI. *Impunidad y derecho penal internacional*, 2a Ed, Editora Ad-Hoc. Buenos Aires: 1999, pp. 42-43.

fatores estruturais, sendo inerente à problemática sociopolítica das relações socioeconômicas de uma sociedade subdesenvolvida, implicando a ausência de proteção à população não-privilegiada, conduzindo a um descrédito da Justiça e a uma crescente desconfiança do povo a respeito das instituições estatais. Assim, a impunidade destes fatos pode alcançar uma magnitude tal que deixa completamente inerte sua persecução, de modo que seus autores não tenham que temer por nenhum tipo de sanção estatal. Conclui AMBOS que "*para las víctimas de los delitos ésta es ciertamente una perspectiva alarmante, que se opone ampliamente a su necesidad, probada en las investigaciones victimológicas de derechos humanos, de protección frente a futuras violaciones de esa naturaleza.*"⁶⁶⁶

De outro lado, FERRAJOLI lembra que a aplicação da sanção penal proporcional, além de ter efeito dissuasório contra o cometimento de novos ilícitos, tutelando direitos pela prevenção geral, também tem um efeito protetivo com relação ao agressor (ou ao inocente tido como tal), ao obstruir a vingança privada, que é arbitrária, incontrolável e frequentemente desproporcional.⁶⁶⁷ Assim, se os objetivos da prevenção geral devem ditar um limite mínimo das penas, abaixo do qual não há dissuasão e a sanção "não constitui mais uma pena, mas sim uma taxa"⁶⁶⁸, privada de capacidade dissuasiva, a principal função da pena estatal é a prevenção geral das penas arbitrárias paraestatais, sendo a lei penal voltada a evitar tanto a ocorrência dos crimes como da vingança e outras possíveis reações informais incontroláveis e arbitrárias. Dessa maneira, conclui que a dupla finalidade preventiva confere o âmbito e os limites da sanção penal, enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, velando pela proteção dos cidadãos contra a arbitrariedade de proibições e punições exercidas pelos poderes privados. Assim, se o Direito Penal tem um custo aos direitos individuais, a impunidade também o tem, "de um mesmo tipo mas virtualmente mais elevados, que podem advir não apenas para as pessoas em geral, mas, inclusive, para os réus", ensejando reações selvagens e desregradas às ofensas.⁶⁶⁹

Por outro lado, como já afirmado, é evidente que o combate à impunidade de graves violações a direitos humanos, com a concreta investigação, persecução e punição de seus responsáveis não pode ser tido como uma panaceia de todos os problemas sociais, psicológicos, econômicos e jurídicos

⁶⁶⁶ Ibid., p. 44.

⁶⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 308-314.

⁶⁶⁸ A sanção aplicada em decorrência da prática de ato que encerre grave violação de direitos humanos deve, pois, ser minimamente dissuasória, sob pena de equivaler a uma autorização remunerada da conduta. Imagine-se se a condenação por homicídio, tortura ou escravidão ensejasse apenas módica sanção pecuniária, haveria realmente algum efeito dissuasório geral - e mesmo preventivo de autotutela, diante de tamanha impunidade?

Situação análoga ocorre na anedota da vítima de lesões corporais que, percebendo em audiência preliminar dos Juizados Especiais Criminais que seu algoz celebraria transação penal com módica prestação pecuniária, teria concluído que o melhor a fazer era agredi-lo severamente na própria audiência, além de desacatar o juiz, promotor, defensor e demais servidores, sabedor de que arcaria com modesta prestação pecuniária similar. Se a tortura e o homicídio fossem apenados com módicas prestações pecuniárias, talvez houvesse fila para quitá-las antecipadamente, na atual situação brasileira.

⁶⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 313-314.

decorrentes da violação a direitos humanos. A tutela penal não tem esta pretensão, atribuída em caráter absolutizante apenas por seus críticos, no sofisma antes demonstrado: ao contrário, deve ser conjugada com as demais medidas aventadas (como as sanções administrativas, indenizações públicas e privadas, a investigação administrativa e social dos fatos com publicação dos resultados, a realização de campanhas educativas e publicitárias e a assistência social, psicológica e previdenciária às vítimas) para que através deste *conjunto de medidas* possa o Estado tentar reafirmar a validade, vigência e extrema relevância dos direitos humanos violados, dissuadir os detentores do poder e agentes capazes de promover violações de direitos humanos de levá-las a cabo, tolerá-las ou omitir-se, compensar as vítimas e inculcar os valores do respeito aos direitos humanos nos apenados, nos servidores públicos e na sociedade em geral. Se para algum potencial violador de direitos humanos a mensagem funcionar, já terá havido eficácia dissuasória - maior do que a eficácia demonstrada da omissão estatal - e a questão será ponderar mais a proporcionalidade em sentido estrito (custo-benefício) da restrição penal.

Em sentido semelhante, SAFFERLING aponta que conquanto a tutela penal de violações a direitos humanos evidentemente não constitua a panaceia, a persecução penal cumpre importante papel, contribuindo consideravelmente para a superação das feridas das atrocidades,⁶⁷⁰ impondo a mais grave reprovação, estigmatização e consequência jurídica sobre a conduta violadora de direitos humanos, sendo dirigida ao controle dos poderosos e à completude do Estado de Direito.⁶⁷¹ O autor aponta que, numa abordagem sociológica, a apresentação e censura moral (estigmatização) do responsável por uma grave violação à lei reforça o sentimento de confiança no sistema jurídico, (ante a constatação de que é capaz de se defender de violações) e de segurança, corroborando o senso de justiça (que é profundamente perturbado quando uma norma fundamental é violada), tendo o julgamento um efeito catártico sobre a sociedade, facilitando que a sociedade e a vítima suportem o trauma e sofrimento vivenciados, dando voz à vítima e permitindo a revelação dos eventos ocorridos: em suma, afirma-se a existência de um efeito pacificador sobre as vítimas e sobre o conjunto da sociedade, decorrente da persecução e aplicação de sanções penais frente a graves violações de direitos humanos. O autor alerta, contudo, que o instrumento penal, apesar de importante, não pode ser o único utilizado, sendo necessária sua conjugação com outras respostas estatais, como as civis,

⁶⁷⁰ SAFFERLING, Christoph J.M. *Can criminal prosecution be the answer to massive human rights violations?* German Law Journal. vol. 05, no. 12, p. 1.470. Disponível em <http://www.uni-marburg.de/icwc/dateien/cancriminalprosecutionbetheanswer.pdf>, acesso em 14 de outubro de 2015, sobre o papel do Direito Penal Internacional em face de massivas violações a direitos humanos.

⁶⁷¹ SAFFERLING, Christoph J.M. *Can criminal prosecution be the answer to massive human rights violations?* German Law Journal. vol. 05, no. 12, p. 1.473-1.475. Disponível em <http://www.uni-marburg.de/icwc/dateien/cancriminalprosecutionbetheanswer.pdf>, acesso em 14 de outubro de 2015.

administrativas e assistenciais, para o enfrentamento das consequências sociais e individuais da prática de graves violações a direitos humanos.⁶⁷²

Ademais, a impunidade de graves violações de direitos humanos permite a perpetuação do reinado do terror e silêncio, impedindo a veiculação de demandas sociais, além de incitar a exteriorização do ódio através da violência de multidões e a percepção de que a violência é justificada.⁶⁷³ OPOTOW⁶⁷⁴ conceitua impunidade como "a isenção de responsabilidade, sanção ou punição para perpetradores de atos ilegais", ocorrendo quando crimes de tortura, execuções extrajudiciais e homicídios coletivos são aberta ou tacitamente perdoados como resultado de anistias, graças, indiferença ou "*vista grossa*" por parte das autoridades. Neste caso, crimes não são investigados, suspeitos não são levados a julgamento, condenações não são obtidas a despeito de provas manifestas, eventuais condenados são responsabilizados a sanções triviais diante da gravidade de seus crimes e sentenças não são executadas. A referida autora, fazendo menção ao trabalho de direitos humanos realizado na Guatemala nos anos 1980, distingue três aspectos na impunidade: estrutural (mobilização oficial e institucional contra a persecução penal de violações a direitos humanos), estratégica (adulteração de provas para frustrar a investigação, criação de versões de fachada para encobrir os crimes praticados) e psicológica (manipulação do medo, desconfiança e isolamento entre os cidadãos para demolir as esperanças de liberdade, igualdade e justiça, visando a silenciar qualquer resistência através de um reinado de terror), frequentemente combinados para a criação de uma "cultura de impunidade"⁶⁷⁵. Neste quadro, agentes públicos, grupos paramilitares e cidadãos comuns violam a lei sem medo de punição, ante a arraigada convicção de silêncio mútuo, decorrente de conluio lateral (derivado da troca de vantagens e do assistencialismo praticado pelos agressores) e vertical (dos líderes das agências policiais, militares e políticos). Como resultado, as investigações criminológicas constataram que as lesões de direitos humanos sofridas pelos grupos marginais permaneceram invisíveis, perpetuando o reinado de terror e a lei do silêncio, levando a população carente se resignar a não ter direitos, e dando ensejo a vinganças violentas.

O quadro social analisado pela autora é assaz similar ao brasileiro, consistindo em um contexto de graves desigualdades sociais, alto índice de criminalidade violenta, atuação de grupos armados paraestatais, constantes violações à lei por parte de agentes do Estado e baixa eficácia da investigação e persecução penal estatal. Neste quadro, as graves desigualdades sociais, associadas à falta de efetividade na prestação de segurança pública e na aplicação das leis penais ante lesões sofridas pelos

⁶⁷² SAFFERLING, Christoph J.M. *Can criminal prosecution be the answer to massive human rights violations?* German Law Journal. vol. 05, no. 12, p. 1.473-1.475. Disponível em <http://www.uni-marburg.de/icwc/dateien/cancriminalprosecutionbetheanswer.pdf>, acesso em 14 de outubro de 2015, p. 1.479-1.487).

⁶⁷³ OPOTOW, Susan. Psychology of Impunity and Injustice: Implications for Social Reconciliation, *in* Post-conflict Justice, BASSIOUNI, Cherif M. (edit), Ardsley, 2002, Transnational Publishers, pp. 201-217, esp. 203.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 202-207.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 202-203.

excluídos (ao contrário do que ocorre medianamente em relação à população *incluída*), reforçam a perversa ideia de que aquelas vidas não possuem valor, reduzindo a capacidade de compaixão e solidariedade. VIEIRA⁶⁷⁶ salienta que a desigualdade, além de criar indivíduos invisíveis (cujo sofrimento não é levado em conta), cria indivíduos *demonizados* (os que desafiam sua invisibilidade por meios violentos, tendo sua humanidade desconstruída pela sociedade) e outros *imunes* à ação estatal (diante de sua posição privilegiada na sociedade), fazendo com que os dois primeiros sejam situados *abaixo da lei* enquanto um grupo de privilegiados permaneça acima do controle estatal. Conclui o autor que a questão para os agentes sociais e institucionais preocupados com a desigualdade, na perspectiva do Estado de Direito, é "reduzir a invisibilidade, a demonização e a imunidade"⁶⁷⁷, para o que se faz essencial a utilização, também, do instrumentário penal, dentro dos limites e garantias do Estado de Direito.

4.3 Limitação da discricionariedade do legislador com violação à separação de poderes.

Outros rejeitam o instituto, em especial no que tange aos mandados constitucionais de criminalização primária, sustentando que violaria a discricionariedade do legislador, dotado de legitimidade democrática, para deliberar acerca da hipotética criminalização - e da respectiva sistemática de persecução penal, dentre as várias formas de proteção estatal a um direito fundamental. Em síntese, sustentam que ainda que reconhecida a *dignidade penal* de um bem jurídico, *facultando* a decisão criminalizante, esta é *permitida* ao legislador, que é quem dispõe de *legitimidade democrática* para sopesar prós e contras de cada uma das formas de proteção possíveis àquele bem jurídico, dentre a utilização de normas administrativas, cíveis, tributárias ou penais, e decidir pela necessidade ou não de criminalização.⁶⁷⁸

No âmbito constitucionalista, SARMENTO afirma que a abertura da Constituição, preconizada pela moderna teoria constitucional a partir da obra dos alemães PETER HÄBERLE e KONRAD

⁶⁷⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena, *op. cit.*, p. 208-210;

⁶⁷⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena, *op.cit.* p. 213-215. Nesta classificação, pode-se dizer que as teses agnósticas apenas lidam com a questão dos *demonizados*, não tocando com a questão dos *invisíveis* e dos *imunes*.

⁶⁷⁸ Neste sentido, v. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6a. Ed. São Paulo: RT, 2013, p. 100, distinguindo entre a determinação da dignidade penal (*Strafwürdigkeit*), da necessidade de tutela penal (*Strafbedürftigkeit*) e a capacidade de proteção, defendendo que merecedores ou dignos de possível tutela penal - caso necessária e apta - serão os bens jurídicos indicados constitucionalmente e aqueles que se encontrarem em harmonia com o Estado Democrático de Direito, gozando o legislador de *liberdade seletiva* para aferir a necessidade; FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4a ed. São Paulo: RT, 2000, p. 63; V. tb. CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al Derecho Penal*. 2a. Ed. Buenos Aires/Montevidéu: Editorial B de F/Euros Editores, 2001, p. 127-128, distinguindo *merecimento de proteção*, *necessidade de proteção* e *capacidade de proteção*, afirmando que: "*No todo bien merecedor de protección está necesitado de protección penal*", aludindo que por vezes a proteção oferecida pelos demais ramos do direito será insuficiente, pelo que será chamada a intervenção penal. Em sentido semelhante, VIEIRA, Renato Stanzola. *Mandados implícitos de criminalização: da relação entre Constituição e Direito Penal a um inconstitucional exercício de ativismo judicial*. Revista de Ciências Penais, v. 15, jul-dez/2011, p.419-450. V.tb. PASCHOAL, Janafina Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 75-76, para quem até mesmo o reconhecimento da *dignidade penal* de bens jurídicos na Constituição deve ser afastada, *se se pretende ser fiel ao objetivo de realizar um Direito Penal mínimo*.

HESSE, exprime a necessidade de a Constituição não regular de forma rígida e minuciosa todas as matérias a que se dedica, para não enclausurar em *camisas-de-força* o legislador e o administrador. A lei maior não deveria ser um código global da sociedade, sob pena de sufocar as forças sociais e amputar o espaço da discussão de ideias. Ao revés, defender uma Constituição aberta importa em sustentar uma elasticidade material da Lei Fundamental para abrigar sob o seu manto diferentes ideologias e visões de mundo, não devendo optar de modo rígido por qualquer delas: a função do constituinte, ao revés, seria a de fomentar o embate entre ideias e projetos divergentes, catalisando o ideal democrático e pluralista.⁶⁷⁹ A Constituição aberta deve permitir a acomodação harmônica de valores divergentes, sendo incompatível com uma hierarquização rígida dos princípios constitucionais (como a prioridade de direitos individuais sobre sociais ou vice-versa).⁶⁸⁰ Com efeito, HESSE afirma que a estrutura da Constituição não é completa, omitindo diversas questões, que permaneceriam "conscientemente abertas, para deixar espaço à livre discussão, decisão e configuração".⁶⁸¹ Necessário seria, pois, o reconhecimento de uma ampla margem de discricionariedade ao legislador e ao administrador no exercício de suas competências.

Ademais, a ponderação judicial de valores constitucionais - que contribui para a construção e aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*) que fundamenta os mandados de criminalização, é alvo de críticas por supostamente relativizar os direitos fundamentais e por conferir margem excessiva de discricionariedade ao Poder Judiciário, em detrimento do Legislativo (que dispõe de legitimidade democrática), *podendo recair* em decisionismo.⁶⁸²

A objeção da relativização de direitos fundamentais pode ser afastada de plano, uma vez que não existem direitos absolutos: cada direito começa onde termina o direito alheio e a fixação dos limites é a principal tarefa do intérprete: "a coexistência de diversos direitos fundamentais, ao lado de outros princípios constitucionais igualmente relevantes, impõe inexoravelmente a relativização de cada um, como imperativo de convivência harmônica entre os mesmos".⁶⁸³

A segunda objeção - da falta de legitimidade do Poder Judiciário em ponderar bens em detrimento do Legislativo, além de ser refutável pelo caráter contramajoritário das normas constitucionais e internacionais de proteção a direitos humanos, não se aplica integralmente à hipótese dos mandados de criminalização (primária), na medida em que, por força do princípio da legalidade, a

⁶⁷⁹ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2a. Ed. Revista e Atualizada. Org. Ricardo Lobo Torres. Ed. Renovar. Rio de Janeiro:2001, p. 64-65.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, p. 66.

⁶⁸¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. (da 20a edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 39.

⁶⁸² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.70-84; V. STRECK, Lenio Luiz. *Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia*. In: Revista da AJURIS, v. 41, n. 135 - Setembro de 2014. Porto Alegre: AJURIS, 2014.

⁶⁸³ SARMENTO, DANIEL, Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2a. Ed. Revista e Atualizada. Org. Ricardo Lobo Torres. Ed. Renovar. Rio de Janeiro:2001, p. 69.

decisão acerca dos limites da incriminação e das sanções respectivas necessariamente será oriunda do Poder Legislativo, restando ao Poder Judiciário apenas a análise *a posteriori* da proporcionalidade da norma, em seu duplo sentido. Com efeito, o princípio da legalidade estrita faz com que a ponderação de bens, no âmbito penal, sempre deva ser intermediada pelo Legislador, ao revés do que ocorre no âmbito cível. Quanto à sindicabilidade judicial da decisão do legislador - *e.g.* acerca da descriminalização de uma conduta ou da obstrução ou impedimento à persecução penal - com base em fundamentos constitucionais ou internacionais, constitui-se de inevitável decorrência do sistema jurídico brasileiro, de constituição rígida, ocorrendo precipuamente em casos de manifesta desproporcionalidade da lei. Com efeito, não se pode confundir a discricionariedade legislativa, que deve ser ampla, com arbitrariedade⁶⁸⁴, que pode ser praticada tanto pelo abuso do poder criminalizante como pela sua deliberada omissão ou obstrução (como no caso de causas justificantes excessivamente amplas e vagas ou de certas causas de extinção da punibilidade).

O debate se insere, pois, na questão relativa à *colisão* entre o *princípio da democracia* e os *direitos fundamentais*. Segundo ALEXY, um conceito *formal* de direitos fundamentais consideraria que estes são posições tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não simplesmente não pode ser deixada para a maioria parlamentar.⁶⁸⁵ Assim, se, em regra, é possível concordar com a crítica quando preconiza uma ampla discricionariedade do legislador para a criminalização primária, faz-se necessária uma análise casuística acerca de sua pertinência: será procedente em grande parte dos casos, onde haverá plena liberdade do legislador para decidir a melhor política criminal a ser seguida. De outro lado, é de se recordar que as constituições nacionais modernas ampliaram sensivelmente seu corpo normativo⁶⁸⁶, procurando *dirigir* a atividade do legislador e do Estado, alterando o paradigma do constitucionalismo clássico.

Além disso, não se trata aqui de deliberar acerca da melhor política criminal para furtos, ilícitos a direitos do consumidor, à propriedade intelectual, lesões corporais ou ilícitos aduaneiros, onde haveria uma (mais) ampla margem de discricionariedade legislativa. Aborda-se a questão sob a ótica de *graves violações a direitos fundamentais*, em especial aquelas praticadas pela *macrocriminalidade* com a intervenção, anuência, impotência ou tolerância de agentes públicos. De fato, a tipologia da maioria dos casos nos quais tribunais internacionais de direitos humanos desenvolveram nas últimas duas décadas a doutrina do caráter dúplice dos direitos fundamentais, a criar um *dever de castigar penalmente* graves violações de direitos humanos, é aquela de execuções arbitrárias, tortura, maus

⁶⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6a. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 230-231, anota que a análise judicial da razoabilidade importa em um juízo de mérito sobre os atos editados pelo Legislativo, interferindo na discricionariedade do legislador ao limitar a liberdade de conformação legislativa.

⁶⁸⁵ ALEXY, Robert. *op.cit.* p. 446-450.

⁶⁸⁶ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2a ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 69.

tratos, escravidão e desaparecimentos forçados imputáveis ou tolerados por agentes estatais.⁶⁸⁷ Máxime nestes casos, como lembra VIGANÒ, não se pode olvidar que o poder punitivo estatal pode ser usado de modo arbitrário *tanto* através de seu *exercício como* através de sua *omissão*⁶⁸⁸, deixando indefesas as vítimas hipossuficientes ante seus agressores, que muitas vezes se mantêm faticamente em uma situação de poder, aptos a continuamente subjugar-las.

Ademais, as vítimas deste tipo de violação em regra seriam incapazes de apurar os fatos e obter qualquer espécie de reparação pela via cível, salientando que apenas a máquina estatal de persecução penal tem os meios e a chance de - querendo - investigar com êxito tais ilícitos, quebrando o muro da lei do silêncio (*omertà*)⁶⁸⁹ imposto pelos mais fortes.

Assim, ainda que não se possa, *como regra*, reconhecer uma obrigação constitucional generalizada de tutela de direitos fundamentais *pela via penal*, gozando o legislador *em regra* de *ampla margem* de discricionariedade para a política criminal, em homenagem à sua legitimidade democrática, em muitos casos - como naqueles em que ocorrem graves violações a direitos humanos, faz-se inviável que a tutela estatal ocorra sem utilização concomitante da via penal. ROXIN, analisando a questão sob a ótica da sociedade e do Direito alemães, afirma que o problema da existência de deveres de criminalização ainda "não está resolvido", sustentando que *via de regra* não existe tal obrigação, cabendo ao legislador eleito ponderar a tensão das normas penais com as liberdades individuais.⁶⁹⁰ Acrescenta, porém, o autor que em casos excepcionais, quando o dever de proteção estatal não puder ser cumprido de nenhuma outra maneira, pode ser o legislador compelido a proteger os bens jurídicos essenciais através do direito penal, sob pena de se permitir que o Estado se subtraísse de sua tarefa de assegurar a coexistência pacífica dos cidadãos. Assim, os bens protegidos constitucionalmente devem, se necessário, ser defendidos mesmo contra a vontade da maioria: e, "se se demonstrar que a proteção aos bens jurídicos apenas ocorrerá através da norma penal, e a aplicação da sanção penal ao criminoso se mostrar razoável com relação à proteção do bem jurídico, esta deve ser utilizada".⁶⁹¹

⁶⁸⁷ VIGANÒ, Francesco. L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali. In: *Studi in onore di Mario Romano. IV*. Jovene Editore. Napoli, 2011, p. 2.689.

⁶⁸⁸ Ibid. p. 2.703-2.704.

⁶⁸⁹ Ibid. p. 2689.

⁶⁹⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner Teil; Band I: Grundlagen; der Aufbau der Verbrechenlehre*. 4. Aufl. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 43. Veja-se que ROXIN ilustra a discricionariedade legislativa na eleição dos meios da tutela estatal de bens jurídicos com a hipótese da não-criminalização do *furto de uso* na Alemanha, afirmando caber ao legislador a escolha dos meios - penal, administrativo ou civil - de proteção. O exemplo é bastante feliz, ilustrando a tipologia de fatos sobre os quais o autor sustenta existir uma ampla liberdade legislativa.

⁶⁹¹ ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner Teil; Band I: Grundlagen; der Aufbau der Verbrechenlehre*. 4. Aufl. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 43-44, concordando com a posição de Robbers. Trad. livre do texto original: "*Verfassungsrechtliche Schutzgüter müssen notfalls auch gegen eine Mehrheitsmeinung verteidigt werden. Wenn sich erweisen sollte, dass dies nur durch das Strafrecht geschehen und die Strafe dem Täter im Blick auf das Schutzgut auch zugemutet werden kann, muss auch dieses Mittel eingesetzt werden*".

Outrossim, não se pode descurar de que esta ampla margem de decisão legislativa a respeito da seleção de bens jurídicos penalmente relevantes, bem como acerca da definição das condutas proibidas e sanções respectivas, se situa *dentro dos limites estabelecidos pela Constituição*⁶⁹² e pelo *Direito Internacional*. Como lembra STRECK, nenhum campo do direito está imune à vinculação constitucional e, por consequência, na medida em que a Constituição figura como o *alfa* e o *ômega* do sistema jurídico-social, ocorre uma sensível alteração no campo de livre conformação legislativa.⁶⁹³

Assim, se durante o século XIX o Estado de Direito concedia ao legislador a posição de *alfa e ômega* dos direitos individuais, que significavam aquilo que o legislador quisesse, a supremacia da Constituição e da jurisdição constitucional reconhecida na Europa a partir da segunda metade do século XX implica *mais Constituição, mais jurisdição constitucional e mais limites à atuação do legislador*.⁶⁹⁴ FERRAJOLI declara superado o paradigma do Estado Liberal de onipotência da lei pela *afirmação da Constituição* como norma suprema à qual todas as outras são rigidamente subordinadas, não apenas para regular a *forma e procedimento* de sua produção, mas para *vincular* seu conteúdo. Assim, o Direito deixa de ser vinculado à política como instrumento desta e a política "se torna instrumento de atuação do Direito, submetida aos vínculos a ela impostos por princípios constitucionais", exigindo tanto abstenções quanto prestações positivas por parte do legislador. Desaparece, por conseguinte, a ideia de soberania absoluta, por ser "claramente incompatível com o Estado Constitucional de Direito".⁶⁹⁵ Não se pode, em suma, falar em *plena liberdade* do legislador quando este se encontra submetido às normas e pautas legislativas traçadas pelo texto constitucional⁶⁹⁶.

Em conclusão, como assevera MENDES, a despeito de se reconhecer uma ampla margem de conformação ao legislador, sua discricionariedade é sujeita a limites, suscetíveis de aferição judicial para verificação de sua constitucionalidade. Assim, ainda que deva o Judiciário agir com cautela, evitando substituir-se ordinariamente ao legislador, já que o estabelecimento de objetivos e a definição de meios adequados pressupõe uma decisão de índole político-econômico-social, não é ilimitado o espaço de decisão legislativa, sendo vinculado pelo princípio da proporcionalidade, a vedar excessos e

⁶⁹² VEGA, Dulce Maria Santana. Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente. In: *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Professor José Manuel Valle Muñiz*. Coord. OLIVARES, Gonzalo Quintero/PRATS, Fermín Morales. Aranzadi Editorial. Elcano: 2001, p. 882.

⁶⁹³ STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. XXXII, n. 97, 2005.

⁶⁹⁴ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 25-28.

⁶⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 21-25.

⁶⁹⁶ VEGA, Dulce Maria Santana. Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente. In: *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Professor José Manuel Valle Muñiz*. Coord. OLIVARES, Gonzalo Quintero/PRATS, Fermín Morales. Aranzadi Editorial. Elcano: 2001, p. 883, sintetizando que: "*no puede ser plena la libertad de quien tiene que observar pautas.*"

omissões arbitrárias por parte do legislador.⁶⁹⁷ Dessarte, rejeita-se a crítica, uma vez que a liberdade do legislador é limitada pela Constituição e pelo DIDH. Assim, esta liberdade é passível de ser restringida pelos mandados de criminalização no que tange a graves violações de direitos humanos, impedindo que sejam coonestados por uma decisão de impunidade (dito de outra forma: poderia mesmo ser defendido que a liberdade do legislador abrangesse a possibilidade de descriminalizar o homicídio ou despenalizar a escravidão e a tortura?). Trata-se, pois, mais de decidir sobre os *limites* desta discricionariedade do que tê-la como absoluta e ilimitada.

4.4 Violação ao postulado da *ultima ratio*.

Em complementação à objeção anterior, afirma-se que o reconhecimento de mandados de criminalização implicaria ofensa ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal. Sustenta-se que como as normas penais atingem diretamente as liberdades individuais (sendo tradicionalmente classificadas como o meio mais gravoso de intervenção estatal na liberdade) devem ser utilizadas apenas na excepcional hipótese de inadequação ou insuficiência das demais normas. Assim, sua necessidade não poderia ser aprioristicamente reconhecida pela norma constitucional ou internacional, ou delas inferida, sob pena de violação ao postulado da *ultima ratio*.⁶⁹⁸

Não procede a objeção. A uma, deve-se ressaltar que os casos em questão versam exatamente sobre aquelas hipóteses extremas, onde efetivamente não existe outro meio menos gravoso para a proteção dos bens jurídicos. Com efeito, ao se indagar acerca da suficiência ou não de outras formas de proteção, deve-se ter em conta a *especial necessidade de proteção dos bens jurídicos primordiais* e a particular *função orientadora do Direito Penal*, que se caracteriza não pela imposição de penas específicas como a de prisão, morte ou galé, mas por se tratar de uma "particular forma de reprovação de actos gravemente lesivos da sociedade", tendo sua *ratio* no papel a desempenhar para a preservação de bens fundamentais.⁶⁹⁹ Ora, a discussão em tela é relativa, exatamente, a graves violações a direitos fundamentais, *locus* apropriado do Direito Penal - mesmo considerando o princípio da subsidiariedade (*ultima ratio*). Como defende ROXIN, não é imaginável punir um homicídio, um sequestro ou um roubo a banco com sanções administrativas: no campo nuclear do Direito Penal, ante

⁶⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 46-51.

⁶⁹⁸ Por todos, v. PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 75-76; e VIEIRA, Renato Stanzola. *Mandados implícitos de criminalização: da relação entre Constituição e Direito Penal a um inconstitucional exercício de ativismo judicial*. Revista de Ciências Penais, v. 15, jul-dez/2011, p.419-450.

⁶⁹⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime - uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Universidade Católica Portuguesa Editora. Coimbra: 1995, p. 361-363.

a prática de delitos de certa gravidade, a proteção subsidiária de bens jurídicos requer necessariamente uma penalização.⁷⁰⁰

A duas, não se pode outorgar ao postulado da *ultima ratio* ou à política criminal dele decorrente um caráter *supraconstitucional*: ao revés, o postulado se extrai do texto constitucional e deve ser conjugado com os demais princípios e direitos constitucionalmente assegurados: em um Estado Democrático de Direito, a política criminal e a dogmática jurídico-penal não desfrutam de existência autônoma em face da Constituição, senão têm por ela definidos os seus limites e fundamentos⁷⁰¹. É de se rejeitar, pois, a crítica de GRECO à constitucionalização das questões fundamentais de política criminal e Direito Penal, apontando possíveis perdas e riscos na tradução dos postulados político-criminais e jusfilosóficos para a normativa constitucional, o que em sua visão poderia enfraquecer o rigor preconizado ao princípio da *ultima ratio*, da culpabilidade e da legalidade, uma vez que seriam ponderados com outros valores constitucionais e, ademais, submetidos às incertezas do julgamento pela Corte Constitucional, que poderia recusar a normatividade postulada pela doutrina, encerrando o debate.⁷⁰² Outrossim, não se afigura democrático - ou conforme o Estado Democrático de Direito -

⁷⁰⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner Teil; Band I: Grundlagen; der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. Aufl. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 58-59. Trad. livre de: "Einen Mord, eine Geiselnahme oder einen Bankraub etwa nur als Ordnungswidrigkeiten zu ahnden, kommt nicht in Betracht. Im Kernbereich des Strafrechts verlangen die Erfordernisse des subsidiären Rechtsgüterschutzes bei Straftaten von einigem Gewicht notwendig eine Pönalisierung". Veja-se que a questão não é apenas retórica, na medida em que a mera tipificação do homicídio como crime não importa em proteção de bens jurídicos se não for acompanhada de uma efetiva atuação administrativa para se concretizar a aplicação da sanção a quem violar tal tipo penal: assim, a exigência de proteção penal do direito à vida (conforme o exemplo sugerido por ROXIN) exige atuação administrativa eficiente para a respectiva investigação e aplicação da lei penal - o que é exatamente um dos efeitos do reconhecimento deste mandado de criminalização.

⁷⁰¹ FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 43. Contra: GRECO, Luís. Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft. In: *Strafrecht und Verfassung*. 2. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler Berlin 2012. B.Brunhöber, K.Höffler, J.Kaspar, T.Reinbacher, M.Vormbaum (Hrsg). Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2013.

⁷⁰² GRECO, Luís. Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft. In: *Strafrecht und Verfassung*. 2. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler Berlin 2012. B.Brunhöber, K.Höffler, J.Kaspar, T.Reinbacher, M.Vormbaum (Hrsg). Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2013, p. 13-37, anotando criticamente a mudança do ponto de vista jusfilosófico para o jusconstitucional durante a 2ª metade do século XX para a resolução de questões fundamentais do Direito Penal e de política criminal. GRECO aponta que a transposição de postulados filosófico-dogmáticos de política criminal para o seio constitucional tem a vantagem de normatizá-los, tornando-os vinculantes; porém sustenta que há severas desvantagens, tratando-se de uma aposta arriscada, ante a possibilidade de rejeição do argumento constitucional pelo Tribunal Constitucional, encerrando a discussão, bem como porque na tradução do postulado dogmático para a norma constitucional, haveria perdas significativas, exemplificando que o princípio da proporcionalidade é uma ferramenta dúplice, a admitir várias finalidades e usos, e que reduzir o princípio da *ultima ratio* ao componente da necessidade do princípio da proporcionalidade seria deixá-lo *desdentado* (*zahnlos*), impotente, ante a ampla prerrogativa de avaliação discricionária outorgada ao Legislador, bem como com a possibilidade dos postulados de política criminal tradicionais serem objeto de *ponderações* constitucionais. Assim, enquanto numa perspectiva de política criminal busca-se a *melhor solução*, na perspectiva constitucionalista apenas se excluiriam as piores (*Ibid.*, p. 20-25). Conclui GRECO que a esperança de concessão de maior normatividade aos postulados dogmáticos e político-criminais decorrente da constitucionalização é incerta, dependendo da interpretação do Tribunal Constitucional, enquanto que as perdas decorrentes da tradução destes postulados à linguagem constitucional são imediatas, enfraquecendo os postulados que se pretendiam reforçar. Por fim, alerta para o risco de uma *provincianização* (*Provinzialisierung*) das discussões jusfilosóficas ante a necessidade de submissão dos postulados político-criminais pretensamente universais a textos constitucionais diferentes, referindo que o prestígio mundial da dogmática criminal alemã decorre dela apresentar mais

pretender impor *normativamente* pontos de vista filosóficos, com pretensões vinculantes, que não possam ser extraídos da Constituição ou do DIDH: se o autor considera que o postulado da *ultima ratio* fica diminuído ao ser transposto ao Direito Constitucional como o componente da *necessidade* presente no princípio da proporcionalidade, isto decorre da circunstância de que se passa a vê-lo com seu *conteúdo normativo* real, não dispondo o postulado de maior força vinculante do que aquela outorgada pela Constituição. Não é possível, pois, pressupor uma orientação político-criminal ou jusfilosófica que seja *vinculante* sem que se possa extraí-la de uma norma superior - como a Constituição ou o DIDH.⁷⁰³ Ao revés, a extensão do âmbito penal será condicionada pelos fundamentos jurídico-políticos oriundos da concepção de Constituição e Estado de que dispomos, uma vez que a política criminal é imanente ao sistema jurídico-constitucional, marco legitimador de seu desenvolvimento.⁷⁰⁴ Vale dizer, a interpretação das leis é que tem que se conformar à Constituição, e não ao revés, ou, como sintetiza VEGA: "*no se puede pretender interpretar la Constitución de acuerdo al principio fundamentador del Derecho Penal de intervención mínima, sino que es éste, precisamente, el que se*

que uma reprodução de decisões contingenciais de maiorias passageiras, afirmando ser mais importante um Direito Penal legítimo que apenas um Direito Penal constitucional. Cf. GRECO, Luís. *Ibid.*, p. 35-36.

⁷⁰³ Incorrendo neste desvio, a nosso ver em petição de princípio, Janaína Conceição Paschoal afirma que "*relevante é que, em sendo admitida como fundamento do Direito Penal e não apenas como um seu limite, ou seja, ao se considerar que a Constituição não fixa apenas o máximo, mas indica o que o legislador deve criminalizar, resta praticamente impossível deixar de enxergar as determinações expressas de criminalização como sendo uma obrigatoriedade. O que parece ser incompatível com os ditames de um Direito Penal de ultima ratio*". v. PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 77. Ora, a autora advoga que se interprete a Constituição a partir de uma pauta pré-moldada e alheia ao Direito Constitucional, impondo que sua concepção particular de Direito Penal Mínimo seja vinculante e hierarquicamente superior à Constituição, pretendendo negar caráter normativo aos mandados expressos de criminalização porque *seriam contrários à ultima ratio*. Assim, afirma que *se se pretende realizar um Direito Penal mínimo, é preciso tomar o mandado constitucional como mera faculdade de criminalização* (*Ibid.* p. 87), negando-se qualquer eficácia normativa ao dispositivo constitucional que contrariar sua visão dogmática de Direito Penal Mínimo. Percebe-se, pois, evidente inversão de papéis, subordinando-se a Constituição a uma determinada filosofia e política criminal, para negar normatividade à Constituição quando esta não se encaixar aos postulados da autora, que vêm predefinidos. Em sentido semelhante, v. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p.182-183, lembrando que "*a política criminal, como todas as atuações estatais num Estado Democrático de Direito, deve prestar vassalagem à Constituição*". O autor afirma discordar frontalmente da tese de PASCHOAL, que para ele submeteria o comando constitucional às opções de política criminal, ao invés de submeter estas à Constituição. Ou, como lembra Clemerson Merlin Clève, tudo que reside na Constituição constitui *norma* jurídica, "*não havendo lugar para lembretes, avisos, conselhos ou regras morais*", cf. CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2a. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 33, *apud*, FELDENS, Luciano A *Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 78.

⁷⁰⁴ FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 43. Assim, a despeito da menção de GRECO, anteriormente referida, à pretensão universalizante da dogmática jurídico-penal alemã, o Direito Penal é - e deve ser - necessariamente limitado e orientado pelas *provincianas* Constituições, sobre as quais cada sistema jurídico se funda. Como consequência, os postulados filosóficos e dogmáticos pretendidos pelo *Strafrecht* como *Scientia Universalis* devem ser submetidos à realidade constitucional de cada país, assim como ao tipo de criminalidade enfrentada pela respectiva sociedade.

deriva del texto constitucional (...)".⁷⁰⁵ Em sentido semelhante, ROXIN afirma que o princípio da subsidiariedade é mais um postulado político-criminal do que uma regra vinculante.⁷⁰⁶

Por fim, é preciso afirmar que nem sempre o Direito Penal deve ser tido como o mais gravoso: TIEDEMANN expõe que, por vezes, medidas administrativas podem ser mais gravosas do que sanções penais.⁷⁰⁷ No mesmo sentido, expõe CARACCIOLI que a sanção administrativa pode às vezes ser tida como mais gravosa por dispor de autoexecutoriedade, sendo sua aplicação certa e imediata, enquanto a sanção penal é submetida a um longo processo judicial que frequentemente redundando no decurso do lapso prescricional ou, quando muito, na condenação a pena cuja execução é suspensa condicionalmente.⁷⁰⁸ GRECO, refletindo sobre estes questionamentos, aduz que "não só está claro que o Direito Administrativo e o Direito Civil podem atingir o cidadão de modo muito mais severo", comparando a "cesta básica" paga em processos criminais nos Juizados Especiais Criminais com as multas exorbitantes, perda de cargos, proibições de licitar e indenizações punitivas "imprevisíveis", como o Direito Penal dispõe de muito mais garantias de ordem processual do que os outros dois ramos do direito. O autor alerta, contudo, para o fato de que a maioria da doutrina continua a ignorar tal discussão, "repetindo inocentemente os conceitos habituais de subsidiariedade", e propõe que a maior gravidade da sanção penal seja considerada como uma presunção relativa, afastável em casos concretos, com o condão de transformar o princípio da subsidiariedade numa regra de ônus argumentativo.⁷⁰⁹

⁷⁰⁵ VEGA, Dulce Maria Santana. Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente. In: *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Professor José Manuel Valle Muñiz*. Coord. OLIVARES, Gonzalo Quintero/PRATS, Fermín Morales. Aranzadi Editorial. Elcano: 2001, p. 869-870.

⁷⁰⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner Teil; Band I: Grundlagen; der Aufbau der Verbrechenlehre*. 4. Aufl. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p.47. Depois de assinalar que o princípio da subsidiariedade pode ser inferido do princípio constitucional da proporcionalidade (Ibid, p.45), ROXIN afirma que a ideia de subsidiariedade permite uma grande margem de discricionariedade ao legislador, na medida em que em caso de dúvida se outros meios extrapenais (como as sanções civis) lograriam obter sucesso suficiente, se atribui a prerrogativa de avaliação ao legislador. "Por isso, o princípio da subsidiariedade é mais um postulado político-criminal que uma regra vinculante", trad. livre de: "Deshalb ist das Subsidiaritätsprinzip mehr ein kriminalpolitisches Postulat als eine bindende Regel".

⁷⁰⁷ TIEDEMANN, Klaus. Strafrecht in der Marktwirtschaft, in: *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Berlin: 1993, p. 527, *apud* ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner Teil; Band I: Grundlagen; der Aufbau der Verbrechenlehre*. 4. Aufl. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 47.

⁷⁰⁸ Ivo Caraccioli menciona o maior temor social quanto à suspensão administrativa da habilitação para conduzir veículos, imediata e certa na Itália, em comparação ao respectivo processo criminal, longo, frequentemente resultando em prescrição e passível de suspensão condicional da execução da pena eventualmente aplicada, bem como a maior gravidade das sanções administrativas em fraudes contábeis de menor monta (resultando na imposição de severas multas e na proibição do exercício de cargos de direção, administração, contabilidade, de preposto ou representante de pessoas jurídicas por até três anos, ao passo que a sanção criminal italiana para fraudes contábeis de maior monta, na hipótese condenatória, ao fim de longo processo, admite a suspensão condicional da pena, sem prejuízo para o exercício do cargo ou profissão. V. CARACCIOLI, Ivo. 'Marginalità' della pena e politica criminale: due crisi parallele. In: *Studi in onore di Mario Romano. I*. Napoli: Jovene Editore, 2011, p. 151-153.

⁷⁰⁹ GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. In: *Novos rumos do Direito Penal contemporâneo. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 417-419, ressaltando tratar-se de formulação provisória. Segundo GRECO, TIEDEMANN consideraria que, em especial no Direito Penal Econômico e Ambiental, frequentemente a sanção penal não seria a mais grave. Nestas e em outras searas, diante da possibilidade de fixação de sanções pecuniárias administrativas e civis expressivamente superiores às penais, bem como da possibilidade de imposição de uma rede

Também negando que a sanção penal seja sempre a mais gravosa⁷¹⁰, distintos autores como SCHÜNEMANN, FERRAJOLI e, no Brasil, SOUZA, sustentam que a análise da *ultima ratio* deve levar em consideração a norma menos gravosa para o conjunto da sociedade: seria realmente *menos lesiva* às liberdades individuais a utilização, em vez da ameaça de imposição de sanção penal a *eventuais* perpetradores de crimes, a criação de uma rede totalizante de normas e controles administrativos que se imiscuíssem na privacidade, sigilos e nas liberdades de *todos* os cidadãos? Muitas vezes, pois, a imposição de normas penais a *quem* as tenha violado (e seja identificado) é meio *menos gravoso* do que a imposição de uma rede de controles administrativos ao conjunto da sociedade.⁷¹¹ De forma semelhante, ROXIN expõe que a criação de uma rede totalitária de vigilância *administrativa* poderia ser mais eficiente no combate à criminalidade do que a aplicação do Direito Penal, mas não se mostra compatível com o Estado de Direito.⁷¹² FERRAJOLI, descrevendo as alternativas abolicionistas ao Direito Penal, conclui que:

é evidente que a proibição e a repressão penais produzem restrições da liberdade incomparavelmente menores do que aquelas que seriam necessárias, para o mesmo fim, somente com a prevenção policial, talvez integrada pela prevenção especial, seja porque a repressão dos comportamentos proibidos atinge somente a liberdade dos possíveis transgressores e a prevenção policial atinge a de todos, seja porque uma intervém apenas *ex post*, em presença de fatos determinados, enquanto a outra intervém *ex ante*, bastando a presença de perigo de futuros delitos, perigo este que pode ser inferido por indícios indeterminados e indetermináveis normativamente.⁷¹³

totalizante de obrigações administrativas, envolvendo o conjunto da sociedade, e ainda, da crescente adoção de mecanismos processuais penais despenalizadores e frequente cominação e imposição de sanções penais restritivas de direitos, desvinculadas da privação de liberdade, faz-se realmente mister a reflexão, em cada caso concreto, antes de se repetir inadvertidamente que o Direito Penal sempre constitui a intervenção estatal mais gravosa na liberdade dos cidadãos.

⁷¹⁰ Sustentando que a sanção administrativa ou civil de perda do cargo ou função pública é mais gravosa do que diversas espécies de sanções penais alternativas, como a prestação de serviços à comunidade: FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Tutela penal dos direitos humanos: a proteção da vida e da integridade física*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 145, defendendo, porém, que o Direito Penal tem maior poder preventivo, já que a reprovação penal desperta no ser humano maior constrangimento e estigmatização, razão pela qual afirma que o Direito Penal pode ser visto como o meio mais grave de punição, ainda que não possua sempre as sanções mais graves.

⁷¹¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras, tomo II*. Colección autores de derecho penal, dirigida por DONNA, Edgardo Alberto. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 32-35, recordando a rede de controles *administrativos* espalhados em todos os lugares pela STASI (*Staatssicherheitsdienst* - serviço de segurança do Estado) na antiga Alemanha Oriental, lembrando que a *prevenção* de delitos pela via administrativa acaba levando ao Estado totalizante e policial. Observações análogas são feitas por SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. In: *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*, org. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 121-123. O mesmo raciocínio aparece em FERRAJOLI, quando aduz que as alternativas abolicionistas ao Direito Penal redundam em sistemas de controles selvagens (despóticos) ou disciplinantes (mediante técnicas de controle administrativo como vigilância total, controle audiovisual, fichamento generalizado). V. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 314-315.

⁷¹² ROXIN, Claus. Tem futuro o Direito Penal? In: *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 6-9.

⁷¹³ FERRAJOLI, LUIGI, *op.cit.*, p. 315.

Assim, o postulado da *ultima ratio*, se deve ser ponderado pelo intérprete como expressão da vedação do excesso, não constitui óbice normativo próprio, senão um postulado de política criminal, subordinado à Constituição. Não impede, pois, a normatividade de mandados de criminalização ou afeta a necessidade de tutela estatal penal em relação às mais graves violações de direitos fundamentais, seja pela efetiva gravidade das hipóteses, a afastar o postulado, pela inefetividade dos demais meios de proteção na tipologia de fatos aqui tratada (graves ataques aos direitos fundamentais à vida, integridade física e liberdade e graves violações de direitos humanos perpetradas em um âmbito de macrocriminalidade), seja, ainda, porque a proteção dos bens jurídicos possa ser promovida pelo Direito Penal com *menos restrições* à liberdade individual do que em comparação a outros ramos do Direito, como antes indicado.

Por todo o exposto, o postulado da *ultima ratio* não é apto a obstar o reconhecimento e normatividade dos mandados de criminalização.

4.5 Ineficácia dos mandados de criminalização ante a impossibilidade de se compelir o legislador.

PASCHOAL sustenta, ainda, uma suposta falta de efetividade do instituto, na medida em que não haveria instrumento hábil para outorgar efeitos jurídicos a um mandado constitucional de criminalização, ante o óbice do princípio da legalidade. Nesse sentido, afirma que no Brasil não haveria instrumento passível de forçar o legislador a cumprir uma obrigação constitucional de criminalização, salientando não ser possível a utilização do mandado de injunção para tal finalidade, porquanto apenas permite a concretização de direitos e liberdades, não sua limitação e, de qualquer sorte, este teria sido transformado em mero instrumento de declaração da inconstitucionalidade por omissão. Ademais, defende que a separação de poderes impediria que o Judiciário fixasse prazos ao Legislativo.⁷¹⁴

Com relação a uma eventual declaração de inconstitucionalidade da lei descriminalizadora, a autora afirma que é "inadmissível que autores que possuem como pressuposto a realização de um Direito Penal mínimo possam, aprioristicamente, reputar uma descriminalização (qualquer que seja ela) inconstitucional", e aduz em seguida que "tão incontestável é a incoerência" de uma obrigação de criminalizar que alguns autores que a defendem, na mesma obra reconhecem a sua inexistência.⁷¹⁵

⁷¹⁴ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 87-93.

⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 89-95. O primeiro argumento encerra, como já afirmado no item anterior, uma petição de princípio. Aqui, vale afirmar desde logo que acima do pressuposto político-criminal do Direito Penal mínimo, parte-se nesta dissertação do pressuposto da *eficácia normativa da Constituição* (e do DIDH). O segundo argumento incide em generalização indevida e falácia naturalista: apontando suposto erro ou incoerência em *um autor*, qual seja Juan Carlos CARBONELL MATEU, que PASCHOAL afirma escrever de forma inconsistente sobre o assunto, a crítica de PASCHOAL pretende atribuir a incoerência a todo o instituto, generalizando o erro pontual por ela indicado. Ora, não é porque um autor (ou dois, ou dez, que sejam) foi(foram) incoerente(s) sobre um instituto que *não se possa* escrever coerentemente sobre o assunto. PASCHOAL ainda afirma (*op.cit.*, p. 92) que a questão da forma de cumprimento das obrigações constitucionais nem se colocaria se a Constituição for tida apenas como limite e não como fundamento do Direito Penal.

Entretanto, o argumento não se sustenta. A uma, porque a CRFB/88 prevê o mecanismo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, expressamente contemplando esta hipótese. Assim, há instrumentário hábil para a obtenção de uma declaração jurídica de que há um descumprimento da Constituição pela omissão estatal em regulamentar a hipótese. A duas, porque há um efeito imediato impedindo a retirada da proteção já existente ao bem jurídico objeto do mandado de criminalização, sendo inconstitucionais eventuais leis que descriminalizem as referidas condutas (salvo reforma ou mutação constitucional), bem como, em alguns casos, leis que deliberadamente promovam a impunidade - pense-se, p.ex., em leis de anistia, leis que diminuam a um patamar irrisório o prazo prescricional ou leis que ampliem desmesuradamente causas de exclusão da ilicitude. Imaginemos o exemplo de uma lei que estabelecesse um prazo de seis meses para a prescrição de crime de tortura ou que previsse como causa justificante do estrito cumprimento do dever legal a necessidade e validade de tortura para apuração criminal? Ou ainda que permitisse o emprego de armas de fogo automáticas para impedir a fuga de cidadão desarmado?⁷¹⁶ Tais leis seriam *inconstitucionais* porquanto violariam mandados de criminalização, expressos (tortura) ou implícitos (homicídio).

A três, porque a existência de mandados de criminalização tem efeito irradiante sobre a interpretação das demais normas constitucionais - com as quais devem ser sistematizados e das normas infraconstitucionais, que devem ser interpretadas à luz da Constituição. A quatro, tal crítica não atinge os mandados dirigidos aos demais Poderes e ao Ministério Público, como aqueles que determinam a criminalização secundária.

Por fim, a questão da extensão dos *efeitos* do instituto não se confunde com sua *validade* jurídica e sustentabilidade científica, devendo cada uma das possíveis repercussões do instituto serem analisadas e delimitadas após a verificação de sua validade.

Verifica-se, portanto, que o argumento da inocuidade ou irrelevância prática do instituto não tem procedência. A delimitação dos efeitos decorrentes dos mandados implícitos de criminalização, primária e secundária, será objeto do capítulo V.

O argumento, contudo, não parece acrescentar nada acerca do *mérito* desta última proposição, apenas sinalizando que é mais fácil refutar o instituto se se negar seus pressupostos, assim como se considerar-se que a *assunção* de que o Direito Penal deve inexoravelmente ser mínimo (*op.cit.*, p. 96) é supraconstitucional, o que torna circular a objeção.

⁷¹⁶ Em relação a caso similar, o Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH) considerou a legislação da Bulgária incompatível com o dever estatal de proteção à vida decorrente da Convenção Europeia de Direitos do Homem. No caso NACHOVA v. BULGARIA, em 6 de julho de 2005, o TEDH condenou o Estado búlgaro por aplicar uma causa de justificação excessivamente ampla no que tange ao uso legítimo de armas por policiais. Na hipótese, estes buscavam prender dois desertores das Forças Armadas que, desarmados, fugiam ignorando supostas ordens de que parassem. Os agentes fizeram uso de fuzis automáticos (apesar de também disporem de pistolas), no modo de rajadas automáticas, e causaram a morte dos fugitivos, o que seria permitido pela lei local ante a falta de limitação legal para o uso de armas contra fugitivos desarmados. A investigação foi considerada deficiente e tendenciosa, inclusive por não ter apurado indícios de suposta motivação racista do fato. Aqui, a deficiência na investigação do fato e a amplitude da causa justificante do cumprimento do dever legal reconhecida aos agentes responsáveis pela operação foi considerada incompatível com o dever de proteção à vida estabelecido nos artigos 1º e 2º da Convenção. Por outro lado, trata-se de situação lamentavelmente comum no Brasil, como é notório no país e amplamente divulgado pela mídia e organizações de defesa dos direitos humanos. Uma lei que legalizasse, justificasse ou despenalizasse tal prática seria constitucional?

4.6 Violação da discricionariedade administrativa (mandados de criminalização secundária).

Uma crítica recorrente à imposição de políticas públicas por parte do Poder Judiciário afirma que dependendo a ação administrativa de recursos orçamentários finitos, a *decisão* acerca da alocação destes recursos e da execução de políticas públicas caberia exclusivamente aos poderes ungidos de legitimidade democrática, como o Executivo (ao apresentar a proposta orçamentária e executá-la) e o Legislativo (ao discutir, votar e aprovar as leis orçamentárias).⁷¹⁷ Transposta ao tema em estudo, o argumento afirmaria não ser possível exigir do administrador público que priorizasse ou despendesse recursos na investigação e persecução penal de graves violações de direitos humanos.

A objeção não se sustenta. Se parece evidente que o Poder Judiciário não deve - e não pode - substituir-se ao gestor e ao legislador orçamentário, imiscuindo-se na escolha dos projetos, obras e serviços administrativos que serão prestados e delineando a forma de sua execução, tampouco pode deixar de exigir a promoção e proteção de direitos fundamentais, o que exige tanto omissões como ações estatais: apenas através de execução de políticas públicas é que o Estado pode realizar os fins previstos na Constituição.⁷¹⁸ O argumento orçamentário, levado ao extremo, poderia afirmar também o funcionamento dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e do Ministério Público envolve dispêndios permanentes: seria, então, a manutenção das instituições algo discricionário?

Como BARCELLOS esclarece, assim como o funcionamento institucional, também a execução de políticas públicas acarreta gastos, mas suas escolhas não são absolutamente discricionárias, recebendo influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devam ser prioritariamente perseguidos. Não se trata, pois, de tema integralmente reservado à livre deliberação política, sendo, ao revés, permeado por decisões constitucionais (e, acrescente-se, internacionais) vinculantes. Assim, se a Constituição estabelece a necessidade de promoção dos direitos fundamentais e se isto apenas pode ser realizado através de políticas públicas, ela vincula as escolhas possíveis

⁷¹⁷ V. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.67-84. Luís Roberto Barroso sintetiza as críticas à expansão da intervenção judicial na vida brasileira afirmando que se fundam na falta de legitimidade popular dos membros do Poder Judiciário para se sobrepor às decisões políticas do Executivo e Legislativo, na sua falta de capacidade técnico-científica em temas específicos, porquanto treinados para a justiça do caso concreto e na elitização do debate social centrado no Judiciário. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 1a. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 247-250. Malarino sintetiza que a alocação de recursos em determinadas políticas e obras públicas implica a impossibilidade de realizar outras políticas, salientando que estas deveriam ser determinadas pelas autoridades eleitas, politicamente responsáveis, e que dispõem de maior possibilidade de analisar o quadro maior das variadas necessidades de toda a população. V. MALARINO, Ezequiel. *Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (Edits). Berlin/Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung e V. /Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2010, p. 59-60.

⁷¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoliberalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 40-41.

também em matéria de políticas públicas e de dispêndio de recursos. Ressalva-se que isto não importa afirmar que inexista autonomia para a deliberação majoritária acerca das políticas públicas, o que levaria a um constitucionalismo elitista onde as decisões políticas seriam tomadas pelos juristas, porém que esta deliberação política tampouco é inteiramente livre de condicionantes jurídico-constitucionais.⁷¹⁹

Em relação à política pública de investigação de graves violações de direitos fundamentais, é de se mencionar, outrossim, a existência de lei anterior determinando a referida política pública, na medida em que previamente criminalizados os fatos em tela e determinada sua investigação e persecução: trata-se apenas de fazer cumprir a lei que promove a tutela penal de direitos fundamentais, não havendo espaço para se falar, pois, em discricionariedade do administrador (ou da polícia).⁷²⁰

4.7 Ilegitimidade do reconhecimento de mandados constitucionais implícitos de criminalização ante a falta de texto expresso.

Outra objeção levantada contra o instituto acusa-o de consubstanciar-se em um *inconstitucional exercício de ativismo judicial*: assim, retomando o ponto de vista de que o reconhecimento de mandados (explícitos ou implícitos) de criminalização é incompatível com a com uma visão de Direito Penal Mínimo e pode levar uma expansão ilimitável do poder punitivo, afirma-se que nem todo *ativismo judicial* protege as liberdades individuais e que o reconhecimento de mandados implícitos de criminalização constituiria um voluntarismo judicial, que violaria a separação dos poderes ao ingressar na margem de discricionariedade do legislador.⁷²¹

Em relação à questão da suposta expansão ilimitável do poder punitivo, da discricionariedade legislativa e do princípio da *ultima ratio*, reiteram-se as considerações tecidas nos itens 4.1, 4.2 e 4.3 da presente dissertação. Ainda assim, é preciso analisar a objeção no que tange à legitimidade

⁷¹⁹ Ibid., p. 41-43.

⁷²⁰ Ana Paula de Barcellos afirma que o controle jurídico-constitucional das políticas públicas depende da construção de instrumentos de controle, aptos a trazer consequências jurídicas ao descumprimento dos parâmetros constitucionais relativos às políticas públicas. Assim, delinea a possibilidade de punição do gestor que os infrinja (a título do crime de responsabilidade do art. 85, III, da CRFB/88 e de ato de improbidade administrativa regulado pela Lei 8.429/92), de proibição de gastos supérfluos como os de publicidade governamental até que metas prioritárias sejam alcançadas, bem como a possibilidade de imposição coercitiva da observância do parâmetro constitucional, como aqueles relativos a percentuais mínimos de aplicação de verbas orçamentárias e a prestação de serviços públicos essenciais. (Ibid., p. 47-49 e 54-56),

⁷²¹ VIEIRA, Renato Stanzola. *Mandados implícitos de criminalização: da relação entre Constituição e Direito Penal a um inconstitucional exercício de ativismo judicial*. Revista de Ciências Penais, v. 15, jul-dez/2011, p.419-450. Em sentido semelhante, criticando o ativismo judicial da CorteIDH: MALARINO, Ezequiel. *Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (Edits). Berlin/Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung e V. /Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2010.

do ativismo judicial,⁷²² o que se insere no contexto maior da crítica ao neoconstitucionalismo, ao reconhecimento de força normativa aos princípios constitucionais e mesmo à Constituição de 1988.

Neste sentido, SUNDFELD considera que a CRFB/88 é "mais uma Constituição 'chapa branca' que uma Constituição-cidadã"⁷²³, que trouxe regras claras em favor do *lobby* corporativo de universidades públicas, órgãos e entes de saúde pública, INSS, FUNAI, INCRA, órgãos e entes ambientais, órgãos e entes de educação pública, Tribunais de Contas, Procuradorias, Defensorias, OAB, CBF, sindicatos, policiais e empresas estatais da época (Telebrás, Vale do Rio Doce, Petrobrás), enquanto regulou com vagos princípios os direitos fundamentais.⁷²⁴ O autor afirma que os direitos fundamentais como os direitos à vida, à liberdade, à inviolabilidade da intimidade são formulados por meio de cláusulas com alto grau de indeterminação, que refletem em verdade um adiamento pragmático de decisões difíceis, devido à falta de consenso político para textos mais exatos, que poderão ser concretizadas com o passar do tempo, pela obra da cultura jurídica, da jurisprudência e da acomodação de interesses. Tais indeterminações normativas (como os princípios) não seriam imperfeições do sistema jurídico, senão válvulas de escape necessárias aos jogos de poder existentes na sociedade.⁷²⁵ A questão primordial seria, então, definir de quem é a competência para concretizar tais indeterminações normativas: entretanto, a Constituição não definiria claramente tais papéis, dependendo a contenção judicial de uma autodefinição e autolimitação por parte dos juízes, a quem incumbe o ônus de fundamentar sua competência para tal tarefa concretizadora.⁷²⁶

SARMENTO afirma que no neoconstitucionalismo a leitura clássica do princípio da separação de poderes cede espaço a visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa de valores constitucionais, enfatizando-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade de sua influência na ordem jurídica e o papel criativo da jurisprudência, reconhecendo força normativa a princípios revestidos de elevada carga axiológica e concebendo o juiz como *guardião das promessas* constitucionais.⁷²⁷ Afirma o autor que até a CRFB/88 "a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico" e um decreto ou portaria valiam mais do que a lei: os direitos constitucionais

⁷²² Para uma extensa análise acerca do ativismo judicial nos Estados Unidos, Alemanha, Itália, Colômbia, Costa Rica, Canadá, África do Sul, Estados Unidos e no Brasil, detalhando suas raízes históricas, sua evolução e diversas dimensões, vide CAMPOS. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁷²³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 55.

⁷²⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 55-57, propondo uma comparação entre o autor sugere a comparação da regra obtida pela poderosa Petrobrás "o petróleo é monopólio da União", com significado claro, ao que foi conquistado pelo movimento negro ("*aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos definitivos*"), plena de expressões cujos significados necessitavam ser construídos, como *comunidades dos quilombos, remanescentes e suas terras*.

⁷²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.66-69.

⁷²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.71-75.

⁷²⁷ SARMENTO, Daniel. "O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades". In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

dependiam da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel, *o que normalmente não ocorria*. Entretanto, com a CRFB/88, reforçou-se o papel do Judiciário e do Ministério Público, criaram-se novos remédios constitucionais e se robusteceram os mecanismos de controle de constitucionalidade, abrindo-se o elenco de legitimados ativos para o controle direto. Ademais, a CRFB/88 regulou grande quantidade de assuntos e abrigou princípios de forte carga axiológica e poder de irradiação, que favoreceram o processo de constitucionalização de todo o Direito, exigindo a releitura de toda a ordem jurídica sob o prisma dos valores constitucionais.⁷²⁸

Como BARROSO narra⁷²⁹, o novo constitucionalismo surgiu na Europa a partir das constituições do pós-guerra, notadamente a alemã e a italiana,⁷³⁰ tendo se desenvolvido no Brasil a partir da Constituição de 1988, que logrou, ao passo de promover a transição democrática, elevar o Direito Constitucional da "desimportância ao apogeu em menos de uma geração", superando a crônica indiferença então vigente para com as cartas constitucionais.⁷³¹ Seu marco *filosófico* é o pós-positivismo, que se apresenta como uma terceira via entre o positivismo e o jusnaturalismo, reconhecendo que Direito, moral e política se influenciam reciprocamente também quando da aplicação do Direito - e não apenas em sua elaboração. O pós-positivismo reentroniza os valores na interpretação jurídica, reconhece normatividade aos princípios e reabilita a razão prática e a argumentação jurídica, desenvolvendo uma nova hermenêutica e uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana, reaproximando o Direito e a ética. Por sua vez, o marco *teórico* envolve três mudanças de paradigma: a) o reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o surgimento da nova interpretação constitucional, reconhecendo a ponderação como técnica de decisão. Nesse ambiente, "a

⁷²⁸ SARMENTO, Daniel. "O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades". In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

⁷²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. In: *In: Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira/SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (coords). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 27-64.

⁷³⁰ BRANDÃO, Rodrigo. Rigidez constitucional e pluralismo político. . In: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira/SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (coords). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 256, anota que as cartas constitucionais do pós-guerra revelam constituições com forte conteúdo normativo e cuja supremacia hierárquico-normativa era garantida por controle judicial de constitucionalidade, com tendência, em reação às arbitrariedades cometidas por regimes autoritários, a desconfiar dos poderes legitimados pelo voto popular.

⁷³¹ Em sentido similar, MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e complexidade nos 20 anos da Constituição: momento para um equilíbrio prudente na atuação dos tribunais. In: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira/SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (coords). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 344, anota que o movimento de constitucionalização do Direito, oriundo da segunda metade do século XX (na Europa), tomou fôlego no Brasil a partir da Constituição de 1988, por meio do "levante constitucionalista", que se consolidou a partir da década de 1990, propiciado pelo amplo catálogo de direitos fundamentais trazido pela CF88, tornando-se uma obsessão dos juristas sua efetivação para o mundo real.

Constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia - mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito".⁷³²

A introdução destas ideias e a defesa da aplicação rotineira da Constituição pelos juízes eram *quase revolucionárias* numa época em que a cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como repositório de promessas cuja efetivação dependia do legislador e dos governantes de plantão.⁷³³ Posteriormente, o novo paradigma foi sendo paulatinamente acolhido pelo STF, que recebeu em seus quadros diversos acadêmicos constitucionalistas, tendo-se verificado uma mudança de posição da Corte acerca de diversos temas, como a normatividade dos direitos sociais, o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, os efeitos decorrentes da concessão do mandado de injunção e a superação da visão clássica da jurisdição constitucional apenas como *legislador negativo*, através das declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e sentenças aditivas.

Além disso, a enorme abrangência de alguns textos constitucionais contemporâneos - como o da CRFB/88 - com caráter vinculante ao legislador, trouxe uma ampliação do espaço dos consensos constitucionais, em detrimento do âmbito de livre conformação legislativa. Este espaço - antes quase absoluto - se viu limitado por um generoso projeto constitucional de transformação da sociedade brasileira, no sentido da promoção de justiça social, liberdade real e igualdade substantiva.⁷³⁴

Entretanto, a aplicação destes paradigmas poderia ensejar problemas, notadamente no que tange à compressão do princípio democrático, porque diante da abertura das normas constitucionais mais importantes, quem as interpreta também participa do seu processo de criação, conferindo aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente, moldando a Constituição conforme suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito. Ademais, a maximização do Poder Judiciário através do ativismo judicial pode ensejar a proteção das elites econômicas e culturais, questionando SARMENTO se o *ultra-garantismo penal* nos crimes de colarinho branco não seria reflexo deste fenômeno. Por outro lado, a preferência por princípios e pelo método da ponderação no Brasil foi acolhida com certa euforia, tendo em poucos anos a força normativa dos princípios evoluído da condição de não serem considerados autênticas normas para um ambiente intelectual hostil às regras positivas, vistas como burocráticas e positivistas (outorgando-se sentido pejorativo a este termo). Assim, o autor conclui que é preciso conter os excessos do ativismo judicial no país, valorizando-se as regras (que concedem maior previsibilidade e segurança jurídica, sendo de mais simples aplicação e

⁷³² BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. In: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira/SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (coords). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 58-60.

⁷³³ SARMENTO, Daniel. "O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades". In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁷³⁴ BRANDÃO, Rodrigo. Rigidez constitucional e pluralismo político. . In: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira/SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (coords). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 256-260.

envolvendo menor labor argumentativo), sem desprezar a normatividade dos princípios, que permitem plasticidade ao Direito e a abertura da argumentação jurídica a valores e ao mundo empírico. E, sobretudo, que é preciso exigir fundamentação na aplicação dos princípios, que não podem ser invocados de forma frouxa, para legitimar o arbítrio judicial.⁷³⁵

Com relação a este último aspecto, ressoam na doutrina constantes críticas à falta de fundamentação com que regras são afastadas mediante simples alusão à ponderação de interesses, aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade ou da dignidade da pessoa humana. Assim, diversos julgados afastam ou ignoram regras legais, a pretexto de ponderação de interesses e/ou de utilização destes princípios, sem maior fundamentação e indicação do raciocínio adotado para se alcançar a decisão lançada. Nesse sentido, afirma-se que no Brasil não é incomum *brotarem* na jurisprudência "invocações da proporcionalidade como se fora um cânone de conteúdo absolutamente autônomo, que se aplicasse à revelia de uma conexão lógico-referente a direitos fundamentais ou interesses públicos relacionáveis à causa",⁷³⁶ julgados que utilizam a dignidade da pessoa humana para proibir rinhas de galo (porquanto estimulavam pulsões primitivas e irracionais do ser humano) ou para justificar a constitucionalidade de dispositivos legais que impunham o julgamento secreto dos magistrados (em contraposição à regra constitucional clara de publicidade, trazida pelo art. 93, IX e X, inseridos pela EC 45/04),⁷³⁷ ou julgados que desconsideram regras legais para imposição de uma política criminal ultraliberal⁷³⁸ ou para manter a sistemática presidencial da inquirição de testemunhas.⁷³⁹

⁷³⁵ SARMENTO, Daniel. "O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades". In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 26-34.

⁷³⁶ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 155.

⁷³⁷ NEVES, Marcelo. *O abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-abuso-de-principios-no-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 20 de dezembro de 2015. O autor se refere ao julgamento pelo STF da ADI 1.856-RJ(DJe 14.10.2011) e ADI 4.638-DF (julgamento em 02.02.2012), e conclui que é preciso buscar um equilíbrio na relação entre princípios e regras, entre adequação social e consistência jurídica, já que a trivialização dos princípios na jurisprudência do STF, usando-os para além dos casos jurídicos controvertidos (*hard cases*) ou das hipóteses de insuficiência das regras, faz com que eles se tornem *significantes flutuantes*, ou *valores simbólicos zero*, podendo ser aplicados a qualquer situação, comportando todos os sentidos.

⁷³⁸ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Ativismo, discricionariedade judicial e a problemática da política criminal*. Revista CEJ. Ano XVIII. n. 63, maio/agosto 2014, p. 47-56, anota criticamente decisões judiciais, como a que absolveu traficante de drogas sob o argumento de que no convencimento pessoal do juiz o comércio de *cannabis sativa* não deveria ser proibido, que relaxou prisão em flagrante porque autor de furto foi detido por populares que passaram a agredi-lo, e a decisão do STF que afirmou que o princípio da individualização da pena conferia *irreprimível discricionariedade* ao juiz sentenciante para escolher a sanção que lhe pareça mais adequada, mesmo que não admitida por lei, no HC 97.256, pela qual se considerou inconstitucional a regra do art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06 que, trazendo significativa causa de redução de pena ao traficante primário, não permitia a conversão da pena de reclusão por restritivas de direito.

Em sentido semelhante, STRECK, Maria Luiza Schäfer, *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 113-123, critica veementemente decisões do TJ-RS que, a pretexto de aplicar o princípio da proporcionalidade, afastaram a incidência do antigo tipo do art. 214 do Código Penal (atentado violento ao pudor) em hipótese de constrangimento a sexo oral e introdução de dedos na vagina de criança de dez anos, por considerar a pena atribuída por lei ao fato desproporcional.

⁷³⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia*. In: Revista da AJURIS, v. 41, n. 135 - Setembro de 2014. Porto Alegre: AJURIS, 2014.

Em face de tais excessos, LENIO STRECK alerta que *se faz necessário respeitar os limites semânticos do texto constitucional*, não se podendo admitir que a construção hermenêutica do sentido da norma se transforme em uma arbitrariedade interpretativa e um decisionismo que pregue a livre disposição dos sentidos jurídicos. Não se trata de retornar a um *positivismo primevo ou a um objetivismo interpretativo*, senão de respeitar os limites semânticos do texto normativo,⁷⁴⁰ o que não afasta o controle de constitucionalidade sobre as leis: assim, pode ser necessária uma interpretação conforme a Constituição, impondo uma adição de sentido ao artigo de lei para a conformidade da norma à Constituição, uma que declare a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, afastando determinada hipótese de aplicação da norma, o excepcionamento de uma regra por um princípio ou mesmo uma declaração de inconstitucionalidade total ou parcial da norma. Dessa forma, da mesma maneira que o juiz não é escravo da lei, também não pode ser seu dono, e o Direito, dentro de um ambiente democrático, *possui limites que precisam ser respeitados*.⁷⁴¹

Analogamente, ÁVILA assenta que normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos, motivo pelo qual a função do Direito não é apenas *descrever* o significado do texto, mas importa em um ato de decisão que constitui os sentidos de um texto. Assim, o intérprete não atribui o significado correto aos termos legais, mas constroi versões de significados a partir dos textos, o que não afasta a existência de um significado antes do processo de interpretação, algo anterior que se lhe apresenta para ser interpretado, a partir do qual o intérprete (re)constrói o sentido da norma. Dessa forma, interpretar é construir a partir de algo, não podendo o Judiciário desprezar os sentidos mínimos do texto, que limitam a construção hermenêutica.⁷⁴²

A interpretação constitucional tem suas peculiaridades, decorrentes da supremacia hierárquica da norma constitucional, na natureza da linguagem (com frequente utilização de conceitos indeterminados), da necessidade de cooperação dos Poderes para sua implementação e da necessidade de um sentimento compartilhado de valores constitucionais para a construção de um sistema constitucional normativo⁷⁴³. Tais peculiaridades, *mutatis mutandis*, também estão presentes nas normas trazidas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos⁷⁴⁴, ante a primazia da norma internacional, a sua linguagem aberta e a necessidade de cooperação para sua concretização, dando azo

⁷⁴⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia*. In: Revista da AJURIS, v. 41, n. 135 - Setembro de 2014. Porto Alegre: AJURIS, 2014, p. 174-176.

⁷⁴¹ STRECK, Lênio Luiz. *Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia*. In: Revista da AJURIS, v. 41, n. 135 - Setembro de 2014. Porto Alegre: AJURIS, 2014, p. 184-186.

⁷⁴² ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 22-25.

⁷⁴³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.49-54.

⁷⁴⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 65-66.

a sua interpretações que auxiliam a construir seu sentido, como aquelas verificadas na evolução jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Tribunal Europeu de Direitos do Homem, que foram analisadas em tópicos anteriores. Esta jurisprudência, contudo, não foi criada por arbítrio dos juízes daquelas Cortes: assim como a interpretação constitucional, a interpretação dos deveres estatais quanto aos direitos fundamentais assegurados nas convenções de Direito Internacional é inserida e moldada por uma dada realidade social, porém limitada pelo texto normativo. "Toda Constituição é Constituição no tempo. A realidade social, a que vão referidas suas normas, está submetida à mudança histórica e esta, em nenhum caso, deixa incólume o conteúdo da Constituição"⁷⁴⁵, não existindo interpretação desvinculada dos problemas concretos.⁷⁴⁶ Simultaneamente, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e de qualquer mutação normativa, isto é, o texto traz limites objetivos ao poder de interpretação dos Tribunais.⁷⁴⁷

Assim, os princípios constitucionais (e do DIDH) servem para interpretar e integrar as regras infraconstitucionais e para impedir sua aplicação quando lhes forem incompatíveis, mas sua aplicação não deve ser banalizada para a resolução de toda e qualquer controvérsia a partir do paradigma da ponderação, sob pena de redução do caráter heterolimitador do Direito⁷⁴⁸: é preciso antes verificar se há regra constitucional aplicável, e se a solução infraconstitucional proposta pelo legislador é realmente incompatível com norma principiológica constitucional. Uma ponderação, orientada por critérios objetivos e que harmonize a divisão de competências com os princípios fundamentais, não leva inevitavelmente a estes problemas.⁷⁴⁹ Também HESSE afirma que o texto é limite insuperável da interpretação constitucional: a amplitude de possibilidades de compreensão delimita o campo das

⁷⁴⁵ HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. In: BENDA, Ernst et al. Manual de Derecho Constitucional. Madrid. Marcial Pons, 2001. p. 1-16, *apud* PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 71-72.

⁷⁴⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. (da 20ª edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 62; SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais, 2a. Ed. Revista e Atualizada*. Org. Ricardo Lobo Torres. Ed. Renovar. Rio de Janeiro:2001, p.63.

⁷⁴⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *op. cit.*, p. 72, analisando o método hermenêutico-concretizador preconizado por KONRAD HESSE que, absorvendo elementos essenciais da tópica, defende o primado da norma sobre o problema. Tais considerações sobre a interpretação constitucional e criação jurisprudencial em tudo se aplicam à interpretação das normas de direitos fundamentais realizada pela jurisprudência dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos.

⁷⁴⁸ ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". In: *In: Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira/SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (coords). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 191-193. O autor salienta que as regras desempenham funções importantes numa sociedade complexa e plural, estabilizando conflitos morais e reduzindo a incerteza e a arbitrariedade decorrente de sua inexistência ou desconsideração, servindo como instrumento de justiça geral, pela uniformidade de tratamento e estabilidade de decisões que ajudam a produzir. Conclui o autor que num Estado de Direito, em que deve ser protegida a segurança jurídica, privilegiando-se a inteligibilidade, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico, não está o aplicador autorizado a buscar *a melhor solução* que considere todas as circunstâncias do caso concreto, em favor de sua concepção de justiça particular desprezando a justiça geral e as regras legais. (*op.cit.*,p. 199).

⁷⁴⁹ ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". In: *In: Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira/SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (coords). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 194-195.

possibilidades tópicas de interpretação, mas estas não podem ser tidas como ilimitadas: "onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta", senão rompe com a Constituição, o que lhe é vedado.⁷⁵⁰

De outro lado, o controle de constitucionalidade poderá ser maior ou menor, mas sempre existirá, devendo ser afastada de plano a solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar outro Poder por força da separação dos poderes.⁷⁵¹ Ora, o princípio democrático só será realizado se o Legislativo escolher premissas concretas que levem à realização dos direitos fundamentais e das finalidades estatais, motivo pelo qual defender a insindicabilidade das decisões do legislador é retirar do STF a função de guardião da Constituição que lhe foi atribuída e da Constituição sua preponderância hierárquica sobre as normas infraconstitucionais, o que não pode ser admitido. Trata-se, pois, de uma questão de verificar *em que medida* a jurisdição constitucional está sendo exercida e se o Judiciário a está exercendo com critérios⁷⁵² e autocontrole (*self restrain*),⁷⁵³ o mesmo valendo para os tribunais internacionais de direitos humanos.

Assim, se é certo que a um maior ativismo judicial corresponde uma menor liberdade de atuação do legislador, não se podendo permitir que aquele provoque uma hipertrofia constitucional que asfixie as forças sociais e a deliberação democrática,⁷⁵⁴ por outro lado não se pode prescindir da jurisdição constitucional para assegurar a proteção a direitos fundamentais, mesmo em face do legislador, devendo a aplicação do princípio da proporcionalidade, em sua dupla vertente, pela jurisdição constitucional, porém, ser exercida com critério, de forma fundamentada e com certa autocontenção do Judiciário.

Pelo exposto, conclui-se que a crítica - apesar de não guardar pertinência nos termos em que veiculada - deve ser parcialmente acolhida: primeiramente, reafirma-se a necessidade de respeito de um amplo espaço de discricionariedade normativa ao legislador, em respeito à separação de Poderes e à legitimidade democrática do Legislativo, *locus* apropriado do debate e da disputa entre as diversas concepções de mundo e o modo de sua realização.⁷⁵⁵ Sem embargo, tal liberdade de eleição da melhor política criminal, se é ampla, é pautada pela Constituição e pelo DIDH, não podendo ser tido

⁷⁵⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. (da 20a edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 69-70.

⁷⁵¹ ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 125-127.

⁷⁵² ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 125-127, sustentando que *Em vez da insindicabilidade dessas decisões (Nichtjustitiabilität), é preciso verificar em que medida essas competências estão sendo exercidas*.

⁷⁵³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.71-76.

⁷⁵⁴ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2a ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 31.

⁷⁵⁵ ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". In: *In: Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira/SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (coords). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 201-202.

como absoluta. Especialmente em determinadas situações-limites, a Constituição e o DIDH vão impor uma determinação criminalizante, surgindo e se desenvolvendo a figura dos mandados implícitos de criminalização (primária e secundária).

Cuida-se, pois, mais de verificar os *limites* de um ativismo judicial legítimo do que afirmar a impossibilidade de aplicação dos direitos fundamentais com bases principiológicas, sob pena de renúncia ao controle de constitucionalidade e, como corolário, à força normativa da Constituição. Dessa forma, deve-se outorgar especial valor à discricionariedade legislativa e, concomitantemente, respeitar na interpretação constitucional os limites semânticos do texto, não se podendo aceitar a desconsideração de *regras constitucionais* que limitem o poder punitivo, como aquelas que determinem o respeito à coisa julgada, ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, bem como a que dispõe que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Trata-se de regras que impõem limites infranqueáveis ao instituto, e aos quais retornaremos no capítulo V.

4.8 Violação da soberania nacional em decorrência de mandados internacionais de criminalização.

Outra objeção ao instituto, dirigida especificamente aos mandados implícitos de penalização fundamentados no DIDH, versa sobre suposta violação da soberania nacional, decorrente da imposição do exercício ou aplicação da potestade punitiva por determinação alheia à autoridade nacional. Assim, questiona-se perda da soberania nacional decorrente da existência de tribunais internacionais de direitos humanos, que seria agravada pelo ativismo judicial por parte da Corte IDH.

Neste sentido, MALARINO afirma que os países americanos signatários da CADH não consentiram em ceder sua soberania com relação aos direitos construídos pela jurisprudência da Corte IDH, acusando a Corte de, especialmente a partir das presidências de Cançado Trindade (1999-2004) e García Ramírez (2004-2007), converter a CADH em um conjunto de normas bastante diverso daquele que fora aprovado pelos Estados convenientes. Assim, teria a Corte IDH expandido seu poder de controle (fazendo uso de outros diplomas de DIDH além da CADH e criando novos direitos a partir da CADH) e seu poder de imposição (ampliando o que a Corte IDH poderia ordenar aos Estados a título de reparações), estendendo a eficácia jurídica de suas decisões para além do caso concreto, em detrimento da soberania nacional.⁷⁵⁶

O autor critica a jurisprudência da Corte IDH por fazer uso de referências jusnaturalistas e por, a pretexto de promover uma *interpretação evolutiva ou progressiva* da CADH, em verdade promover uma *renovação* do texto a partir das necessidades do momento, criando direitos não extraíveis de seu

⁷⁵⁶ MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Berlin/Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung e V. /Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2010, p. 27-29.

conteúdo.⁷⁵⁷ Além disso, alerta para as consequências deste ativismo judicial com relação à compressão da soberania nacional: sua jurisdição teria sido reconhecida pelos Estados tão-somente no que tange a deliberar sobre descumprimentos da CADH, e não de outras normas do DIDH, escritas ou consuetudinárias, ou de normas criadas pela própria Corte IDH, não podendo esta declarar a responsabilidade internacional dos Estados senão pela violação ao *texto* da CADH.⁷⁵⁸ Em complementação, sustenta que a criação do direito é um ato político, cuja decisão cabe aos legisladores (dos Estados nacionais), sob pena de um tirania judicial e da perda da certeza do direito. Nessa toada, critica a falta de legitimidade democrática dos magistrados da Corte IDH ("*siete jueces part time no elegidos popularmente*") para uma interpretação criadora de normas e para realizar juízos de proporcionalidade, agravada pela distância dos juízes da Corte IDH com as sociedades e ordens jurídicas nacionais dos Estados réus, arrematando que "*posiblemente, esos jueces-legisladores ni siquiera hayan pisado el país al cual pretenden imponer normas*"⁷⁵⁹.

Em outro estudo⁷⁶⁰, o autor nega a existência de um dever de controle de convencionalidade, criticando veementemente o entendimento da Corte Suprema de Justiça da Argentina de que ela está submetida à jurisprudência da Corte IDH, como intérprete última da CADH, que naquele país goza de *status* constitucional. Propõe ele uma separação *absoluta* entre as esferas jurisprudenciais internacional e nacional: à Corte IDH caberia a última palavra quanto à CADH *apenas* no âmbito dos julgamentos internacionais, enquanto à Corte Suprema argentina caberia a última palavra em todos os processos internos, inclusive quanto à aplicação da CADH. Argumenta o autor que nada existe na CADH que possa fundamentar um poder vinculante interno às decisões da Corte IDH, salvo a própria jurisprudência da Corte, o que configuraria petição de princípio, uma vez que se não fosse vinculante no plano interno por alguma outra norma, esta autodeclaração não lhe daria esta eficácia. Assim, defende que a Corte IDH não possa influir nos processos julgados pelo Judiciário nacional, uma vez

⁷⁵⁷ MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Berlin/Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung e V. /Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2010, p. 32-35. Reiterando a crítica ao ativismo judicial em geral, o autor afirma que denominar de interpretação uma operação intelectual que não leva em conta o texto, ou que faz referência a um texto que de modo algum pode suportar semanticamente a conclusão, é uma fraude de etiquetas.

⁷⁵⁸ MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (Edits). Berlin/Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung e V. /Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2010, p. 40, faz interessante analogia, comparando a CADH com as regras de um jogo desportivo, às quais os Estados, como jogadores, se submeteram: assim, a Corte IDH agiria como um árbitro que, numa partida de basquete, anulasse uma jogada por impedimento (regra existente no futebol), ou que criasse por si própria a regra de que se contam pontos quando a bola tocasse na tabela.

⁷⁵⁹ MALARINO, Ezequiel. *Derechos humanos y derecho penal: Estudios sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez, 2012 (colección internacional, n° 39), p. 33-58.

⁷⁶⁰ MALARINO, Ezequiel. *Derechos humanos y derecho penal: Estudios sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez, 2012 (colección internacional, n° 39), p. 73-94.

que legitimada apenas no plano internacional. Ademais, sustenta que a constitucionalização da CADH ocorrida naquele país não legitima concluir pela entrega de vastas áreas do bloco de constitucionalidade argentino à jurisdição final de uma autoridade internacional.

Também crítico do DIDH, POSNER afirma que seus tratados são mero exercício de propaganda e retórica, cujo único efeito é limitar o jogo democrático interno e a soberania nacional, em favor de concepções estrangeiras, utilizando-se frequentemente de conceitos vagos. Exemplificando, o autor faz menção à vedação de *tratamentos cruéis ou degradantes*, previsto em tratado ratificado pelos Estados Unidos, é utilizada por europeus para defender a ilicitude da aplicação da pena de morte nos EUA.⁷⁶¹ Ademais, salienta que diversos direitos humanos permitiriam barganhas (*trade-offs*), criticando que o DIDH é imposto de cima para baixo sobre países de terceiro-mundo.

É preciso analisar as objeções pontualmente. Se devem ser tidas como procedentes no sentido em que permitem obviar a necessidade de controle sobre a aplicação interna das decisões da Corte IDH, sob pena de se conceder um poder supraconstitucional ilimitável ao órgão, por outro lado não podem ser aceitas nos termos ali propostos.

A crítica relacionada à perda de parcela da soberania nacional em detrimento de tribunal internacional, em verdade, se dirige a todo o Direito Internacional - e em especial ao Direito Internacional dos Direitos Humanos: ora, o surgimento e consolidação do DIDH ocorreu exatamente para impedir a repetição das monstruosas violações de direitos humanos praticadas em nome ou sob o manto da soberania estatal.⁷⁶² Assim, a criação de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos decorre da percepção de que estes direitos - e sua implementação - não deveriam mais ser confiados apenas ao poder soberano dos Estados, por seus órgãos judiciários, legislativos e executivos. Trata-se, pois, de construção que deliberadamente relativiza a noção clássica de soberania absoluta do Estado e cristaliza a ideia de que o indivíduo *tem e deve ter* direitos protegidos na esfera internacional, os quais podem ser monitorados por órgãos internacionais, aptos a responsabilizar os Estados que não os respeitem e protejam.⁷⁶³

De fato, o Holocausto demonstrou que não se pode outorgar, mesmo dentro do território nacional, poder ilimitado para que cada Estado decida *todos* os assuntos como bem lhe aprouver: não se pode tolerar, mais, que um Estado promova graves violações a direitos humanos, ainda (ou

⁷⁶¹ POSNER, Eric. *Why the U.S. shouldn't sign on empty human rights treaties*. Disponível em http://www.slate.com/articles/news_and_politics/view_from_chicago/2012/12/u_n_convention_on_the_rights_of_persons_with_disabilities_the_u_s_shouldn.html, acesso em 28 de setembro de 2015.

⁷⁶² GARCIA, Emerson. *Proteção internacional dos direitos humanos. Breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2a. Ed, 2009, p. xvii-xviii. No mesmo sentido, cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67.

⁷⁶³ PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 117-118. Vide, ainda, PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 65-66.

especialmente) se assim decidir fazê-lo, de forma deliberada e planejada e isentando seus agentes de responsabilidade. O conceito de *soberania nacional*, pois, não pode mais servir de *escudo* a governantes para que promovam ou coonestem graves violações a direitos humanos. De certa maneira, a necessidade de se impedir a repetição dos trágicos acontecimentos do Século XX exige o fim do poder absoluto e supremo dos Estados nacionais dentro de suas fronteiras. Assim, o respeito aos direitos humanos deixa de ser assunto meramente *interno*, deixado à opção soberana de cada país, passando a afetar a toda a comunidade internacional: trata-se de imposição jurídica proveniente da ordem internacional, que deve ser acatada pelos Estados, e que limita e funcionaliza a noção de soberania nacional.

Supera-se, então, a tese de que cabe exclusivamente aos Estados deliberar sobre a extensão de suas próprias competências (*competência das competências*), ou de que a obrigatoriedade do Direito Internacional se fundamentava na aquiescência outorgada pela vontade de um Estado singular: ao revés, reconhece-se a existência de normas internacionais obrigatórias (*jus cogens*), que independem do consentimento nacional, como aquelas relativas aos crimes internacionais (como o genocídio, crimes contra a humanidade, etc, que não admitem como causa de justificação a obediência à norma interna), e aos costumes internacionais relativos aos direitos humanos.⁷⁶⁴ Assim, o reconhecimento de direitos humanos *universais* - isto é, assegurados a todos os seres humanos do planeta independentemente da diversidade nacional, cultural e jurídica e da ideia de reciprocidade, torna inevitável a releitura do conceito de soberania, para conjugá-la com a imperatividade destas normas.⁷⁶⁵ Por outro lado, quando um Estado ratifica uma convenção internacional de direitos humanos e assume obrigações internacionais, está precisamente *exercendo* sua soberania, não podendo se eximir de cumprir as obrigações firmadas alegando, contraditoriamente, o amesquinamento da soberania nacional.⁷⁶⁶

ESER, salientando a importância do papel indivíduo como sujeito direto e imediato de Direito Internacional, seja como autor de crimes internacionais, seja como vítima a ser protegida pelo Direito

⁷⁶⁴ GARCIA, Emerson. *Proteção internacional dos direitos humanos. Breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2a. Ed, 2009, p.3-9. Assim, ao longo da consolidação do DIDH, a Declaração Universal de Direitos do Homem se transmutou em instrumento juridicamente vinculante, refletindo a síntese axiológica dos direitos humanos reconhecidos de forma universal, dispondo de caráter imperativo e força autônoma para vincular todos os Estados, constituindo, pois, *jus cogens* que superaria todos os argumentos de soberania nacional, além de dispor de função hermética de auxiliar a interpretação das demais normas internacionais voltadas à proteção dos direitos humanos. Cf. GARCIA, Emerson. *Proteção internacional dos direitos humanos. Breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2a. Ed, 2009, p.30-31.

⁷⁶⁵ GARCIA, Emerson. *Proteção internacional dos direitos humanos. Breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2a. Ed, 2009, p.47-52, ainda que afirmando não ser possível se falar em *derrocada irrestrita* do conceito clássico de soberania, já que em regra as convenções internacionais ainda vinculam unicamente os Estados-partes, em reflexo à perspectiva contratualista dos tratados, não sendo incomum a formulação de reservas às suas disposições. *Op.cit.*p.47.

⁷⁶⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 22-24.

Internacional, afirma que a soberania do Estado não é mais concebível como um fim em si mesma ou em caráter absoluto, não podendo ser usada para acobertar e permitir a prática de abusos do Estado contra seus cidadãos:⁷⁶⁷

Da mesma forma que o Estado não existe por si mesmo, mas, sim, em função das pessoas, concede-se a soberania ao Estado para proteger seus cidadãos, e não para se proteger. Mas quando a pessoa é ameaçada justamente pelo seu próprio Estado e ela não poderia alcançar a proteção devida a seus direitos, a não ser no campo externo, deverá ser considerado que caducou o direito ao Estado de invocar a soberania a seu favor.⁷⁶⁸

De forma similar, ALTMAN e WELLMAN, defendem que o conceito de soberania nacional, que se traduz na jurisdição e decisão exclusiva sobre assuntos dentro de seu território, hodiernamente é funcionalizado, sendo legítimo apenas quando o Estado exerça suas funções políticas de manter a paz e assegurar os direitos humanos fundamentais. A soberania seria concebida, pois, como liberdade para a gestão dos assuntos internos de cada Estado *dentro dos limites* do respeito aos direitos humanos. Assim, Estados que pratiquem ou permitam violações generalizadas ou sistemáticas de direitos humanos não poderiam pretender que sua soberania obste a jurisdição internacional, subsidiária, sobre estas graves violações a direitos humanos.⁷⁶⁹

A crítica ao DIDH tem ainda menos relevo perante o Direito positivo brasileiro, cuja Constituição não é hostil a tribunais internacionais de direitos humanos: ao revés, o art. 7º do ADCT estabelece expressamente que o Brasil deve favorecer a criação de um Tribunal internacional de direitos humanos, e o art. 5º, parágrafo 2º, da CRFB/88, prevê que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. Ademais, o art. 4º da Constituição estabelece que a prevalência dos direitos humanos é princípio diretivo do Brasil em suas relações internacionais e determina que o país busque a integração

⁷⁶⁷ ESER, Albin. Medidas nacionais e transnacionais contra a impunidade da criminalidade amparada pelo Estado e de crimes internacionais: conclusões de política jurídica a partir de um projeto comparado sobre a Justiça de Transição. In: *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. AMBOS, Kai, e BOHM, Maria Laura (Coords). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 169-171.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 171.

⁷⁶⁹ ALTMAN, Andrew, WELLMAN, Christopher Heath. *A defense of International Criminal Law*. In *Ethics*, 115 (october 2004). Chicago: The University of Chicago, 2004, p. 43-49, abordando o tema da soberania nacional sob a ótica do Direito Penal Internacional, sugerem uma ruptura com o modelo vestfaliano de soberania nacional, propondo que a responsabilidade estatal sobre os indivíduos em seu território seja tida como similar ao poder familiar que os pais e responsáveis detêm em relação a filhos menores. Assim como os pais gozam de grande discricionariedade acerca de como educar e criar seus filhos mas estão sujeitos a certos limites, os Estados gozariam de grande margem de liberdade no trato dos assuntos internos, mas não de liberdade plena. Se os genitores abusarem de seu poder familiar ou forem incrivelmente negligentes, terceiros têm o dever de intervir em prol dos interesses do menor, impedindo abusos, torturas ou o abandono. Da mesma forma, se os Estados nacionais abusarem de seu poder sobre os indivíduos que habitam seu território para torturá-los e persegui-los, surge o dever da comunidade internacional intervir para cessar os abusos e promover a responsabilização dos perpetrantes de tais crimes. Não seria necessário, pois, provar (ou considerar presumido) que houvesse um *dano* ou perigo de dano à ordem internacional (decorrente de possíveis guerras ou fluxos migratórios causados pelas violações de direitos humanos), mas a mera demonstração de que o Estado está abusando do poder que legitimamente detém sobre os indivíduos para violar seus direitos humanos, torturá-los, matá-los e persegui-los já seria suficiente para atrair a competência internacional (residual) sobre tais fatos.

econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. Verifica-se, pois, uma relação de compatibilidade entre a CRFB/88 e as instâncias internacionais de proteção dos direitos humanos⁷⁷⁰

Por outro lado, CANÇADO TRINDADE recorda que o DIDH, por suas próprias características, não visa a regular relações entre iguais, senão a proteger os "mais fracos e vulneráveis", isto é, "as vítimas de violações dos direitos humanos":

Não há que perder de vista que o Direito Internacional dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades na medida em que afetam os direitos humanos.⁷⁷¹

Em perspectiva similar, PIOVESAN defende que o movimento internacional dos direitos humanos flexibiliza as noções de soberania nacional e jurisdição doméstica, consagrando um parâmetro internacional mínimo, relativo à proteção dos direitos humanos, aos quais os Estados devem se conformar⁷⁷², defendendo que a Constituição brasileira, ao estabelecer o princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da CRFB/88) rompe com o paradigma de soberania absoluta, abre a ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos e reconhece limites e condicionamentos à soberania estatal.⁷⁷³ Esta evolução no conceito de soberania nacional, para torná-lo sujeito a limites e a justificativas funcionais de sua existência é consequência da interação dialética entre o poder dos Estados nacionais e o surgimento e consolidação do DIDH e do DPI.

De outro lado, a indivisibilidade dos direitos humanos faz com que o DIDH seja imbuído de princípios que se retroalimentam e que não possa, nem deva, ser lido de forma estanque.⁷⁷⁴ A doutrina internacionalista defende que o DIDH sequer se baseia exclusivamente na vontade consensual dos Estados, sendo ao revés influenciado pelo costume internacional e pelos demais tratados internacionais de direitos humanos que integrem o *jus cogens*, de maneira que a Corte IDH - regida pelos princípios

⁷⁷⁰ No mesmo sentido, RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 344-345.

⁷⁷¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos - volume I*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 26. É de se lembrar, de outro lado, que nem sempre os imputados estarão em condição de vulnerabilidade perante o Estado ou suas vítimas. DIDH garante a defesa dos vulneráveis. Entre o torturador e a vítima de tortura, entre paramilitares, pistoleiros e suas vítimas, quem está em vulnerabilidade são elas, não eles, necessitando do DIDH e do Direito Penal para a garantia de seus direitos fundamentais.

⁷⁷² PIOVESAN, Flávia *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ªed. rev. e atual - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 211.

⁷⁷³ PIOVESAN, Flávia *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ªed. rev. e atual - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 474.

⁷⁷⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto/PEYTRIGNET, Gérard/RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados*. San José da Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos/Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996. p.41-55.

do DIDH, pode e deve utilizar o costume internacional e outros tratados de DIDH como fonte de interpretação do teor das normas trazidas pela CADH. Aliás, *não se concebe possam os Estados nacionais determinar como possa ou deva a Corte IDH exercer sua jurisdição e interpretar a CADH*: ao revés, com a aceitação de cada país à jurisdição contenciosa da Corte IDH, decidiram eles transferir à Corte a tarefa de interpretar a CADH. É sempre possível a cada Estado que, discordando dos métodos ou conclusões obtidas pela Corte IDH, retire sua submissão à jurisdição contenciosa da Corte, mas enquanto a reconhecer, não parece viável que questione a melhor forma de interpretação - *ou exija a realização de interpretação literal* - por parte da Corte IDH, como pretende MALARINO.

Por outro lado, a interpretação há muito deixou de ser tarefa mecânica orientada exclusivamente pelo silogismo jurídico: a dogmática constitucional e internacional consolidou a percepção de que os princípios são dotados de caráter normativo e que todas as disposições constitucionais (assim como as convenções internacionais de direitos humanos) ostentam valor normativo (superando a tese que negava eficácia jurídica e imperatividade justamente àquelas que seriam caracterizadas como principiológicas ou meramente declarativas), reconhecendo, ainda, a dimensão construtiva da hermenêutica constitucional (e do DIDH), que deixa de ser tida apenas como a revelação de um conteúdo pré-definido ante o ocaso do positivismo formal-legalista.⁷⁷⁵ Com efeito, a tradicional concepção de que a interpretação jurídica consistia na atividade de revelação de um sentido prévio e acabado das normas está sendo superada gradualmente pela compreensão da norma como um processo que conjuga a norma-dado, preexistente, com a norma-produto, ou norma resultado, que se ultima pela construção jurisprudencial.⁷⁷⁶ Quanto à hermenêutica constitucional, em sentido semelhante, o Ministro Eros Grau, em seu erudito voto na ADPF 153 (relativa à Lei de Anistia) asseverou:

Hoje temos como assentado o pensamento que distingue texto normativo e norma jurídica, a dimensão textual e a dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. (...) a interpretação do direito tem caráter constitutivo - não meramente declaratório, pois - e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar/aplicar é dar concreção (concretizar) ao direito, operando sua inserção no mundo do ser (mundo da vida).⁷⁷⁷

Percebe-se, pois, que a submissão a uma jurisdição internacional necessariamente pressupõe a concomitante aceitação de que caberá ao órgão julgador interpretar a norma convencional, construindo o sentido da norma a partir do texto e da realidade e concretizando o Direito.

⁷⁷⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 93.

⁷⁷⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 29-34.

⁷⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 153. Rel. Min. Eros Grau. Voto Min. Eros Grau. Julgamento em 29.04.2010.

Tampouco procede a crítica quanto à distância dos juízes da Corte IDH para com a realidade local: ora, a composição internacional dos juízes e a distância com relação à realidade interna é característica inerente a todo tribunal internacional - e, aliás, um dos motivos para sua criação e funcionamento. Esta característica permite a seus integrantes uma maior liberdade com relação às pressões políticas internas, e dificulta que tenham suas percepções influenciadas por interesses classistas, corporativos, econômicos, sociais ou políticos. Argumentar com o caráter internacional da Corte para desmerecê-la é querer deslegitimar e inviabilizar o funcionamento qualquer tribunal internacional e do próprio DIDH. Ora, esta distância e isenção a pressões internas é uma das pré-condições para uma análise imparcial quanto à alegação de violação a direitos humanos por parte de um Estado, não podendo obstar ou impedir a atividade hermenêutica da Corte sobre a CADH a partir de percepções internas.

Quanto às críticas ao ativismo judicial da Corte IDH, estas são parcialmente procedentes. Se parece claro que a jurisprudência da Corte IDH não é apta a trazer força vinculante a si mesma (seja através de decisões ou declarações *obiter dictum*), por outro lado parece inviável pretender ignorar no plano interno a jurisprudência de Corte Internacional a cuja jurisdição o país se submeteu, por força da cláusula *pacta sunt servanda* que consolida o princípio da boa fé internacional, norma *jus cogens* de caráter imperativo e eficácia *erga omnes*.⁷⁷⁸

Não é possível ao Estado - sem violação a tais princípios - proceder a um jogo duplo, declarando-se, no plano internacional, de acordo e submisso ao que restar deliberado, para no plano interno agir como melhor lhe aprouver, ignorando por completo a decisão de uma Corte Internacional a cuja jurisdição se submeteu: esta duplicidade de papéis - ilícita, levaria o Estado a ser reiteradamente condenado pela Corte IDH pelo descumprimento da CADH: a persistência em interpretar o direito interno desconsiderando por completo a Corte IDH resultaria em reiteradas e sucessivas condenações do Estado no plano internacional, inviabilizando a permanência no SIDH.⁷⁷⁹ Ignorar no plano

⁷⁷⁸ O princípio da boa fé no Direito Internacional, trazido pela regra *pacta sunt servanda* é norma internacional costumeira de *jus cogens*, imperativa, tendo sido reiterada pelo art. 26 da Convenção de Viena sobre direito dos tratados, de 23.05.1969, internalizada no país conforme Decreto 7.030, de 14.12.2009, dispondo que "*Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé*", e pelo art. 27 do mesmo tratado, assinalando que, em regra, não se pode invocar disposições de direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. A exceção se daria caso houvesse manifestação violação de disposição constitucional sobre competência para celebrar tratados (cf. art. 46 da Convenção de Viena).

⁷⁷⁹ A tese da ineficácia das decisões da Corte IDH no plano interno, sob o argumento da absoluta separação das jurisdições internacional e nacional parece constituir aquilo que MALARINO (Cf. MALARINO, Ezequiel. *Derechos humanos y derecho penal: Estudios sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez, 2012 (colección internacional, nº 39), p. 48-50) chama de *argumento ideológico* para criticar os que *apóiam* o controle de convencionalidade *por concordar* com o teor das decisões da Corte IDH: *como MALARINO não concorda* com o que chama de tendências punitivas da CorteIDH, *busca afastar todo e qualquer efeito* de suas decisões no plano interno, sem enxergar o princípio da boa fé como óbice à defendida postura estatal de *duas caras* frente a Corte IDH. Indaga-se: se a Corte IDH condenasse um Estado a não aplicar uma lei interna que permitisse o uso de prova obtida mediante tortura ou a manter pessoas presas por tempo indeterminado sem acusação formal, por incompatibilidade com a CADH, acaso se questionaria a validade da decisão da CorteIDH? Em caso positivo, é de se indagar qual seria o real valor

interno, de forma deliberada e reiterada, as sentenças da Corte IDH e a interpretação dada por esta à CADH, enquanto se finge aceitá-las no plano internacional, não é ética ou juridicamente defensável, cabendo ao Estado que optar por exercer com exclusividade sua soberania no plano interno quanto ao conteúdo e valor da CADH e reiteradamente desprezar as sentenças da Corte IDH, a honestidade de retirar o reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte e/ou denunciar o tratado. À pretensão de ser absolutamente soberano no plano interno quanto à interpretação da CADH corresponderia, no plano internacional, a retirada da submissão do Brasil à jurisdição contenciosa da Corte IDH.⁷⁸⁰

Contudo, se a proteção aos direitos fundamentais pudesse ser confiada exclusivamente à soberania estatal, os tribunais internacionais de direitos humanos não teriam razão de ser: eles existem exatamente para garanti-los quando estejam sendo ameaçados pela ação ou omissão estatal. Assim, quando se impute a responsabilidade de um Estado por grave violação de direitos humanos, faz-se útil - e necessário - que o julgamento da questão seja levado a um tribunal internacional, ao qual diversos Estados previamente concordaram em se submeter - e que suas decisões sejam cumpridas. Dessa forma, a jurisprudência da Corte IDH não pode ser tida como estanque e exaurida no sistema internacional, devendo orientar a interpretação do sentido das normas convencionais da CADH aplicadas pelo Judiciário nacional, sob pena de restar desprovida de eficácia e sentido.

Por outro lado, não parece afrontar a CADH, senão cumpri-la, a jurisprudência da Corte IDH, firmada a partir de BARRIOS ALTOS, de que a simples edição e vigência de uma lei interna em desarmonia com as obrigações convencionais de proteção - como as leis de autoanistia de graves violações de direitos humanos, acarreta a responsabilidade internacional do Estado: enquanto permaneçam em vigor, leis que violem a CADH ensejarão uma situação continuada de violação das normas convencionais, em situação insustentável diante da necessidade de o Estado cumprir com boa fé as obrigações internacionais assumidas: e se dentre elas está a que aceitou a jurisdição contenciosa da Corte IDH para julgar se o Estado está violando a CADH, não parece razoável afirmar que possa o Estado cumprir sua obrigação internacional enquanto a norma interna contrária à CADH continuar em vigor, sendo aplicada no âmbito interno. Dessa maneira, a Corte IDH, velando pela efetividade da CADH, condena os Estados a prestar garantias de não-repetição das violações a direitos humanos, promovendo não apenas a capacitação administrativa de agentes públicos, como a implementação de reformas legais e institucionais, visando a impedir a impunidade de graves violações a direitos

normativo e efetividade da CADH? E qual o sentido da jurisdição da Corte IDH, se suas sentenças fossem reiterada e deliberadamente descumpridas pelos Estados, se permitindo a estes solenemente ignorá-las de forma indefinida?

⁷⁸⁰ GARCIA-SAYÁN, Diego. Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 327-329, assinala que se os Estados, por decisão soberana, decidem fazer parte de tratados internacionais de direitos humanos e promovem o funcionamento de órgãos internacionais ou regionais de proteção, se impõem a si mesmos o dever de aplicar em sua ordem interna os compromissos assumidos. Assim, os tribunais nacionais não estão de frente com um *direito estrangeiro*, senão ante um Direito que deveria ser a espinha dorsal das normas e comportamentos das autoridades estatais.

humanos e a exigir sua tipificação, investigação e regular persecução penal.⁷⁸¹ Assim, ainda que o tribunal internacional não conte com mecanismos coercitivos para tornar efetivas suas decisões - dependendo do princípio da boa fé dos Estados e da seriedade destes com os compromissos internacionais assumidos - conclui-se ser inerente à submissão à jurisdição contenciosa da Corte IDH a necessidade jurídica de cumprimento de suas decisões, tendo a Corte - nestas suas quase três décadas de funcionamento - logrado obter mudanças institucionais, tanto através de decisões judiciais dos órgãos jurisdicionais internos, como de reformas legislativas.⁷⁸²

Enfim, a tese proposta por MALARINO propugna que o Estado *finja* se submeter à jurisdição da Corte IDH, sem fazê-lo de fato: afinal, se esta concluir que o Estado agiu em contrariedade aos direitos humanos convencionais, advoga o autor que o Estado submetido à sua jurisdição *acate*, no plano internacional, *mas descumpra*, no plano interno e na prática, o teor de seus julgados. A máxima *acátase pero no se cumple* é incompatível com a boa fé exigida pelo DIDH e não pode servir de orientação à construção da dogmática jurídica.

Rejeita-se, pois, a concepção de sistemas jurídicos estanques e incomunicáveis,⁷⁸³ que, ademais, é incompatível com a ordem jurídica brasileira, ante o teor do art. 5º, parágrafos 1º e 2º, da CRFB/88, que dá aplicabilidade imediata às normas de DIDH. Por outro lado, a CADH - como documento de DIDH - tem força normativa supralegal, conforme reconhecido pelo STF, isto é, acima

⁷⁸¹ CARRASCO, Salvador Herencia. Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Tomo II*. Berlin/Montevidео: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011, p.380-387.

⁷⁸² CARRASCO, Salvador Herencia. Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Tomo II*. Berlin/Montevidео: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011, p. 388-392.

⁷⁸³ Flávia Piovesan (cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 146) defende, ainda, que a CRFB/88 adotou - em relação à controvérsia entre monistas e dualistas - *sistema misto* pelo qual os tratados internacionais de proteção dos *direitos humanos incorporam-se imediatamente* ao ordenamento jurídico, na forma do art. 5º, *parágrafo 1º*, da CRFB/88, ao passo que os demais tratados exigem, para a produção de efeitos jurídicos internos, da edição de um ato normativo nacional, conforme a tese dualista que concebe a existência de duas ordens jurídicas distintas, uma nacional e outra internacional. Apesar de ressaltar que a jurisprudência do STF exige a expedição de decreto do Presidente da República promulgando o tratado, conferindo-lhe executividade e publicidade, como *momento culminante* no processo de incorporação dos tratados. (p. 147).

Ademais, Cançado Trindade (cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. ÇANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (Ed.). São José, Costa Rica, IIDH, ACNUR, CIVC, CUE, 1996, p. 229-232) afirma que hodiernamente, com o reconhecimento da competência dos órgãos de supervisão internacionais, a clássica controvérsia entre dualistas e monistas tornou-se ociosa, supérflua, dispensável e sem quaisquer resultados práticos: mais importante é que os Estados admitam o direito de petição individual e aceitem submeter-se à jurisdição compulsória das cortes internacionais, revelando a seriedade do compromisso com os direitos humanos. Ademais, o DIDH e a jurisprudência de seus tribunais não se restringiriam à órbita internacional, senão que: "*Os tratados de direitos humanos beneficiam diretamente os indivíduos e grupos protegidos. Cobrem relações (dos indivíduos frente ao poder público) cuja regulamentação outrora era o apanágio do direito constitucional*" (...) "*Regendo a mesma gama de relações, dos indivíduos ante o Estado, o direito internacional e o direito interno apontam aqui na mesma direção, coincidindo no propósito básico e último de ambos da proteção do ser humano*": assim, não há mais pretensão de primazia de um direito sobre o outro, dispondo de primazia "*a norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno*", conforme a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos.

de toda a legislação infraconstitucional, tendo sido internalizada através do Decreto 678, publicado em 9.11.1992, assim como a submissão brasileira à jurisdição contenciosa da Corte IDH, reconhecida a partir de 10.12.1998, pelo Decreto 4.463/2002. Dessarte, as normas convencionais têm plena eficácia interna, e "toda norma preexistente que seja incompatível com o tratado perde automaticamente a vigência". Por conseguinte, torna-se cabível recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça - STJ - de quaisquer decisões que contrariem o tratado ou lhe negue vigência, na forma do art. 105, III, *a*, da CRFB/88, cabendo ao Poder Judiciário "declarar inválida e antijurídica conduta violadora de tratado internacional".⁷⁸⁴

Até mesmo ZAFFARONI afirma que o Direito Internacional parte da *Law of the Land*,⁷⁸⁵ não podendo ser reduzido o DIDH a mero anelo ético desprovido de eficácia jurídica, salientando que:

Há na América Latina um setor doutrinário que busca minimizar a importância do DIDH e resiste a incorporar suas normas à elaboração dogmática. Tal setor ignora a dimensão jurídica do desenvolvimento desse novo âmbito, geralmente por dificuldades advindas de compromissos teóricos formalistas e positivistas, e às vezes por vinculações políticas com grupos responsáveis pelos gravíssimos delitos jus-humanistas cometidos na história recente de nosso continente.⁷⁸⁶

Pelo exposto, faz-se inviável, pois, pretender ignorar as decisões da Corte IDH no plano interno, tal qual postulado pela crítica em análise. Por outro lado, ainda que a CADH e o DIDH detivessem no Brasil eficácia normativa constitucional - que não lhes é reconhecida pelo STF - *caberia à jurisdição constitucional brasileira* - em última análise, ao STF, decidir a melhor forma de conjugá-las com as demais disposições e princípios constitucionais.

Como supra-afirmado na análise dos casos GOMES LUND e, em especial, GELMAN, a pretensão da Corte IDH de sobrepor suas decisões às constituições de cada país⁷⁸⁷ - e de vincular os órgãos responsáveis pela respectiva jurisdição constitucional - não pode ser aceita. A Corte IDH manifesta expressa pretensão de se tornar uma *Corte Constitucional das Américas*⁷⁸⁸, exercendo poder de império sobre os países que, ao se submeterem à sua jurisdição, cederam-lhes parcela de sua soberania. Sua posição se fundamenta na concepção de superioridade hierárquica do DIDH sobre todo

⁷⁸⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p.143-144.

⁷⁸⁵ ZAFFARONI, E. Raul *et al.* *Direito Penal Brasileiro I*, Ed. Revan, 4ª Ed, Rio de Janeiro: 2011, p 339-341. Os autores defendem, ainda, a força normativa da CADH *mesmo sobre as Constituições internas* "porquanto é princípio unanimemente aceito no direito internacional público que não se admitem limitações de direito interno para o descumprimento da lei internacional", considerando desnecessária a regra do art. 5º, parágrafo 2º, da CRFB/88, e afirmando sua aplicabilidade direta para proibir a prisão por dívida do depositário infiel e para garantia do duplo grau de jurisdição nas ações penais originárias. *op.cit.*, p. 339-340.

⁷⁸⁶ ZAFFARONI, E. Raul *et al.* *Direito Penal Brasileiro I*, Ed. Revan, 4ª Ed, Rio de Janeiro: 2011, p 340.

⁷⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gelman v. Uruguai. Decisão de supervisão de cumprimento de sentença, de 20.03.2013, parágrafos 64 a 72.

⁷⁸⁸ V.BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional*. Madrid: Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) Universidad Complutense, 2014.

o Direito interno, inclusive o Direito Constitucional⁷⁸⁹, tido como *mero fato*.⁷⁹⁰ Contudo, a supremacia da jurisprudência da CorteIDH sobre a CRFB/88 importaria admitir um processo de revisão do conteúdo e força normativa dos dispositivos constitucionais não previsto pela CRFB/88 - com violação das limitações formais, e possivelmente das materiais, ali estabelecidas, o que não é admissível nem em sede de reforma constitucional.⁷⁹¹ A tese da supremacia da CorteIDH sobre a CRFB/88 levaria, ainda, ao reconhecimento de um poder supranacional e supraconstitucional incontrolável à Corte IDH: caso esta dispusesse sempre da última palavra para dizer o Direito em caso de conflito entre (sua interpretação da) CADH e as normas *constitucionais* de cada país, seu poder não seria passível de ser contido por qualquer órgão - nacional ou internacional. Esta situação equivaleria ao fim da soberania nacional, não sendo tal pretensão compatível com a CRFB/88, arts. 1º, I, e 4º, I.⁷⁹² Assim, a internalização da CADH em nível supraconstitucional ou a submissão brasileira à jurisdição

⁷⁸⁹ Veja-se que a CORTE IDH considerou que a simples vigência da norma contida em dispositivo da *Constituição* chilena autorizando a censura prévia de publicações e filmes constituía violação ao direito convencional à liberdade de expressão, contido no art. 13 da CADH, e determinou ao Chile que modificasse seu ordenamento *constitucional* com o fim de suprimir a censura prévia, bem como que permitisse a exibição cinematográfica e a publicidade do filme *A última tentação de Cristo*. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional*. Madrid: Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) - Universidad Complutense, 2014, p. 7, anota que não houve resistência à execução do julgado, e a Constituição chilena foi modificada para adaptar-se ao *standard* convencional em matéria de liberdade de expressão. V. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso A ÚLTIMA TENTACIÓN DE CRISTO vs. CHILE. Sentença de mérito e reparações de 05.02.2001. Série C, n. 73.

⁷⁹⁰ RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das Cortes: o STF e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. AMARAL JUNIOR, Alberto do/JUBILUT, Liliana Lyra (orgs). São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 817-819. No mesmo sentido, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de ABreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 42.

⁷⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6a Ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 904, referindo-se à posição infraconstitucional das normas comunitárias, afirma que a tese da supremacia do direito comunitário perante a Constituição tornaria supérfluas as próprias constituições, equivaleria ao reconhecimento "*de um processo apócrifo de revisão contra as próprias normas constitucionais*" e "*justificaria, em último caso, a possibilidade de superação dos limites materiais de revisão*", em violação aos limites constitucionais à possibilidade de reforma da Constituição. O mesmo argumento pode ser usado para repudiar a pretensão de supremacia da CADH e da jurisprudência da CorteIDH sobre a Constituição. Veja-se que a aplicação desta supremacia importaria, em alguns casos, em violação de cláusula pétrea constitucional, como naqueles em que há determinação da CorteIDH de que se ultrapasse o óbice da coisa julgada no processo penal, em desfavor do réu.

⁷⁹² É interessante notar que questão semelhante se repete no âmbito do TEDH, como anota Alicia Gil Gil (v. GIL GIL, Alicia. Eficácia de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito penal y procesal penal en España. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*, AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (edits). Berlín/Bogotá: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2013, p. 279-287), afirmando que o TEDH vem exigindo a adaptação do direito interno á CEDH como medida para que indivíduos em situação similar aos requerentes não sofram violação análoga, inclusive reconhecendo efeitos imediatos a suas sentenças para impedir a aplicação da legislação interna incompatível. A autora anota, contudo, que os tribunais nacionais negam seja o TEDH uma instância superior supranacional podendo diretamente cassar ou anular sentenças ou leis internas, dependendo o cumprimento de suas sentenças da colaboração das autoridades do Estado infrator. Assim, a jurisprudência de diversos países se nega a outorgar efeito direto às decisões do TEDH, mas cumprem-na, deixando de aplicar a lei considerada incompatível com a CEDH, ainda que não revogada, derivando tal consequência no próprio direito interno. A autora anota que as sentenças do TEDH vem impondo obrigações cada vez mais específicas quanto ao modo de cumprimento desde a abertura de assinaturas para o Protocolo Adicional n. 14, em 2004 (que entrou em vigor em 01.06.2010), e da edição da Resolução de 12.05.2004 e da Recomendação n. 6, de 2004, do Comitê de Ministros, sobre o dever de melhora dos recursos internos e sentenças que expõem um problema estrutural subjacente à lide.

contenciosa da Corte IDH - acaso importasse a renúncia à *jurisdição constitucional*, como expressão máxima da soberania nacional no plano interno, seria nula tanto no plano interno, por incompatibilidade clara do ato com a CRFB/88, como no plano internacional, porquanto claramente não dispunham o Executivo e o Legislativo de competência para o ato de submissão *da jurisdição constitucional* à Corte IDH, violando norma interna de importância fundamental, o que afastaria os efeitos mesmo sob a ótica do DIDH.⁷⁹³

Assim, ainda que dispusessem as normas da CADH de força normativa constitucional, caberia à jurisdição nacional brasileira - em última instância ao STF - deliberar acerca de sua interpretação, conjugando-as com as demais normas trazidas pela CRFB/88. Como o STF reconhece eficácia supralegal, mas infraconstitucional, ao DIDH, mais clara ainda é a situação: as normas da CADH, tal como declaradas pela Corte IDH, em que pese se sobreponham a todas as demais normas infraconstitucionais, estão subordinadas à Constituição brasileira. Assim, as decisões da Corte IDH, declarando ou interpretando a CADH, restam inequivocamente subordinadas à jurisdição constitucional, tida como parcela irrenunciável do poder estatal, na forma do art. 1º, I, e art. 4º, I, da CRFB/88.

Não se pode, nestes termos, afirmar que o país esteja obrando de má fé no plano internacional, ou violando o princípio do *pacta sunt servanda*, porquanto o óbice constitucional à possibilidade e competência para a submissão da jurisdição constitucional é claro e manifesto, sendo nula uma tal interpretação que lhe fosse dada, mesmo na ótica do DIDH. De outro lado, faz-se mister certa autocontenção tanto por parte da Corte IDH, para que não exacerbe os limites franqueados pelos Estados-partes ao se submeterem à sua jurisdição, quanto por parte do Judiciário nacional, para que não ignore ou desproveja de eficácia as decisões da Corte IDH, que são vinculantes, conforme compromissos internacionais dos quais o país é signatário em cumprimento da própria norma constitucional (art. 1º,II, 4º, II da CRFB/88 e art. 7º do ADCT), e que não podem passar despercebidos no plano interno.

Assim, superando as propostas em conflito sem rupturas, é possível se buscar a conciliação: ainda que se considere irrenunciável a jurisdição constitucional e infranqueável a superioridade desta sobre o DIDH e sobre a jurisdição da Corte IDH, é possível usar os conceitos trazidos pelo DIDH, através da cláusula do art. 5º, parágrafo 2º, da CRFB/88, como um dos vetores a serem utilizados na interpretação constitucional,⁷⁹⁴ a serem sopesados com outros direitos constitucionalmente assegurados, pela jurisdição constitucional.

⁷⁹³ Conforme art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, consolidando e declarando costumes internacionais acerca da aplicação de tratados. A convenção formalmente ingressou no direito interno brasileiro através do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

⁷⁹⁴ CANÇADO TRINDADE aduz que a interpretação das leis nacionais de modo a que não entrem em conflito com a normativa internacional de proteção é um dos meios de evitar o descumprimento das obrigações internacionais, na medida em que os tratados, uma vez ratificados e incorporados ao direito interno, obrigam todos os poderes e

Outrossim, assinala-se que a força supralegal atualmente concedida pelo STF às normas da CADH - e conseqüentemente à sua interpretação pela Corte IDH - já lhe dá precedência sobre toda a legislação infraconstitucional. Assim, todas as disposições *legais* que contrariarem a CADH, conforme declarada pela jurisprudência da Corte IDH, não têm validade - salvo se diretamente relacionáveis à norma constitucional, exigindo a boa fé em cumprir com os compromissos internacionais validamente estabelecidos que todos os Poderes e órgãos estatais exerçam *ex officio* o controle de convencionalidade da legislação interna.⁷⁹⁵

Em suma, é de se acolher a crítica apenas em parte. Assim, ante o princípio da boa fé, é preciso que o Judiciário e os demais Poderes e órgãos internos efetivamente cumpram as decisões contidas nos julgados da Corte IDH, ainda que se faça preciso superar as normas internas que sejam normativamente submissas à CADH: entretanto, tal dever cessa de existir quando as normas da CADH, ou a interpretação da Corte IDH, se mostrarem absolutamente incompatíveis com a ordem constitucional e com a jurisdição constitucional brasileira, limite infranqueável, que levará o Judiciário nacional, se preciso, a excepcionalmente descumprir a jurisprudência da Corte IDH. Assim, ainda que seja necessária a realização de um *controle de convencionalidade* das normas internas, este fica submetido ao *controle de constitucionalidade* quanto à sua aplicação: não se trata, pois, como defende MAZZUOLI⁷⁹⁶, de filtros sucessivos (sendo o de convencionalidade o último, após o teste da constitucionalidade), senão de filtros superpostos, sendo o constitucionalidade o derradeiro e final (e incidente, inclusive, sobre a interpretação dada pela Corte IDH às normas convencionais), ao qual o controle de convencionalidade está subordinado.⁷⁹⁷

instituições do Estado, inclusive o Poder Legislativo. Este fica vinculado a um dever geral de adequação do direito interno à normativa internacional de proteção (regulamentando tratados para assegurar-lhes eficácia e alterando leis internas para harmonizá-las com as disposições convencionais internacionais). Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de ABreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 42-55.

⁷⁹⁵ GARCIA-SAYÁN, Diego. Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 330-331, afirma que a operatividade e a eficácia da CADH está condicionada a que os Estados-partes adotem as medidas necessárias para fazer cumpri-la, através de medidas legislativas, administrativas e de decisões judiciais, sendo fundamental que juízes e advogados assegurem a implementação a nível interno dos padrões e normas internacionais de direitos humanos e a jurisprudência supranacional sobre a matéria.

⁷⁹⁶ MAZZUOLI. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: *O tempo e os direitos humanos*. FABRIZ, Dauray Cesar/PETER FILHO, Jovacy/SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de/ ULHOA, Paulo Roberto/Fuchs, Horst Vilmar (coords) ((FABRIZ, Dauray Cesar et al. (coords)). Rio de Janeiro/Vitória: Lumen Juris/Editora Acesso, 2011, p.927-960.

⁷⁹⁷ ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão; e MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. O Brasil e a execução das decisões proferidas no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (edits). Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer. Berlin/Bogotá: 2013, p. 127-129 anotam que a jurisprudência brasileira sucessiva ao caso GOMES LUND v. Brasil vem outorgando prevalência do controle de constitucionalidade sobre o controle de convencionalidade, o qual por vezes sequer é realizado.

4.9 Inconsistência do conceito de *graves violações de direitos humanos* na jurisprudência da Corte IDH.

Crítica lançada especificamente sobre os mandados internacionais implícitos de criminalização reconhecidos na jurisprudência da CorteIDH se refere à imprecisão com que a Corte Interamericana faz uso do conceito de *graves violações de direitos humanos*, para suspender a eficácia da legislação nacional ordinária em matéria de causas de extinção da punibilidade.

Com efeito, PASTOR aduz que, se em BARRIOS ALTOS v. PERU - como em diversos casos envolvendo a guerrilha e paramilitares colombianos - a CorteIDH se deparava com *um massacre* quando estabeleceu que a incidência de causas de extinção da punibilidade como a anistia ou a prescrição violava o dever de punir *graves violações de direitos humanos* reconhecido na CADH, em outros casos, como BULACIO v. ARGENTINA, a Corte Interamericana aplicou o enunciado com relação a hipótese fática bastante diversa.⁷⁹⁸ Tratava-se, como visto no item 3.3.1.2 supra, da morte de adolescente em decorrência de maus tratos praticados em delegacia de polícia, não tendo sido a morte proveniente de dolo direto, ou de tortura.

De forma semelhante, MATUTE aponta que a Corte IDH não adota um padrão uniforme em sua jurisprudência: em que pese haver mencionado a prática de *crime de lesa humanidade* no caso ALMONACID ARELLANO v. CHILE para afastar a incidência da prescrição e da anistia, posteriormente abandonou tal conceito, atendo-se à expressão (*muy*) *graves violações de derechos humanos*, sem defini-la com exatidão, para fundamentar o afastamento de causas extintivas da punibilidade com base na própria CADH, ante a garantia de um recurso efetivo para concretizar os direitos convencionais, assegurando-lhes efeito útil.⁷⁹⁹

Também MALARINO critica a inconsistência da jurisprudência da Corte IDH, ora mencionando *graves violaciones a derechos humanos* (BARRIOS ALTOS v. PERU e MASACRE DE LA ROCHELA v. COLOMBIA), ora considerando presente o estrito conceito de crime de lesa humanidade (ALMONACID ARELLANO v. CHILE), ora fazendo alusão tão-somente a *violaciones de derechos humanos* (BULACIO v. ARGENTINA) para afastar a prescritibilidade e, por fim, utilizando

⁷⁹⁸ PASTOR, Daniel R. *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*. - Bogotá: Ibañez, 2009, p. 254-260.

⁷⁹⁹ MATUTE, Javier Dondé. Los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (edits). Berlin/Montevidéu: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011, p. 208-225. O autor salienta que: "*Es interesante notar que existen algunos casos en los que se menciona que hubo 'violaciones graves a los derechos humanos' o inclusive 'muy graves violaciones a los derechos humanos' sin explicar en qué consiste la gravedad; sin embargo, se derivan conclusiones similares a las previstas para los denominados CLH (crímenes de lesa humanidad), como la inaplicabilidad de las leyes de amnistía, la imprescritibilidad y la cosa juzgada fraudulenta. Una forma de determinar la gravedad podría ser a través de la comprobación de los elementos contextuales, pero este análisis no se lleva a cabo, lo que deja estas frases llamativas sin contenido o materialidad, pero también evidencia que no es necesario que se declare la existencia de un CLH para derivar estas consecuencias*" *Ibid.*, p. 225.

critério mais estrito de *mui graves violações de direitos humanos* ao negar a imprescritibilidade no caso ALBÁN CORNEJO v. EQUADOR.⁸⁰⁰

Em sentido semelhante, ZILLI ET AL afirmam ser necessária uma *clara delimitação de hipóteses*, com rigorosas premissas, por parte da Corte IDH, para que se admita restrições à garantia da coisa julgada em graves violações de direitos humanos: a Corte teria considerado fraudulenta a coisa julgada absolutória proferida em desconformidade com a CADH "para viabilizar a punição de agentes responsáveis pela prática de crimes contra a humanidade, tais como a tortura, o desaparecimento forçado de pessoas e as execuções sumárias", em que pese não exigir o elemento contextual da prática sistemática e maciça de violações de direitos humanos (como se verifica do caso GUTIÉRREZ SOLER v. COLOMBIA)⁸⁰¹. Afirmam, porém, que "de qualquer modo, em todas as situações mencionadas é possível delinear uma preocupação com o resguardo de valores essenciais da existência humana, tais como a vida, a liberdade e a integridade física", conquanto demonstrem preocupação com a possibilidade de superação indiscriminada da coisa julgada em casos ocorridos em pleno contexto democrático.⁸⁰²

A crítica procede, sendo recomendável que a jurisprudência da Corte IDH delimitasse com um maior rigor e previsibilidade as hipóteses em que reconhece a ocorrência de *graves violações de direitos humanos* aptas a impedir a incidência de causas extintivas da punibilidade. Entretanto, o questionamento não tem o condão de impedir ou obstar as obrigações internacionais de tutela penal dos direitos humanos decorrentes da CADH assumidas pelo Brasil, não afastando a eficácia supralegal da CADH sobre o ordenamento jurídico brasileiro (e, conseqüentemente, o dever de cumprir as decisões da Corte IDH e de considerar a interpretação por ela dada à CADH).

O conceito de *graves violações de direitos humanos* utilizado pela Corte IDH é suficientemente definível e previsível para que sua aplicação não fira a segurança jurídica ou seja acoimada de contrária à CRFB/88, abrangendo atos de tortura,⁸⁰³ maus tratos,⁸⁰⁴ execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias,⁸⁰⁵ desaparecimento forçado,⁸⁰⁶ submissão à condição análoga à de escravo,⁸⁰⁷ expulsão

⁸⁰⁰ MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (Edits). Berlin/Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung e V. /Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2010, p. 46-47. A narrativa destes casos se encontra nos itens 3.3.1.1 e 3.3.1.2 supra.

⁸⁰¹ Tratava-se de caso de tortura em unidade policial, conforme narrado no item 3.3.1.2 supra.

⁸⁰² ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão; e MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Ne bis in idem* e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela. Berlín/Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011, p. 417-421.

⁸⁰³ Vide, supra: GUTIÉRREZ SOLER v. COLOMBIA

⁸⁰⁴ Vide, supra: BULACIO v. ARGENTINA, XIMENES LOPES v. BRASIL, BUENO ALVES v. ARGENTINA,

⁸⁰⁵ Vide, supra: BARRIOS ALTOS v. PERU, ALMONACID ARELLANO v. CHILE, VILLAGRÁN MORALES (NIÑOS DE LA CALLE) v. GUATEMALA, MASACRE DE MAPIRIPÁN v. COLOMBIA, MASACRE DE PUEBLO BELLO

forçada da população civil⁸⁰⁸ e estupro⁸⁰⁹, quando praticados por agentes públicos ou por grupos armados (paraestatais ou particulares) em um contexto de macrocriminalidade propiciada pela participação ou omissão (seja por tolerância, conivência ou incapacidade) de agentes públicos em prevenir tais atos.

Ademais, a subsunção dos fatos a tal conceito será sempre submetida ao crivo da ampla defesa e do devido processo legal, exigindo decisão fundamentada por parte das autoridades e magistrados, sendo a questão passível de ser submetida não apenas à análise dos Tribunais nacionais, em sede recursal ou em *habeas corpus*, mas também da Corte IDH, como ocorrido no caso *ESCHER v. BRASIL*,⁸¹⁰ permitindo-se o esclarecimento de hipóteses limítrofes através de um diálogo de Cortes.⁸¹¹

Assim, ainda que seja recomendável um maior rigor à Corte IDH na fixação de parâmetros interpretativos à CADH, isto não impede a eficácia imediata da Convenção no que tange ao afastamento da prescrição, indulto, anistia e outras causas extintivas de punibilidade, com relação a *graves violações de direitos humanos* ocorridas nos países signatários, nem afasta a validade dos mandados implícitos de criminalização oriundos do SIDH.

4.10 Risco de agravamento da crise no sistema carcerário.

Objecção frequente à defesa da cominação e aplicação de sanções penais no país se reporta à falência ou péssimas condições do sistema carcerário brasileiro.⁸¹² Tal quadro poderia, em tese, vir a

v. COLOMBIA, MASACRE DE ITUANGO v. COLOMBIA, MASACRE DE LA ROCHELA v. COLOMBIA, GARIBALDI v. BRASIL, GUTIÉRREZ Y FAMILIA v. ARGENTINA

⁸⁰⁶ Vide, supra: VELÁSQUEZ RODRIGUEZ v. HONDURAS, BLAKE v. GUATEMALA, GOMES LUND v. BRASIL, GELMAN v. URUGUAY

⁸⁰⁷ Vide, supra: MASACRE DE ITUANGO v. COLOMBIA.

⁸⁰⁸ Vide, supra: MASACRE DE PUEBLO BELLO v. COLOMBIA, MASACRE DE ITUANGO v. COLOMBIA

⁸⁰⁹ Vide, supra: GONZÁLES Y OTRAS (CAMPO ALGODONERO) v. MÉXICO.

⁸¹⁰ Veja-se que inicialmente a Corte IDH considerou que a prescrição da pretensão punitiva no caso *ESCHER*, cujos fatos consistiam em divulgação ilícita do conteúdo de interceptação telefônica de líder camponês por agentes públicos - atentava contra a CADH (Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *ESCHER E OUTROS vs. BRASIL*. Sentença de preliminares, mérito e reparações de 06.07.2009, série C, n. 200). Entretanto, a Corte IDH cedeu à argumentação do Judiciário brasileiro, no sentido de que tais fatos *não constituam grave violação de direitos humanos*, não sendo equiparáveis a tortura, execuções sumárias ou desaparecimento forçado, culminando por arquivar o procedimento de supervisão de cumprimento de sentença, aceitando a incidência da prescrição. (Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *ESCHER E OUTROS vs. BRASIL*. Supervisão de cumprimento de sentença. Resolução da CORTE IDH de 19.06.2012, parágrafo 21).

⁸¹¹ Sobre os mecanismos de diálogo de Cortes, entre o STF e a Corte IDH, v. RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. AMARAL JUNIOR, Alberto do/JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.) - São Paulo: Quartier Latin, 2009.

⁸¹² Por todos, vide: BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia brasileira, Ed. Revan, Rio de Janeiro: 2011, p. 99-101, denunciando o que denomina de *grande encarceramento do populismo criminológico*. V. NUNES, Leandro Gornicki. *O Estado penal no Brasil neoliberal: reproduzindo o Holocausto*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 19, vol. 91, jul-ago 2011. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p. 201-226, comparando o sistema de justiça criminal no Brasil ao *Holocausto* e arrematando em conclusão que "*a construção da democracia (...) depende do aprofundamento teórico e prático do estudo crítico das ciências criminais não podendo ser aceito um paradigma*

ser agravado em caso de aplicação dos mandados de criminalização primária e secundária de graves violações a direitos fundamentais, pelo encarceramento de novos indivíduos que até então não estariam dentro do sistema ou pelo prolongamento do encarceramento de outros. Assim, eventuais encarceramentos promovidos para a proteção penal dos direitos humanos acabariam por causar novas lesões aos direitos humanos,⁸¹³ desta vez daqueles submetidos a penas privativas de liberdade em presídios brasileiros.

Inicialmente, constata-se tratar-se de argumento fundado em situação fática, conjuntural, que pretende desconstruir abstratamente o instituto em sua concepção ideal. Há, pois, nova falácia naturalista, vício lógico pelo qual se derivam postulados prescritivos a partir de situações fáticas, o que só seria admissível se se provasse que as condições indignas relatadas são absolutamente imutáveis, isto é, caso demonstrassem que o sistema carcerário jamais poderia ser humanizado.

Ao revés, a existência de unidades carcerárias que respeitam os direitos humanos dos apenados em diversos países - e mesmo em unidades situadas no Brasil - contradiz tal linha argumentativa. É de se notar, ainda, que não existe propriamente um *sistema carcerário nacional* no Brasil, senão realidades carcerárias - e de segurança pública - completamente diversas entre as unidades federativas⁸¹⁴ - e mesmo dentro de cada unidade federativa. Assim, a crítica - que costuma generalizar exemplos de absurdos existentes em algumas unidades prisionais sem verificar concretamente se são

científico não vinculado ao materialismo dialético e à filosofia da libertação". Aparentemente, seu conceito de democracia exclui o debate científico que não perfilhe determinado entendimento ou filosofia.

⁸¹³ V. PASTOR, Daniel R. *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*. - Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez, 2009, p.282-283.

⁸¹⁴ Vide Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2015. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2015, disponível em http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015-retificado.pdf, acesso em 22 de outubro de 2015, registrando um total de 58.497 mortes violentas no Brasil em 2014, dentre os quais 3.009 vítimas faleceram em decorrência de ação policial e 55.488 em decorrência de outros crimes violentos. Contudo, sob o manto da média nacional de 26,3 homicídios (e 27,7 mortes violentas, incluídas os latrocínios e lesões corporais seguidas de morte) por 100.000 habitantes, cifra mais de vinte vezes superior à média da União Europeia (EUROSTAT), e de uma taxa média de encarceramento de 401,0 por 100.000 habitantes maiores de 18 anos, escondem-se realidades mui diversas, como a de Alagoas (61,9 homicídios por 100.000 habitantes), Rio de Janeiro (30,0 homicídios por 100.000 habitantes) e a de São Paulo (10,3 homicídios por 100.000 habitantes): as mesmas unidades da federação, por sua vez, apresentam taxas de encarceramento igualmente díspares: 249,6 por 100.000 habitantes com mais de 18 anos em Alagoas, 320,0 por 100.000 habitantes no Estado do Rio de Janeiro e 658,2 por 100.000 habitantes no Estado de São Paulo. É de se aduzir, ainda, que as taxas de encarceramento podem apresentar-se infladas, tanto pela diminuição do universo de pesquisa aos maiores de 18 anos quanto pela consideração, em seu universo, dos presos provisórios, que em verdade não cumprem pena e não estão no sistema penitenciário. Das 579.423 indicadas como encarceradas em 2014, de 222.190, ou 38,8% seriam presos provisórios, correspondendo a taxa de pessoas cumprindo pena privativa de liberdade, pois, a 245,2 por 100.000 pessoas acima de 18 anos. Por sua vez, também as taxas de homicídios decorrentes de ação de policial em 2015 foram altas (correspondendo a 4% das mortes violentas dolosas, ou cerca de 1 para 100.000 habitantes), assim como a taxa de letalidade vitimizando policiais, de 0,7 por 1.000 (ou 70 por 100.000) no país, chegando a 1,7 por 1.000 (ou 170 por 100.000) no Estado do Rio de Janeiro. Veja-se, a título de comparação, que a taxa média dos países integrantes da União Europeia gira em torno de 1 homicídio para cada 100.000 habitantes, que 25 dos 28 países tem taxas menores do que 2 para 100.000 e que a Lituânia, país mais violento da UE, tem taxa de 7/100.000, ainda assim 4x menor do que a brasileira. Cf. http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Crime_statistics&oldid=267430. Último acesso em 15 de dezembro de 2015.

universais ou mesmo inexoráveis - tampouco é coerente com o quadro fático de *todas* as unidades carcerárias brasileiras.⁸¹⁵

Ademais, insiste-se no vício de criar uma falsa dicotomia entre manter a impunidade de perpetradores de graves violações de direitos humanos ou agravar a situação carcerária, ocultando a existência de outras soluções. Assim, além de esconder a existência de unidades carcerárias condignas aqui e alhures para chegar à conclusão pré-determinada que buscavam, inverte-se o cerne da questão: em vez de se pretender a reforma e humanização das unidades do sistema carcerário no Brasil, perquirindo acerca dos meios jurídicos, técnicos, econômicos e profissionais para tanto, critica-se a má qualidade do sistema e sustenta-se como consequência lógica disto não a necessidade de melhorá-lo, mas a impossibilidade de se utilizá-lo de forma condigna. Da mesma forma, o argumento ignora a possibilidade de se postular a redistribuição da massa carcerária para que passe - em vez de parte de seus atuais clientes de menor culpabilidade, a abranger perpetradores de execuções arbitrárias, chacinas, torturas, submissão à servidão, estupro e desaparecimentos forçados.

Poder-se-ia argumentar que, como eventuais melhorias estariam sujeitas à disponibilidade orçamentária, não haveria propriamente um direito à sua obtenção. LUÑO aduz que o argumento da *reserva econômica do possível* para negar direitos consiste numa variedade de falácia naturalista, confundindo o fundamento dos direitos (plano deontológico) com sua realização (plano ontológico): "*Cuando se afirma que sólo se pueden sostener como derechos aquellos para los que existen medios económicos para satisfacerlos, se está postulando que 'debe ser lo que es'*".⁸¹⁶

Aliás, no julgamento da medida cautelar na ADPF 347, o Plenário do STF, em 9 de setembro de 2015, determinou à União Federal que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para a utilização com a finalidade com a qual foi criado e que se abstenha de realizar novos

⁸¹⁵ Não se está, é claro, a dizer que *todas* ou sequer que *a maioria* das unidades prisionais do país esteja em padrão adequado, senão que é possível existir unidades - e existem - que estejam em padrões condignos com os direitos humanos, não havendo contradição lógica entre o encarceramento e os direitos humanos. Para um quadro geral acerca do panorama do sistema prisional no Brasil, vide relatório final da CPI da Câmara dos Deputados sobre a realidade do sistema carcerário, aprovado em 5 de agosto de 2015, disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-sistema-carcerario-brasileiro/documentos/outros-documentos>. Acesso em 22 de outubro de 2015. Para um diagnóstico da situação individual de cada unidade carcerária, nas diversas unidades federativas, vide <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/geopresidios-page>. Os dados oficiais das inspeções do CNJ narram que, no Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, há 55 estabelecimentos prisionais, dos quais 6 (seis) foram considerados *em situação excelente*, 26 (vinte e seis) *em situação boa*, 14 (catorze) em situação *regular*, 6 (seis) em situação *ruim* e 3 (três) em situação *péssima*. Acesso em 22 de outubro de 2015. É provável, por outro lado, que as condições tenham sido avaliadas pelo CNJ dentro do contexto de prestação dos demais serviços públicos brasileiros, notadamente na área da saúde, educação, segurança e transporte e das condições de moradia, trabalho e vida da população brasileira, de padrão indiscutivelmente inferior àqueles dos países desenvolvidos. Por fim, a existência de unidades carcerárias adequadas e condignas com os direitos humanos no país é, ainda, afirmada expressamente pelo governo brasileiro, referindo-se ao menos ao presídio da Papuda-DF, onde os condenados pela AP 470 cumprem pena, como se infere do site oficial da Advocacia-Geral da União, http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/307777, acesso em 22 de outubro de 2015.

⁸¹⁶ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?. In: *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. LUÑO, Antonio-Enrique Pérez (Coord). Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 37.

contingenciamentos:⁸¹⁷ os dados oficiais trazidos na inicial da ADPF afirmam, v.g., que em 2011 da verba disponível do FUNPEN, foram usados apenas 33,85%; em 2012, do orçamento do FUNPEN, foram utilizados apenas 11,60%; e em 2013, do orçamento do FUNPEN, foram utilizados apenas 19,16%: vale dizer, o governo federal contingenciou, neste período, entre 70% e 90% das verbas do fundo, deixando de utilizá-las em suas finalidades, conduta que é agravada pelo fato de o FUNPEN ser constituído também por recursos extraorçamentários, mormente os relativos às custas judiciais e à arrecadação de loterias.

Ora, se a verba própria do FUNPEN, especificamente destinada por lei à reforma, manutenção, melhoria e custeio do sistema penitenciário vem sendo contingenciada para custeio de finalidades outras ou mantida aplicada financeiramente pela União, a origem do agravamento das más condições de diversas unidades carcerárias parece ter encontrado sua origem. Não se pode, pois, repetir o argumento orçamentário da reserva do possível para alegar a inviabilidade da humanização do sistema, enquanto não for repassada (e liquidada), anualmente, a integralidade do orçamento do FUNPEN e forem liberados e utilizados os mais de 3 bilhões do orçamento do FUNPEN contingenciados entre 2001 e 2013. Se tais vultosas quantias não se esvaírem nos ralos do superfaturamento, peculato, corrupção e lavagem de dinheiro, há real possibilidade de se alterar o quadro fático nas unidades que apresentam situação incompatível com o dever constitucional e internacional do Estado.

Dessa forma, rejeitam-se a falácia naturalista e o falso dilema propostos pela crítica e reitera-se que não é porque o sistema prisional apresenta diversas unidades em estado deplorável que tal situação *tem que* se perpetuar - ou mesmo *pode* ou *irá* prosseguir: a discussão jurídica e luta política, moral e filosófica há de ser pela melhoria e adequação destas unidades - e não pela renúncia do Estado em manter a paz e segurança e em assegurar os direitos humanos das vítimas, dos indivíduos em geral e, em especial, dos apenados.

Além disso, há que se refletir sobre outra questão fundamental, que é a de saber *quais criminosos estão* cumprindo penas privativas de liberdade e *quais deveriam estar: a priori*, se afigura

⁸¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 347. Rel. Min. Marco Aurélio. Decisão na medida cautelar. Julgamento de 09.09.2015. Certidão de julgamento disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoiniciante=4783560>. Último acesso em 15 de dezembro de 2015. A inicial, por sua vez, afirmava que entre 2001 e 2013 dos R\$ 6.483.600.615,96 (seis bilhões quatrocentos e oitenta e três milhões, seiscentos mil seiscentos e quinze reais e noventa e seis centavos) autorizados no orçamento o FUNPEN, apenas R\$ 2.962.815.184,97, ou 46%, foram gastos com o sistema penitenciário nacional, tendo o contingenciamento de despesas se agravado sensivelmente a partir de 2011, quando os percentuais de uso das verbas do FUNPEN foram de 33%, seguidos de 11% em 2012 e 19% em 2013... É de se ressaltar que, conforme a Lei Complementar 79/94 e o Decreto 1.093/94, o FUNPEN recebe diversas verbas próprias e independentes das dotações orçamentárias da União, como aquelas decorrentes das custas judiciais em processos penais, multas impostas e arrecadação de sorteios lotéricos. Alega a inicial que a não-liberação de recursos do FUNPEN é agravada pelo excesso de rigidez e burocracia da União para liberar recursos aos demais entes federativos. Não pode, por outro lado, o sistema federativo ser utilizado como pretexto para a falta de repasse pelo não-cumprimento de requisitos técnico-formais em projetos relativos ao FUNPEN, na medida em que a União, como depositária (e investidora) dos recursos poderia facilmente celebrar convênios para implementação de projetos concebidos ou contratados a seu cargo, em vez de comodamente alegar a inaptidão técnica de projetos para uso de verbas do FUNPEN, enquanto os bilionários recursos rendem juros a seu favor.

provável que a pena privativa de liberdade fosse a aplicada em eventuais condenações por graves violações de direitos humanos - mas isto não causaria um aumento na população carcerária se o encarceramento fosse *redirecionado* para esta espécie de criminalidade. Assim, o encarceramento de integrantes de quadrilhas que promovem graves violações a direitos fundamentais e humanos não acarretaria o agravamento da situação no sistema carcerário brasileiro, bastando medidas de desencarceramento de modalidades menos graves de criminalidade ou de diminuição no uso da prisão preventiva e sua substituição por outras cautelares menos gravosas, caso se deseje evitar um aumento na população carcerária em vez da construção de novas unidades humanizadas, além da reforma daquelas que atualmente estão em situações indignas.

Por fim, é de se indagar se é axiológica e normativamente sustentável que se assegure a impunidade de perpetradores de graves ataques a direitos fundamentais e violações de direitos humanos com bárbaras desumanizações das vítimas, argumentando que *não há local adequado* para restringir sua liberdade e deixando as vítimas dos fatos à mercê da lei do mais forte e de novas violações em seus direitos fundamentais. Ante a ordem de valores consagrada e normatizada pela Constituição e pelo DIDH, a resposta definitivamente há de ser negativa.

4.11 Conclusões intermediárias.

Podemos concluir, pois, que as críticas analisadas não são suficientemente sólidas para a rejeição *tout court* dos mandados implícitos de criminalização, persistindo firmes argumentos jurídicos a seu favor, tanto de cunho constitucional quanto fundados no DIDH.

Inobstante, os deveres de criminalização primária e secundária que exsurgem do ordenamento internacional e constitucional em fatos que constituam graves violações a direitos humanos ou fundamentais, são limitados pela normativa constitucional, devendo serem discutidas propostas para sua correta configuração, de sorte a se extraírem suas possíveis consequências jurídicas e de se esclarecerem seus limites, o que será objeto do próximo capítulo.

5 REPERCUSSÕES E LIMITES DOS MANDADOS IMPLÍCITOS DE CRIMINALIZAÇÃO:

De todo o exposto, conforme salientado nas conclusões parciais dos capítulos II, III e IV, verifica-se a consistência teórica e dogmática do instituto, e sua conformidade e abrigo pelo ordenamento jurídico brasileiro (e internacional), sendo ainda reconhecido, em maior ou menor extensão e efeitos, tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto por tribunais internacionais de direitos humanos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cuja jurisdição o Brasil se submeteu em 10 de dezembro de 1998.

Todos os pressupostos teóricos necessários a sua aplicação se encontram presentes na jurisprudência do STF, da Corte IDH e do TEDH, servindo para a aplicação e interpretação do Direito Penal incriminador, indicando a necessidade de controle das causas jurídicas e fáticas de impunidade, com a sindicância da validade constitucional e internacional de causas de justificação ou exculpação, das causas de extinção da punibilidade (em especial, prescrição, indulto e anistia), de óbices processuais à persecução penal, bem como a necessidade de adequação e eficiência da investigação e persecução penal e de celeridade razoável ao processo penal.

Em síntese, é preciso realizar uma dupla filtragem no ordenamento jurídico-penal, com base na Constituição e no DIDH (em especial a CADH e a jurisprudência da Corte IDH, este segundo filtro subordinado ao primeiro) para analisar tanto se há excesso como se há insuficiência da norma penal na tutela dos direitos fundamentais e humanos. Como se trata de instituto jurídico em desenvolvimento, faz-se mister refletir sobre propostas e usos a ele concedidos pela doutrina, jurisprudência e pelos operadores do Direito, avaliando criticamente suas possibilidades normativas e limites e sugerindo repercussões, o que será realizado a seguir.

5.1 Campo de incidência dos mandados implícitos: graves violações a direitos humanos.

Em que pese o dever de tutela estatal abranger uma miríade de conflitos e questões penais e extrapenais, na presente dissertação foi proposta sua análise sob determinada ótica e delimitação: assim, no que tange ao DIDH, analisam-se os mandados implícitos de criminalização incidentes sobre graves violações de direitos humanos, perpetrados em um contexto de macrocriminalidade, em especial de agentes estatais e grupos armados organizados; no que tange à Constituição, são perquiridos a juridicidade e efeitos dos mandados de criminalização em especial com relação a crimes graves, que importem em severos ataques aos direitos fundamentais à vida, integridade física e liberdade, salvo quando seus efeitos, por decorrência lógica, possam ser estendidos de forma generalizada. Assim, não serão desenvolvidos todos os contornos do instituto, ou sua incidência quando diga respeito exclusivamente a outros campos, como por exemplo o da violência doméstica, os crimes tributários, econômicos, ambientais ou digitais, por exemplo, diante do corte inicial proposto à análise de sua incidência.

Tal corte no escopo da pesquisa, além de possibilitar uma análise tanto dos fundamentos constitucionais como dos internacionais do instituto, permite afastar da pesquisa a análise de zonas dotadas de singularidades próprias, como aquelas da criminalidade econômica, ambiental, digital, ou de gênero, dentre outras que dispõem de lógica, causalidade e singularidades próprias. Assim, analisaremos os efeitos e limites dos mandados implícitos de criminalização sobre fatos que possam constituir (graves) violações de direitos humanos, mormente aqueles perpetrados em um contexto de macrocriminalidade e da criminalidade violenta que promova graves ataques a direitos fundamentais à vida, integridade física e liberdade.

A Corte IDH faz reiterada alusão ao conceito de *graves violações de direitos humanos*, que não se confunde com o de crimes contra a humanidade, para abranger a prática de fatos típicos de tortura, maus tratos, execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, desaparecimento forçado (sequestro e ocultação de cadáver), submissão à condição análoga à de escravo, expulsão forçada da população civil e estupro, em especial quando praticado por agentes públicos ou por grupos armados paraestatais ou particulares em um contexto de macrocriminalidade propiciada pela participação de agentes públicos, ou por sua omissão (tolerância, conivência ou incapacidade) em tentar prevenir tais fatos. Nestes casos, a Corte IDH afirma que a CADH proíbe a incidência de causas extintivas da punibilidade, como a anistia, o indulto, o perdão, a prescrição e a decadência, exigindo a análise de mérito, após uma adequada e eficiente investigação e persecução penal. Em relação a outros fatos menos graves, como homicídio culposo por erro médico e divulgação de interceptação telefônica (v. caso ALBÁN CORNEJO e outros v. EQUADOR e caso ESCHER e outros v. BRASIL), a que a Corte IDH chama de *violações de direitos humanos* (sem considerá-las *graves*), o órgão não prevê tais consequências, em que pese tenha reconhecido um dever de adequada investigação, persecução penal e de criação de padrões de conduta para a prevenção destes fatos. Em sentido similar, o TEDH extrai conseqüências similares da CEDH para casos de execuções arbitrárias, tortura, violência policial, trabalho escravo e crimes sexuais, não considerando violada a CEDH pela impunidade de fatos menos graves, como homicídio culposo.

O STF aborda a questão de uma forma mais ampla, mas igualmente já reconheceu a inconstitucionalidade da incidência de institutos despenalizadores por violação ao princípio da vedação de proteção deficiente, bem como já afastou óbices processuais à persecução penal com base na isonomia e no princípio da proporcionalidade na vertente de vedação de proteção deficiente, reconhecendo um dever estatal de proteção penal dos direitos fundamentais: assim, o STF admite usar de interpretação extensiva para vedar a prescritibilidade de condutas, bem como afasta a incidência de institutos despenalizadores e a possibilidade de óbices processuais quanto a criminalidade que atinge determinados segmentos vulneráveis (como minorias religiosas, idosos, mulheres vítimas de violência de gênero). Como corolário, é de se admitir o reconhecimento da necessidade constitucional de

proteção penal suficiente - criminalização primária e secundária - em relação a graves violações de direitos humanos e graves ataques contra direitos fundamentais, devendo ser verificadas as possibilidades da hermenêutica constitucional pós-positivista na construção dos efeitos jurídicos e delimitação do âmbito de incidência do instituto.

5.2 Mandados de criminalização e garantia da reserva legal. Impossibilidade de criminalização judicial de condutas.

Questão central a ser debatida - antes de se esmiuçar as (demais) consequências jurídicas e limites à incidência dos mandados de criminalização - diz respeito a saber se o instituto pode levar - em última análise - à tipificação judicial de uma conduta atentatória a direitos fundamentais, diante da inércia legislativa, ou à criminalização por analogia.

A tese é defendida, entre outros, por aqueles que advogam a existência de um mandado constitucional de criminalização da homofobia e veiculada nas petições iniciais da ADO 26-DF e do MI 4.733, ainda pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. A possibilidade de criminalização por analogia foi defendida pelo PGR em denúncia oferecida com base no Inquérito 3.590, onde pretendeu utilizar o conceito expandido de *racismo* fixado para fins de imprescritibilidade pelo STF no julgamento do HC 82.424 (Caso *Ellwanger*) para imputar a prática do crime do art. 20 da Lei 7.716/85 a deputado por suposta incitação a preconceito ou discriminação contra homossexuais. O uso da analogia para estender a aplicação de norma penal incriminadora foi recusado pela 1ª Turma do STF, como registrado supra no capítulo II, item 2.5.5.k. A possibilidade de tipificação judicial da conduta, porém, continua pendente de julgamento, tendo sido trazidos os argumentos prós e contras no item suprarreferido. Em breve síntese, na ADO 26-DF, e no MI 4.733, o PGR manifesta-se pela ocorrência de proteção penal deficiente contra a homofobia e transfobia, postulando que o STF fixe prazo razoável ao Legislativo para aprovar legislação criminalizadora, sob pena de serem as práticas discriminatórias homotransfóbicas consideradas como incluídas nos diversos tipos da Lei 7.716/89, ou serem criminalizadas "nos moldes em que o STF entender mais adequados", sugerindo a adoção de parâmetros objetivos, *como a utilização do conteúdo do projeto de lei aprovado pela Câmara dos Deputados* e em análise pelo Senado, mencionando *compromisso oficial do governo brasileiro* no sentido da criminalização, bem como a existência de recomendações (não-vinculantes) de organismos supranacionais.

Não se pode, contudo, concordar com esta linha argumentativa, por manifesta violação à *regra*⁸¹⁸ constitucional da legalidade estrita em matéria penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), a exigir que a decisão de tipificar uma conduta, considerando-a criminosa e estabelecendo as respectivas

⁸¹⁸ Como salienta Luís Carlos dos Santos Gonçalves, conquanto tradicionalmente denominada de *princípio* da legalidade ou da reserva legal, a garantia prevista no art. 5º, XXXIX, da CRFB/88 é veiculada por meio de uma *regra*, e não de um princípio, não apresentando a generalidade própria dos princípios e não se subsumindo a juízo de ponderação.

sanções, deva necessariamente ser proveniente de *lei*. Assim, não é o Poder Judiciário o foro adequado para se deliberar a *tipificação* de uma conduta, devendo o debate acerca da necessidade, conveniência e eventual forma da criminalização da homotransfobia ser promovido pelo Parlamento, por exigência expressa do princípio da legalidade estrita em matéria penal e da separação e independência dos poderes constitucionais. Se o Poder Judiciário puder se arrogar à tarefa de, ao concretizar direitos constitucionais, impor criminalizações por analogia, ou tipificar condutas a pretexto de sanar a inércia legislativa, nada restará da garantia do princípio da legalidade. Não se trata, como afirma VECCHIATI, de defender um *fundamentalismo do Direito Penal Mínimo*⁸¹⁹, senão de assegurar o cumprimento de regra constitucional clara e direta que estatui que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (art. 5º, XXXIX, CRFB/88). Ora, como salienta STRECK, é preciso *levar o texto a sério*, respeitando seus limites semânticos, não podendo o intérprete construir uma norma que afirme o oposto do texto de que parte⁸²⁰.

Ademais, tratando-se de *regra* constitucional, veiculando proibição direta e definitiva de tipificação judicial de crimes, não seria viável sua *ponderação* com outros interesses, dispondo de primazia em relação aos *princípios* constitucionais. Como aduz BARROSO:

Preferência pela regra: onde o constituinte ou o legislador tiver atuado mediante a edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia, que por acaso pudessem postular incidência na matéria.

(...)

Regras têm preferência sobre princípios, desde que tenham igual hierarquia e não tenha sido possível solucionar a colisão entre eles pelos mecanismos tradicionais de interpretação. Duas observações dogmáticas: princípios têm uma área nuclear que se aplica como regra; regras, como padrão geral, não devem ser ponderadas. Quando o constituinte ou o legislador atuam por meio de uma regra, que expressa um mandado definitivo e não uma ordem de otimização, fazem uma escolha que deve ser respeitada pelo intérprete. A não realização dos efeitos de uma regra significa, de ordinário, sua violação. Ao prover acerca de um tema por meio de regra, o constituinte-legislador ou excepcionou deliberadamente um princípio ou optou por prestigiar a segurança jurídica em detrimento da flexibilidade, minimizando a intervenção do intérprete judicial.⁸²¹

Ainda que se adotasse concepção que admite sejam as regras excepcionadas pela incidência de princípios de igual hierarquia, como excepcionalmente admitem ÁVILA e SARMENTO,⁸²² não se

⁸¹⁹ VECCHIATI, Paulo Roberto Iotti. *Criminalização da homofobia. O Mandado de injunção e a criminalização de condutas*. Disponível desde 26 de agosto de 2014 em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas>. Acesso em 23 de novembro de 2015.

⁸²⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia*. In: Revista da AJURIS, v. 41, n. 135 - Setembro de 2014. Porto Alegre: AJURIS, 2014.

⁸²¹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4a. Ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 450-452. O autor defende os parâmetros da preferência pela lei e da preferência pela regra, entre normas de igual hierarquia, para coibir o esvaziamento do legislativo e o decisionismo judicial.

⁸²² ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 82-85; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 106-107. Os autores ressaltam a importância da observância das regras para a segurança, previsibilidade e legitimidade jurídica, não admitindo sua ponderação com princípios constitucionais, salvo hipóteses

fariam presentes os pressupostos para tanto: não há excepcional premência e urgência em que seja promovida imediata tipificação judicial de quaisquer condutas, a ponto de tornar superável a regra da reserva legal: ao contrário, o debate legislativo permite a reflexão democrática, plural e dialética acerca da decisão tipificadora e impede a ocorrência de injustiças que inevitavelmente decorreriam da aplicação da precária e irrefletida tipificação judicial. Outrossim, esta reduziria de forma desproporcional o conteúdo jurídico da reserva legal, excepcionando-a para uma generalidade de casos, falhando tanto na necessidade como na proporcionalidade em sentido estrito da medida, pelo que, ainda que fosse possível um juízo de ponderação, a pretensão à tipificação judicial de uma conduta a ele não subsistiria.

Dessa forma, ainda que os mandados de criminalização disponham de força e eficácia normativa para impedir óbices à criminalização secundária, invalidando ou restringindo causas (normativas e fáticas) de impunidade e para impedir a descriminalização da conduta, *é preciso que haja, como pré-condição* da discussão destes efeitos, uma *lei anterior* definindo a conduta criminosa e cominando a sanção respectiva.⁸²³ Uma vez que, através de regular processo legislativo constitucional, com a participação de ambas as Casas Legislativas e sanção presidencial, seja deliberada a criminalização primária de uma conduta, *há lei definindo a conduta tipificada e cominando a sanção respectiva*. Entretanto, *até que isto ocorra, há uma reserva absoluta de lei, cabendo exclusivamente ao Parlamento decidir*, dispondo da palavra final, acerca da necessidade, oportunidade, conveniência e eventual forma da referida criminalização.

Destarte, ainda que seja *possível* imaginar-se uma decisão judicial *instando* o legislador a se pronunciar acerca do tema, *declarando* sua mora ou indicando a necessidade de edição de *norma* para tutelar determinado bem jurídico considerado fundamental, não se jamais pode pensar - em nosso sistema constitucional - na *tipificação judicial* de condutas, sob pena de violação da regra do art. 5º, XXXIX, da CRFB/88.

Não convencem, pois, os argumentos do PGR de que há *compromisso do governo* neste sentido exteriorizado por decretos do Presidente da República veiculadores dos II e III Planos Nacionais de

excepcionais. Não se afigura excepcional, premente ou urgente a necessidade de se *tipificar* imediatamente, pela via judicial, quaisquer condutas, a ponto de tornar superável a regra constitucional da reserva legal: ao contrário, o debate legislativo permite a reflexão democrática, plural e dialética acerca da decisão tipificadora. Ainda que se admitisse, pois, que regras possam ser excepcionadas por princípios, a tipificação judicial reduziria de forma desproporcional o conteúdo da reserva legal, falhando na necessidade e na proporcionalidade em sentido estrito da medida, em detrimento do conteúdo essencial da reserva legal.

⁸²³ Em sentido semelhante, FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 77-78, defende que a regra constitucional da reserva legal impede que se extraia uma criminalização primária diretamente da norma constitucional, mas não desprovê os mandados de criminalização de outros efeitos, tratando-se de normas constitucionais de aplicabilidade imediata: "*Atente-se: o fato de exigir-se a interpositio legislatoris apenas afasta a possibilidade de punição com base direta, exclusiva no texto constitucional*", sujeitando à sanção de nulidade as leis editadas em desconformidade com os mandados de criminalização e robustecendo a presunção de constitucionalidade das leis editadas em seu cumprimento - ao menos quanto à dignidade e necessidade de tutela penal.

Direitos Humanos, nem que há *recomendações não-vinculantes* de organismos supranacionais. Ora, decreto do Presidente da República não é lei, nem *compromisso do governo* indica concordância legislativa - e por consequência anuência popular - com a tipificação das referidas condutas, nem tampouco "*recomendação não-vinculante*" obriga juridicamente. Não é veraz, ainda, a assertiva de que é possível ao Judiciário adotar *parâmetros objetivos* para tal tipificação, seja a partir da extensão de crimes tipificados em lei anterior, seja a partir da adoção de texto de projeto de lei em trâmite: ora, um projeto de lei, por definição, expõe e defende a visão *subjetiva* de seu(s) autor(es), não servindo de diminuição do *subjetivismo* a escolha pelo Judiciário de um projeto em trâmite (aliás, um projeto de lei comporta inúmeras versões, decorrentes da discussão parlamentar, como o texto original, diversos substitutivos e emendas sugeridas por várias comissões temáticas e pelo plenário de cada uma das Casas Legislativas, não sendo, sequer, um parâmetro unívoco), ou a extensão analógica de crimes tipificados em lei anterior.⁸²⁴

Não é de se entrar, aqui, no mérito acerca da conveniência ou não da ideia ou da proposta concreta de criminalização, senão firmar que a regra da reserva de lei impõe um nítido limite à possibilidade de criação analógica de tipos penais, bem como à possibilidade de tipificação judicial de conduta lesiva a bem jurídico, por mais relevante que este seja: a CRFB/88 impõe de forma clara e direta este limite: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Da regra da legalidade estrita ou da reserva legal decorre a necessidade de lei, em sentido formal para a tipificação de condutas penalmente relevantes e cominação das respectivas sanções, a irretroatividade da lei penal incriminadora, a impossibilidade de aplicação da analogia para criar tipos penais e a necessidade de clareza e taxatividade nos tipos penais.

Por via de consequência, têm razão Lênio STRECK, Clèmerson CLÈVE, Ingo COUTINHO e Ingo SARLET⁸²⁵, Luciano FELDENS⁸²⁶ e Luiz GONÇALVES⁸²⁷ e outros ao rejeitarem

⁸²⁴ Carlos Alexandre de Azevedo Campos (V. CAMPOS. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 145-148), analisando o ativismo judicial na Suprema Corte Sul-africana, narra que naquele país a jurisdição constitucional, por meio das modernas técnicas de decisão como o uso de sentenças aditivas e da modulação temporal de eficácia, "impõe" ao Legislativo o dever de legislar, tanto para suprir lacunas inconstitucionais identificadas pela Corte, quanto para aprimorar a legislação cujos defeitos são declarados contrários à Constituição. A Corte não resolve essas falhas de antemão, mas *indica o caminho* e dá tempo razoável para que o legislador o faça, sendo ativista sem deixar de interagir e promover o diálogo com os demais Poderes, de forma a assegurar a mais legítima forma de realização dos valores constitucionais. Contudo, no campo penal, diante da regra da reserva legal estabelecida pela CRFB/88, uma decisão que *fixasse prazo* para o legislador editar diploma legal, *indicando o caminho* para tanto, apenas seria constitucional acaso tais *indicações* fossem abstratas o suficiente para garantir um amplo poder de decisão do legislador acerca do *como* da decisão criminalizante, caso inexistisse *lei* anterior criminalizando a conduta analisada, bem como se a violação do prazo não acarretasse a vigência de uma *tipificação judicial* da conduta.

⁸²⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin/SARLET, Ingo Wolfgang/COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda/STRECK, Lenio Luiz/PANSIERI, Flávio. *Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito*. Disponível desde 21.08.2014, em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em 23 de novembro de 2015.

⁸²⁶ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2a ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 82.

⁸²⁷ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 161-163.

peremptoriamente que possa ser consequência jurídica de um mandado de criminalização ou do dever de tutela penal de direitos fundamentais a tipificação judicial de crimes (como pretendido na ADO 26-DF e MI 4.733 com relação à discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais da população LGBT).

O reconhecimento deste limite claro e expresso às consequências jurídicas dos mandados de criminalização - impedindo a tipificação judicial ou o uso da analogia para estender tipos penais, ante a garantia da regra da legalidade estrita, não desmerece ou desnatura o instituto, mas, ao contrário, permite uma delimitação clara do âmbito em que seus efeitos devem ser discutidos. Assim, mais que uma rejeição aos mandados de criminalização, a impossibilidade de criação jurisdicional de tipos penais - ainda que a título provisório - é a garantia de que seu desenvolvimento dogmático se dará em consonância com os limites do Estado de Direito e com as garantias constitucionais, permitindo um amadurecimento da discussão, ao impedir a degeneração desta figura jurídica para consequências que dela não decorrem.

Assentada tal premissa - de que não é possível extrair como consequência jurídica dos mandados de criminalização a faculdade judicial de tipificação de condutas ou a permissão ao uso da analogia para criar tipo penal ante o óbice intransponível da regra constitucional da legalidade estrita, é hora de analisar e refletir acerca das possíveis consequências jurídicas e limites do instituto, delimitando sua aplicabilidade e efeitos.

5.3 Consequências jurídicas e força normativa.

Passa-se, pois, nestes limites, a perquirir quais consequências jurídicas podem ser extraídas do reconhecimento de mandados de penalização, de origem internacional e constitucional, no Direito brasileiro. Decorrendo a impunidade tanto de questões fáticas (ausência de intervenção jurídico-estatal após sérios ataques a direitos fundamentais ou humanos protegidos pela CRFB/88 e/ou por convenções internacionais) como de causas normativas (como a descriminalização e a previsão de causas justificantes ou exculpantes e de óbices à persecução e à imposição de pena em virtudes de leis exoneratórias)⁸²⁸, faz-se necessário analisar as repercussões dos mandados implícitos de penalização tanto no aspecto normativo como no aspecto fático. Inicia-se pelos mandados de criminalização primária (plano normativo) para depois verificar-se as consequências dos mandados de criminalização secundária (incidentes tanto no plano normativo como no fático).

5.3.1 Vedação de descriminalização.

⁸²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”*. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3313898>. acesso em 25 de setembro de 2015.

O efeito imediato mais evidente dos mandados implícitos de criminalização é impedir - por inconstitucionalidade ou por violar norma supralegal de DIDH - a descriminalização de condutas que atentem gravemente contra direitos fundamentais, como é o caso do homicídio, da tortura, do estupro ou da escravidão.⁸²⁹ Não nos parece defensável a posição que advogue a discricionariedade do legislador em revogar esta criminalização - nem *a fortiori* a discricionariedade das autoridades públicas em investigar eficazmente, permitindo uma adequada persecução penal destes fatos. Apenas Estados totalitários descriminalizam tais condutas ou permitem uma tal discricionariedade ao legislador, postura que é frontalmente contrária ao princípio republicano, ao Estado Democrático de Direito, e às obrigações constitucionais e internacionais de tutela dos direitos fundamentais e humanos impostas pela CRFB/88 e pelo DIDH.⁸³⁰

Dessa forma, tais situações se situam *fora do âmbito de decisão* do Poder Legislativo, sendo inválidas e desprovidas de qualquer efeito jurídico leis que pretendessem descriminalizar tais fatos, no todo ou em parte: assim, não apenas a ab-rogação (revogação total), mas a derrogação dos referidos tipos penais, excluindo determinado âmbito de incidência (p.ex. excluindo dos respectivos tipos penais a escravidão ou servidão *rural* - mantendo a criminalização apenas da urbana, ou revogando a criminalização da tortura de pessoas custodiadas por terrorismo ou crimes hediondos, ou a praticada em âmbito militar ou privado). Tampouco se poderia excepcionar a norma criminalizante do homicídio sob alegação de se tratar de *zona conflagrada*, de alta criminalidade, ou de que sua vítima *tem antecedentes criminais*, ou o estupro de vítima trabalhadora do sexo, de criança, a pretexto de dispor de experiência sexual, ou de cônjuge. Não se vislumbra, ainda, possa ocorrer a derrogação da lei penal com violação ao princípio da isonomia, com base em *discrímen* inconstitucional: assim, não se descriminalizar com base em raça, etnia, religião, procedência regional, classe social etc (seria p.ex. evidentemente inconstitucional um lei que descriminalizasse o homicídio, tortura ou escravidão de negros, brancos, indígenas, nordestinos, sulistas, latifundiários, sem-terra, mendigos, banqueiros, cristãos, judeus, umbandistas, muçulmanos ou ateus). Em síntese, a existência de um *dever de proteção* e a vedação da proteção deficiente (*Untermassverbot*) dos direitos fundamentais

⁸²⁹ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 165-167; FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2a ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 83.

⁸³⁰ "The apostate's life and organs don't have to be respected and may be taken with impunity" (trad. livre: "A vida e os órgãos do apóstata não precisam ser respeitados e podem ser retirados com impunidade"). Fatwa (decreto religioso) nº 68, 31.01.2015. Estado Islâmico. Disponível em <http://graphics.thomsonreuters.com/doc/document.pdf> e <http://www.reuters.com/article/us-usa-islamic-state-documents-idUSKBN0U805R20151225>. Acesso em 25 de dezembro de 2015. Na mesma notícia, faz-se menção a outro fatwa (nº 64, de 29.01.2015), determinando as condições de licitude e impunidade de relações sexuais forçadas (estupro) e escravidão praticadas em face de *apóstatas*, assim considerados, dentre outros, as minorias religiosas. Seria mesmo possível a um Estado Democrático de Direito *descriminalizar*, declarar impuníveis ou aplicar irrisória multa ao homicídio, à extração compulsória de órgãos, à escravidão e ao estupro praticado contra qualquer pessoa em seu território? Estaria tal possibilidade *dentro* da esfera da discricionariedade legislativa?

estabelecem um limite inferior mínimo à liberdade de configuração do legislador, sob pena de inconstitucionalidade e/ou inconveniência das normas que pretendessem extinguir a tutela destes direitos contra os mais graves ataques (como, p.ex., os crimes dolosos de homicídio, tortura, escravidão e estupro). Nesta hipótese, os mandados implícitos de criminalização terão efeito paralisante, impedindo que o legislador ordinário ab-rogue, derogue ou *abrande sobejamente* a proteção dada pelo tipo penal incriminador, sob pena de inconstitucionalidade e/ou inconveniência e consequente nulidade da lei revogadora.⁸³¹

Contudo, o instituto apenas incidirá nas hipóteses-limites em que houver clara falta de discricionariedade legislativa para deliberação contrária à dignidade humana e aos direitos fundamentais das vítimas, não sendo este o caso, por exemplo, das situações onde houver o pleno, consciente, válido e atual consentimento da vítima, caso em que a criminalização, quando possível, é afeta à livre escolha da melhor política criminal, e deve ser deliberada pelo Legislativo.⁸³²

5.3.2 Fator de interpretação do direito interno e reforço da presunção de constitucionalidade.

Além de impedir a ab-rogação ou derrogação dos tipos penais de condutas que atentem gravemente contra direitos fundamentais, os mandados constitucionais e internacionais de criminalização servem de guia para a interpretação da norma penal infraconstitucional. Assim, faz-se preciso *iluminar a norma penal a partir da luz da CRFB/88 e do DIDH*,⁸³³ de forma a que a exegese da norma penal respeite os direitos fundamentais e humanos dos imputados e das vítimas. Como corolário, mais do que seguir uma determinada filosofia ou política criminal pré-concebida pelo intérprete, a interpretação da norma penal deve ser informada precipuamente pelos princípios e valores trazidos pela Constituição e pelo DIDH, sob o pressuposto da unidade da Constituição e da concordância prática de suas normas. Dessa forma, a própria previsão de mandados de criminalização e a institucionalização de um sistema penal em sede constitucional afasta do âmbito da interpretação jurídica correntes abolicionistas ou agnósticas, sendo incompatível com a CRFB/88 teses que deslegitimem de forma absoluta o Direito Penal como instrumento de tutela de direitos fundamentais

⁸³¹ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 77. O legislador poderia tentar burlar esta vedação à descriminalização mantendo o caráter criminoso da conduta, mas submetendo-a a regime especialmente benevolente. Os mandados implícitos de criminalização não impedem a redução de penas, *desde que* não seja prevista uma proteção penal ilusória, fictícia ou manifestamente desproporcional, a violar a proibição da proteção deficiente. A questão será aprofundada no item 5.3.4 infra.

⁸³² Pense-se na criminalização da eutanásia ou da compra e venda de órgãos ou tecidos humanos, tipificadas no Brasil através dos artigos 121, parágrafo 1º, do CP e art. 15 da Lei 9.434/97. Acerca do desenvolvimento dos limites decorrentes da discricionariedade legislativa, v. item 5.4.3. infra.

⁸³³ Parfraseando-se TIEDEMANN, para quem, referindo-se à jurisdição constitucional, cabe ao intérprete *iluminar o Direito Penal com a luz da Constituição*. Cf. TIEDEMANN, Klaus. *Constitución y Derecho Penal*. Trad. ZAPATERO, Luis Arroyo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, núm. 33, sep-dic, 1991, p. 149. Disponível em <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=48566>, acesso em 17 de novembro de 2015.

(caso assim não o considerasse a CRFB/88, qual o sentido de prever diversos mandados expressos de criminalização?).⁸³⁴

Outrossim, em se tratando de norma penal que concretize mandado de criminalização, há forte reforço à presunção de sua constitucionalidade, aumentando-se significativamente o ônus argumentativo de quem pretende afirmar sua invalidade constitucional.⁸³⁵ Por fim, quando da aplicação da lei penal na dosimetria da pena em relação a fatos que constituam graves atentados aos direitos fundamentais à vida, à integridade física e à liberdade e/ou graves violações de direitos humanos, faz-se necessária a aplicação de sanção proporcional, não se podendo adotar uma política de fixação automática e sem fundamentação da pena no patamar mínimo cominado, violando os parâmetros estabelecidos pelo art. 59 do CP, a exigência constitucional de individualização das penas (art. 5º, XLVI, da CRFB/88) e a vedação de proteção deficiente.⁸³⁶ Ao menos nas hipóteses aqui versadas, é preciso que sempre *se fundamente* a dosimetria das sanções a serem aplicadas, ainda que o sejam de forma favorável aos imputados, de molde *a afastar a possibilidade de conluio* com a macrocriminalidade, não sendo isto, é claro, óbice à sua fixação, fundamentada, no patamar mínimo legal.

5.3.3 Vedação de justificação e exculpação vagas ou excessivamente amplas.

Outrossim, além de impedir a ab-rogação ou derrogação do tipo penal e de servir de guia à interpretação da norma penal, os mandados implícitos de criminalização impedem - por inconstitucionalidade ou por violação à norma supralegal de DIDH - a descriminalização de graves atentados contra os direitos fundamentais através de causas justificantes ou exculpantes vagas ou excessivamente amplas.

Dessa forma, não seria constitucional - nem de conformidade com o DIDH - lei que considerasse lícito o homicídio de pessoa desarmada fugindo de perseguição policial⁸³⁷, ou a tortura de pessoa detida para fins de apuração criminal, ou para fins *de segurança nacional*, por exemplo. De forma similar, frente à normativa constitucional e internacional, a tortura de uma criança por seus pais

⁸³⁴ Evidentemente, não cabe desconsiderá-los por violarem o pressuposto do Direito Penal mínimo ou do agnosticismo, sob pena de petição de princípio, como já demonstrado nos itens 4.1 e 4.2 supra, reiterando-se que nesta dissertação têm-se como pressuposto a força normativa da Constituição, postulada que parece ser acolhido de forma quase unânime entre constitucionalistas e publicistas contemporâneos.

⁸³⁵ Neste sentido, também FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2a ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 83-84; GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p.170-171.

⁸³⁶ Em sentido semelhante, v. FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Tutela penal dos direitos humanos: a proteção da vida e da integridade física*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 164-165.

⁸³⁷ V. a firme jurisprudência do TEDH neste sentido, como nos casos MAKARATZIS v. GRÉCIA e NACHOVA v. BULGÁRIA, mencionados no item 3.3.3.f. supra.

ou responsáveis não poderia ser considerada lícita a pretexto de um direito à criação dos filhos,⁸³⁸ ou a sustentação da *legítima defesa da honra* como causa justificante de um homicídio.⁸³⁹

Tampouco o seria lei que exculpasse servidor público que assim agisse em *obediência hierárquica* em cumprimento a ordem manifestamente ilegal de proceder a execução sumária, estupro ou tortura.⁸⁴⁰ Afastar-se-ia, ainda, a incidência de causa supralegal de exclusão da culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, quando se tratar de graves atentados contra direitos fundamentais: não se pode admitir, por exemplo, a exculpação da tortura, estupro, escravidão ou extermínio, ainda que houvesse conduta anterior reprovável da(s) vítima(s): todos têm que ser tratados com pleno respeito a seus direitos e à dignidade humana.

Questão especialmente complexa diz respeito à fiscalização do cumprimento destes consectários dos mandados implícitos de criminalização quando os fatos constituírem ou forem conexos a crime doloso contra a vida, atreindo a competência do Tribunal do Júri para o julgamento, na medida em que suas decisões não são fundamentadas. Aqui, conquanto na atual sistemática processual brasileira não se tenha qualquer fundamentação do ato decisório,⁸⁴¹ faz-se necessário que, tratando-se de matéria de direito na qual os Srs. Jurados são leigos, ao menos, o Juiz-presidente, ao explicar os quesitos, esclareça acerca dos contornos jurídicos das causas justificantes e exculpantes.⁸⁴² Assim, deve o magistrado alertar os Srs. Jurados acerca de eventuais normas constitucionais ou de DIDH delimitando sua extensão possível e os casos em que, manifestamente, deveria ser desconsiderada pelos Srs. Jurados a possibilidade de aplicação daquelas causas (em que pese possam absolver os imputados por quaisquer outros motivos, conforme sua íntima convicção a partir da prova colhida e dos debates realizados em Plenário). Neste sentido, cabe, igualmente, ao Juiz-presidente

⁸³⁸ V. o julgamento do TEDH no caso A v. Reino Unido neste sentido, mencionado no item 3.3.3.c supra.

⁸³⁹ Considera-se que a possibilidade de reconhecimento da tese da legítima defesa da honra para justificar um homicídio não foi recepcionada pela CRFB/88, sendo manifestamente inconstitucional, por violar um mandato constitucional implícito de criminalização do homicídio. Ainda que a honra possa ser objeto de legítima defesa, a interpretação constitucional desta justificante há de exigir estrito cumprimento dos requisitos da *moderação* e *adequação* dos meios utilizados (*uso moderado dos meios necessários*, art. 25 do CP). Assim, seja pela inadequação da conduta para cessar a agressão à honra, seja pelo caráter imoderado da conduta (que não se limita, objetivamente ou subjetivamente a retorquir agressões à honra ou mesmo a causar simples lesões corporais ou vias de fato, p.ex), não é a conduta de *matar alguém* moderada ou necessária à reparação da honra, sendo tal interpretação manifestamente colidente com diversos princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana (reificada pelo postulado da licitude de se corrigir uma desonra com morte), a igualdade de gênero e conjugal, a proteção à família, a liberdade individual e sexual, a dissolubilidade do casamento e, sobretudo, colidente com o direito à vida, fundamentador de um dever estatal de tutela penal das mais graves que lhe forem contrárias (como p.ex. as condutas que resultem em um homicídio doloso consumado).

⁸⁴⁰ V. a firme jurisprudência da CorteIDH a respeito, como nos casos BARRIOS ALTOS v. PERU e ALMONACID ARELLANO v. CHILE, dentre outros, citados no item 3.3.1.b. supra.

⁸⁴¹ A falta de fundamentação das decisões do júri restou agravada pela sistemática trazida da Lei 11.689/08, que extinguiu com a quesitação individualizada das teses jurídicas defensivas absolutórias, prevendo, ao revés, uma vez reconhecida autoria e materialidade, um quesito único indagando *se o jurado absolve o acusado* (CPP, art. 483, parágrafo 2º, na redação da Lei 11.689/08).

⁸⁴² A Lei 11.689/08 estabeleceu que o juiz deve explicar aos jurados o significado de cada quesito, bem como esclarecer eventuais dúvidas (arts. 484, p. único e art. 485, *caput*, do CPP, cf. red. Lei 11.689/08), ocasião em que poderá explicar conceitos jurídicos aos jurados, leigos em Direito.

dirigir os debates, intervindo em caso de abuso (CPP, art. 497, III), para obstar a veiculação de teses manifestamente inconstitucionais (como, p.ex., seria a defesa da licitude da tortura e homicídio de pessoas suspeitas de crimes, ou para fins de investigação criminal, ou de integrantes de determinada raça, etnia, ou grupo religioso).⁸⁴³

⁸⁴³ Paulo de Sousa Mendes (MENDES, Paulo de Sousa. *A incerteza factual e a prova no processo penal*. Conferência de 24.09.14 no Curso sobre Fundamentos do Direito Penal e Processo Penal organizado pelo Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano (CEDPAL) e pelo Departamento de Direito Penal Estrangeiro da Universidade de Göttingen, Alemanha, em 22-26 de Setembro de 2014) critica o sistema brasileiro do Tribunal do Júri exatamente pela falta de fundamentação de suas decisões, comparando-o com os modelos do escabinado francês, alemão e português e ao júri norteamericano. Assim, a sistemática francesa da *Cour d'assises*, tribunal misto de magistrados e jurados leigos decidindo sobre matéria de fato e de direito, permitiria aos magistrados exercer na prática influência sobre os leigos e determinarem uma análise racional de fatos e provas, além de exigir o preenchimento pelo magistrado-presidente de uma folha de motivação (*feuille de motivation*), em caso condenatório, listando os elementos da acusação que convenceram os escabinos. Na sistemática do escabinato alemão (*Schöffengericht*), assim como em Portugal, as deliberações são tomadas por maioria, mas cada escabino (jurado leigo ou magistrado togado) deve enunciar as razões de sua opinião e indicar os meios de prova que serviram para formar sua convicção, antes de votar sobre cada uma das questões, o que permite ao presidente elaborar o aresto colhendo as razões de cada voto, "com um grau de fundamentação idêntico ao de qualquer decisão judicial" proferida por um tribunal composto exclusivamente de magistrados. Nos Estados Unidos da América, apesar de o júri funcionar de forma pura, apenas com jurados, estes podem conversar e deliberar acerca do processo, há possibilidade de requerimento ao juiz-presidente, posterior ao veredito, de absolvição por falta de provas ou de realização de novo julgamento em caso de vícios no primeiro e há exigência de unanimidade de votos o que, segundo o autor, a par dos poderes do juiz-presidente, compensam de alguma forma a falta de fundamentação. Ademais, nos E.U.A. o julgamento por júri é um *direito*, que pode ser renunciado pelo imputado através do uso da cláusula de renúncia (*jury waiver clause*), o que ocorreria na significativa maioria (90%) dos casos, nos quais o réu usaria da faculdade de ser julgado por um juiz monocrático. Analisando o sistema brasileiro, Paulo de Souza Mendes afirma que "o caso do tribunal do júri puro no Brasil é, seguramente, mais criticável no confronto com a moderna exigência de fundamentação das decisões de facto, porquanto contempla a íntima convicção dos jurados obtida em regime de incomunicabilidade, com sigilo das votações e ausência de motivação dos votos dos jurados", criticando, ainda, o fato de o julgamento pelo júri ser irrenunciável, não se facultando ao réu o direito de ser julgado por juízes togados.

Também Stephen C. Thaman (THAMAN, Stephen C. *Should criminal juries give reasons for their verdicts? The spanish experience and the implications of the European Court of Human Rights decision in TAXQUET v. BELGIUM*. Chicago-Kent Law Review. Vol. 86:2, 2011) anota que a atual sistemática do Tribunal do Júri na Espanha impõe o preenchimento de questionário em que os jurados indicam, sucintamente, as razões pelas quais chegaram ao veredito. O TEDH, no julgamento TAXQUET v. BELGICA (App. 926/05), em 16.11.2010, não chegou a exigir esta fundamentação dos julgamentos do Tribunal do Júri como condição de compatibilidade com a CEDH, mas decidiu que a falta de fundamentação, aliada à falta de quesitação precisa e à falta de explicação dos quesitos aos Srs. Jurados, violava a CEDH. No caso, fundado no sistema belga do Tribunal do Júri, um único quesito questionava se o recorrente, condenado por um homicídio consumado e uma tentativa de homicídio, havia perpetrado o homicídio, ou havia cooperado diretamente para sua prática, ou havia por qualquer meio prestado auxílio para sua prática, ou havia incitado outrem a perpetrá-lo por presentes, promessas, ameaças, abuso de poder, ou ainda por discursos públicos, escritos ou imagens distribuídas ou expostas a venda pudesse ter incitado outrem a perpetrá-lo; outro quesito indagava, da mesma forma, se ele havia perpetrado, cooperado, auxiliado, induzido ou feito apologia de tentativa de homicídio, que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, sem descrevê-las. O TEDH considerou que, escolhido o rito do júri sem justificativa do resultado, para evitar a possibilidade de arbitrariedades e violação da CEDH, caberia ao país determinar salvaguardas suficientes para que se pudesse compreender as razões e conteúdo do julgamento, notadamente através de explicações e diretivas de um magistrado togado acerca de questões jurídicas ou probatórias e da realização de quesitação precisa e específica, indicando as razões pelas quais considerou-se ter havido autoria, participação, e circunstâncias qualificadoras e minorantes, bem como que deveria haver possibilidade de recurso do julgamento sobre a matéria de fato. TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Grand Chamber. Caso TAXQUET v. BELGICA (App. 926/05). Julgamento em 16.11.2010. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-101739>. Acesso em 23 de fevereiro de 2016.

Reitera-se, pois, que no sistema brasileiro, para diminuir os efeitos da incomunicabilidade dos jurados e da falta de fundamentação de sua decisão, faz-se mister, ao menos, que os jurados sejam esclarecidos acerca das questões jurídicas correlatas a seus votos e que o Juiz-presidente coíba a veiculação abusiva de teses jurídicas manifestamente contrárias à Constituição e ao DIDH.

5.3.4 Obrigação de sanção proporcional (vedação da proteção deficiente).

Questão análoga, porém de mais difícil resolução, é aquela que diz respeito à necessidade de cominação e aplicação de sanção proporcional com relação a estas condutas e, conseqüentemente, da invalidade de norma que reduza ou abrande significativamente o tratamento penal dado aos perpetradores de abusos contra direitos fundamentais. Aqui não existe propriamente uma impossibilidade de se minorar a resposta penal quanto a estes fatos, mas apenas uma impossibilidade de reduzir a sanção penal a um patamar tal que seja manifestamente desproporcional à sua gravidade.⁸⁴⁴ Não é admissível, pois, a manutenção de uma *criminalização fictícia ou fraudulenta*, em que apenas para simular o cumprimento de compromissos internacionais ou da norma constitucional, se mantivesse o caráter nominalmente criminoso de uma conduta, sem que fossem cominadas sanções minimamente proporcionais em face dos graves ataques a direitos fundamentais.

Dessarte, ainda que possa, por exemplo, o legislador deliberar se a sanção penal a um homicídio deva ser de trinta, doze, seis ou quatro anos de pena privativa de liberdade, podendo ser reduzidas as sanções cominadas sem que isto importe em violação à Constituição ou ao DIDH,⁸⁴⁵ *não seria compatível* com a CRFB/88 e o DIDH lei que reduzisse a sanção penal do homicídio, tortura, escravidão ou estupro à pena pecuniária, que permitisse o uso de benefícios penais e/ou processuais penais como a suspensão condicional do processo, a suspensão condicional da pena ou a transação penal ou cominasse a sanção de *admoestação verbal*.⁸⁴⁶ Como lembra Lênio Streck: "a punição insuficiente para um crime de extrema gravidade e reprovabilidade equivale à impunidade".⁸⁴⁷

⁸⁴⁴ Em sentido similar, FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2a ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 84, aduz que os tipos penais editados em cumprimento a mandados de criminalização não estão imunes à modificação legislativa, salientando que o que a Constituição exige é um mínimo de tutela.

⁸⁴⁵ Veja-se que os mandados implícitos de criminalização não impõem a adoção de um Direito Penal rígido ou um aumento generalizado de penas, senão determinam apenas a cominação e imposição de sanções penais *proporcionais*. A determinação constitucional e internacional é que se respeite uma proporcionalidade mínima (e máxima) entre a gravidade da conduta e das lesões causadas aos direitos fundamentais e a sanção a ser cumprida. Em sentido semelhante, com relação às *positive obligations* (mandados implícitos de criminalização) oriundas da CEDH, v. ASHWORTH, Andrew, *op.cit.*, p. 209-210.

⁸⁴⁶ O art. 28 da Lei 11.343/06, p.ex., prevê a sanção de "advertência sobre os efeitos das drogas". Seria constitucional a cominação ou aplicação exclusiva de uma sanção de *advertência sobre as conseqüências da tortura, estupro, escravidão, sequestro ou homicídio sobre suas vítimas e familiares?* Em um Estado Democrático de Direito teria o legislador discricionariedade para tal decisão?

⁸⁴⁷ Streck, Lênio Luiz. *Dever de proteção. Qual a semelhança entre o furto privilegiado e o tráfico de drogas?* Disponível em http://www.conjur.com.br/2008-jul-10/qual_semelhanca_entre_furto_privilegiado_trafico_drogas. Acesso em 26 de outubro de 2015. Em sentido semelhante, Ingo Wolfgang Sarlet afirma: "*o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) (...) É neste sentido que - como contraponto à assim designada proibição de excesso - expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão Untermassverbot)*". Cf. SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal*. In: *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. GAUER, Ruth Mria Chittó (org). 2a. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 197-224.

Nesta senda, a cominação ou aplicação de uma sanção de índole exclusivamente pecuniária, além de violar o princípio da proteção deficiente, na prática equivaleria, com frequência, à plena impunidade do infrator e, conseqüentemente, à desproteção do bem jurídico. Façam-se duas conjecturas: de um lado, como exigir o cumprimento de sanção pecuniária do apenado que não dispõe de bens penhoráveis, ou daquele que deles se desfez deliberadamente, no intuito de escapar à aplicação da lei? Sendo a pena de multa convertida em dívida de valor (art. 51 do CP), seu inadimplemento fica sujeito ao processo civil de execução por quantia certa, limitada sua exigibilidade ao patrimônio encontrado do executado, observada, ainda, a proteção do bem de família (que pode deixar imune p.ex. imóvel de altíssimo valor);⁸⁴⁸ de outro lado, na hipótese de o réu ser multimilionário, ele não se revelará materialmente atingível pela sanção pecuniária, porquanto esta não lhe acarretará sensível diminuição de seu patrimônio, não havendo qualquer efeito dissuasório ou reafirmatório da validade da norma na cominação ou imposição exclusiva desta pena. Imagine-se, por exemplo, se delitos de homicídio, estupro, sequestro, tortura ou escravidão fossem sancionados, exclusivamente, pela via pecuniária.⁸⁴⁹ Equivaleria a multa criminal quase que a uma *taxa* administrativa para outorga de uma *licença* para a prática de tais atos, que ainda poderia ser quitada *ao final* de um *longo processo penal*, sem juros.

Veja-se que neste sentido, o TEDH considerou incompatível com a CEDH a aplicação de penas privativas de liberdade de curta duração suspensas condicionalmente conjugadas com pena pecuniária não elevada em casos de trabalho escravo (caso SILIADIN v. FRANÇA), de tortura de menor suspeito de furto por agentes públicos (caso OKKALI v. TURQUIA), de maus tratos a detentos (caso SABA v. ITALIA), de pena pecuniária para caso de *ameaça de tortura* de suposto sequestrador por policiais (caso GÄFGEN v ALEMANHA), e de pena de três anos de prisão suspensa condicionalmente em caso de tortura de idoso praticada por policiais, seguida de homicídio (caso NIKOLOVA e VELICHKOVA v. BULGARIA).⁸⁵⁰

De forma semelhante, no julgamento da ADI 3.096, o STF considerou incompatível com a CRFB/88 a aplicação dos benefícios penais previstos na Lei 9.099/95 cuja extensão fora ampliada no Estatuto do Idoso para crimes com pena máxima cominada de 4 anos de reclusão, praticados contra

⁸⁴⁸ As multas penais não adimplidas voluntariamente são tratadas atualmente pelo ordenamento brasileiro como dívida de valor, conforme o art. 51 do CP na redação da Lei 9.268/96, e em caso de não-pagamento o processo de sua execução deixa o âmbito criminal e é remetido para o âmbito fazendário, conforme Súmula 521 do STJ: "*A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública*".

⁸⁴⁹ FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 138-139.

⁸⁵⁰ Cf. item 3.3.3.g, supra. O TEDH considera que não lhe cabe manifestar-se acerca do grau de culpabilidade dos condenados ou indicar a pena a ser imposta, matérias reservadas às Cortes nacionais, mas afirma que a CEDH garante direitos concretos e efetivos, e não apenas teóricos ou ilusórios, motivo pelo qual deve intervir para declarar a violação da norma de DIDH sempre que houver uma *desproporção manifesta* entre a gravidade do ato e a sanção imposta, caracterizando o descumprimento do dever estatal de tutela penal dos direitos convencionais e do correlato dever de conduzir adequadamente a investigação e persecução penal de atos que atentem contra estes direitos. V. item 3.3.3.

idosos, declarando inconstitucional a concessão de transação penal para tais fatos, por afronta aos princípios da proporcionalidade e da isonomia e ao dever estatal de tutela penal dos idosos.⁸⁵¹

Corroborando a necessidade de sanção proporcional e suficiente, FERRAJOLI afirma que o objetivo de prevenção geral não é apto a fixar o limite máximo das penas, senão o limite mínimo a ser cominado, abaixo do qual este objetivo não é adequadamente realizado e a sanção se transmuta de pena em *taxa totalmente privada de capacidade dissuasiva*.⁸⁵² Ademais, ainda consoante FERRAJOLI, um mínimo de pena - quando constitucionalmente for necessária a criminalização, é necessário também para evitar a reação informal, selvagem, espontânea e arbitrária de autotutela, juridicamente incontrolável: o Direito previne a barbárie da autotutela e suas punições injustas.⁸⁵³ Por outro lado, ainda o mestre italiano assinala que o quantitativo de pena mínima necessário a tais objetivos é condicionado histórica e sociologicamente, de forma que em sociedades em que o índice de violência seja alto, tanto no que tange às ofensas como às propensões vindicativas, "será relativamente alta também a violência institucional necessária à prevenção", ao passo que em uma sociedade evoluída e com baixa taxa de violência, não se justifica um Direito Penal mais severo.⁸⁵⁴

Assim, faz-se constitucional e internacionalmente necessária a cominação (e imposição, quando da criminalização secundária aos eventuais agentes considerados culpados) de sanções minimamente proporcionais à gravidade dos fatos e dissuasórias. Ademais, é mister sindicar-se a constitucionalidade (e conformidade com o DIDH) de tratamento penal mais benigno pelo motivo do discrimen: caso haja violação ilegítima à regra da isonomia poder-se-á declarar a inconstitucionalidade de atenuante, minorante ou tratamento penal diferenciado, sendo inconstitucional, por exemplo, uma

⁸⁵¹ Conforme item 2.5.5.j supra, considerando que a aplicação de tais benefícios a autores de crimes praticados contra idosos com pena máxima cominada de até 4 anos (isto é, maior do que a regra geral trazida pela Lei 9.099/95, atualmente estabelecendo o conceito de crimes de menor potencial ofensivo como sendo aqueles sancionados com pena máxima de até 2 anos, ou sanção pecuniária), era inconstitucional "por afronta ao invariável sentido tutelar da Constituição, na matéria, assim como aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, além do princípio da isonomia".

⁸⁵² FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 308-309, aludindo a HOBBS.

⁸⁵³ FERRAJOLI, *op.cit.* p. 309.

⁸⁵⁴ FERRAJOLI, *op.cit.*, p. 320, fazendo menção ao alto índice de violência na sociedade italiana do século XIX, com taxa de homicídios de 13 para 100.000 habitantes, menos da metade da brasileira do século XXI. Retomando o argumento, GUIMARÃES, Isaac Sabbá, *op.cit.*, p. 53-54, criticando o ativismo judicial agnosticista: "Ao que parece, os juízes tornaram-se insensíveis às tragédias que assolam inúmeras pessoas sujeitas à criminalidade grave, assumindo posições político-criminais baseadas em antigos postulados da sociologia marxista, que atribuem à sociedade a responsabilidade pelos criminosos que nela habitam. (...) Esquecem-se, em suma, que a Constituição deve ser interpretada segundo o princípio da unidade de que nos fala Hesse, de acordo com o qual é necessário evitarem-se colisões entre normas constitucionais, fazendo equacionamentos de concordância prática, dos quais se possam deduzir realizações do Direito possível, aquele que se compagina com uma realidade histórico-social. (...) Desprezam a circunstância da criminalidade grave que, em 2012, causou a morte de 50.108 pessoas, ou quase a metade das vítimas da guerra civil na Síria, entre 2011 e 2013. (...) Não por outro motivo, notícias de linchamento de criminosos - a realização da Justiça com as próprias mãos - tornaram-se frequentes nos grandes centros urbanos brasileiros, o que, certamente, só será refreado com uma mudança de discurso político-criminal, talvez mais consentâneo com a dura realidade criminal brasileira".

hipotética redução da sanção cominada ou aplicada em razão de cor, religião, etnia, classe social das vítimas dos delitos.

Dessarte, não se encontra dentro do espaço de livre discricionariedade do legislador ou do sentenciante nem a descriminalização, nem a redução da sanção penal (cominada ou aplicada aos responsáveis por graves atentados a direitos fundamentais ou graves violações de direitos humanos) a patamares irrisórios, como a sanção pecuniária⁸⁵⁵, o *sursis*, e a imposição de regime inicial aberto. Não se faz possível nestes casos a um Estado Democrático de Direito compactuar ou coonestar a conduta, deixando-a impune, por cominar ou aplicar uma sanção irrisória ou desproporcional.⁸⁵⁶ Reitera-se, todavia, que isto não impede a existência de uma ampla margem de discricionariedade ao legislador eleito democraticamente para eleger a política criminal a ser seguida e cominar as sanções respectivas, e do julgador ao individualizar a pena a ser aplicada, apenas podendo se afirmar uma inconstitucionalidade ou incompatibilidade com o DIDH em casos de manifesta desproporcionalidade.

5.3.5 Controle sobre causas de extinção da punibilidade:

5.3.5.1. Controle sobre indulto e graça.

Da mesma forma como não é possível a cominação ou aplicação de sanções irrisórias a graves atentados contra direitos fundamentais, por parte do legislador e do Estado-juíz, também a prerrogativa presidencial da concessão de indulto coletivo ou individual (graça) a condenados por estes fatos deve ser submetida a um controle de constitucionalidade e de convencionalidade, em razão dos mandados implícitos de criminalização secundária.

Ainda que admitida uma ampla margem de decisão discricionária ao presidente da República para deliberar acerca da concessão de indulto e de graça, tal prerrogativa - como qualquer poder ou direito em um Estado Democrático de Direito - não pode ser considerada como absoluta, devendo ser analisada sua compatibilidade com a Constituição (e o DIDH).

A Constituição expressamente impede a concessão do direito de graça (indulto ou graça) a condenados por tortura, tráfico de drogas, terrorismo e por crimes hediondos (CRFB/88, art. 5º,

⁸⁵⁵ Observe-se que a pena pecuniária, não atinge nem os pobres, isto é, aqueles que não têm patrimônio para pagá-la, nem os ricos, para quem podem constituir sanções insignificantes, mesmo com a possibilidade de modulação do valor do dia-multa. Ademais, quando aplicadas isoladamente se tornam praticamente uma *taxa* correspondente à prática de delitos. Por fim, sendo tratadas pelo ordenamento brasileiro como dívida de valor, conforme o art. 51 do CP na redação da Lei 9.268/96, em caso de não-pagamento deixam o âmbito criminal e são remetidas para o âmbito fazendário, conforme Súmula 521 do STJ: "A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública".

⁸⁵⁶ Em sentido semelhante, STRECK, Lênio Luiz. *Dever de proteção. Qual a semelhança entre o furto privilegiado e o tráfico de drogas?* Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-jul-10/qual-semelhanca-entre-furto-privilegiado-trafico-drogas>. Acesso em 26 de outubro de 2015, afirmando: "a punição insuficiente para um crime de extrema gravidade e reprovabilidade equivale à impunidade" e ao descumprimento do comando (constitucional) de criminalizar.

XLIII)⁸⁵⁷. Além deste limite explícito, se pode inferir outro, decorrente do princípio da proporcionalidade, na vertente da vedação da proteção deficiente: a impunidade total, ou a aplicação de sanção irrisória ou fictícia, a condenado por grave atentado a direitos fundamentais, seria inconstitucional por violar esta outra face do princípio da proporcionalidade.

Assim, seria incompatível com a Constituição, por exemplo, o presidente da República conceder a graça a integrantes de grupo paramilitar que assassinasse seus opositores, sem que estes tenham cumprido qualquer fração das penas a que foram condenados; de forma semelhante, seria inconstitucional o indulto imediato, coletivo ou individual, a condenados por trabalho escravo, homicídio, lesões corporais dolosas gravíssimas (art. 129, parágrafo 2º, do CP, como aquelas decorrentes de esterilização forçada, amputação de membro, paraplegia), sequestro qualificado pelo grave sofrimento físico ou moral (art. 148, parágrafo 2º, do CP) ou mesmo roubo ou extorsão com emprego de arma de fogo e restrição à liberdade da vítima, ou de que resulte lesões corporais graves, sem que tivessem cumprido qualquer fração da pena aplicada, ou condicionado ao cumprimento de fração irrisória da pena (1/20, por exemplo).

De forma semelhante, os mandados implícitos de criminalização secundária tornam necessário perquirir acerca da compatibilidade da concessão de indulto com o DIDH e, ante a submissão do Brasil à jurisdição da Corte IDH em 10.12.1998, verificar a compatibilidade do indulto e da graça com a CADH e a jurisprudência respectiva da Corte IDH (que deve ser observada, conforme art. 68.1 da CADH).

Neste sentido, como visto no item 3.3.1 supra, a Corte IDH tem firme jurisprudência considerando inadmissíveis e incompatíveis com a CADH as disposições de indulto ou graça, ou outras causas que promovam a impunidade de fatos que encerrem graves violações de direitos humanos. Com efeito, conforme os precedentes *BARRIOS ALTOS v. PERU*, *ALMONACID ARELLANO v. CHILE*, *GOMES LUND v. BRASIL* e *GELMAN v. URUGUAI*⁸⁵⁸, atos normativos que promovam a impunidade ou impeçam a plena investigação, persecução penal e julgamento de graves violações de direitos humanos não são incompatíveis com a CADH, sendo conseqüentemente inválidos e desprovidos de efeitos.⁸⁵⁹ Assim, diante da inconveniência das normas relativas ao indulto e à graça com relação a tal espectro de criminalidade, e da submissão brasileira à jurisdição da Corte IDH, constata-se que a CADH e a Corte IDH retiraram da margem de discricionariedade presidencial a concessão de indulto ou graça em relação a graves violações de direitos humanos - reiterando

⁸⁵⁷ CRFB/88. Art. 5º, XLIII: "*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*".

⁸⁵⁸ V., em especial, item 3.3.1.1. supra.

⁸⁵⁹ Esta jurisprudência da Corte IDH acerca da CADH vai ao encontro da jurisprudência do TEDH que, interpretando a CEDH, concluiu ser incompatível com a Convenção, violando-a, a concessão de indulto ou graça a graves violações de direitos humanos, como homicídios e tortura. Cf. casos *ABDULSAMET v. TURQUIA* e *MOCANU e OUTROS v. ROMENIA*, referidos no item 3.3.3 supra.

consequência que, em verdade, já adviria dos mandados implícitos de criminalização de fundamento constitucional.

5.3.5.2 Controle sobre a anistia. As leis de autoanistia.

De forma semelhante ao que ocorre com o indulto, a Constituição expressamente impede a concessão de anistia a condenados por tortura, tráfico de drogas, terrorismo e por crimes hediondos (CRFB/88, art. 5º, XLIII)⁸⁶⁰, sendo limitada a discricionariedade estatal em conceder anistia também em razão dos mandados implícitos de criminalização secundária, oriundos da CRFB/88 e do DIDH.

Por outro lado, se as normas constitucionais e convencionais delimitam a possibilidade de concessão de anistia, não nos parece se tratar de hipótese idêntica àquela acima referida, do indulto e graça. Isto porque, em regra, a anistia goza de maior legitimidade democrática, sendo fruto da conjugação de esforços dos Poderes Legislativo e Executivo, perpassando as diversas fases do processo legislativo constitucional (na discussão, aprovação e sanção do respectivo projeto de lei de anistia), enquanto o indulto ou a graça é concedido por ato unilateral do presidente da República.

Assim, no âmbito constitucional, deve-se observar certa cautela na análise da constitucionalidade das leis de anistia por eventual violação ao princípio da vedação da proteção deficiente: ademais, em regra, a anistia é concedida a crimes militares ou políticos no bojo de uma conciliação ou negociação do poder com movimentos sediciosos para facilitar a restauração da paz e/ou a transição de regime.⁸⁶¹

Tais pressupostos, entretanto, não se fazem presentes - recomendando uma análise percutiente da compatibilidade constitucional - quando se tratar de hipotética lei de *autoanistia*, concedida por governantes e parlamentares a si mesmos, após fraudes eleitorais, peculato, ou mesmo homicídios atribuídos a seus membros. Imagine-se hipotético homicídio do presidente da República pelo (ou a mando do) vice-presidente ou pelo presidente da Câmara dos Deputados ou do Senado, ou destes agindo em conluio, seguido de aprovação de lei de anistia, sancionada pelo beneficiário; ou o homicídio de autoridades, como ministros do STF, membros do Judiciário, do Ministério Público, do

⁸⁶⁰ CRFB/88. Art. 5º, XLIII: "*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*".

⁸⁶¹ O Tribunal Constitucional Federal alemão (TCFA) decidiu em sentido semelhante, no caso BVerfGE 10, 234 (Platow-Amnestie), afirmando que uma lei de anistia que especifique fatos ou crimes abrangidos não é inconstitucional, não ferindo a isonomia, porquanto cabe à liberdade de conformação normativa do legislador a decisão sobre em que extensão será concedida uma anistia criminal. Contudo, asseverou que o TCFA afirmou a possibilidade de sindicância de sua constitucionalidade, devendo verificar se o legislador ultrapassou os limites extremos da ampla margem de discricionariedade a ele conferida: assim, se não puderem ser encontrados quaisquer argumentos razoáveis ou compreensíveis para a anistia, esta será arbitrária e poderá ser declarada inconstitucional. Cf. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Edit. WOISCHNIK, Jan. Org. e Introd. MARTINS, Leonardo. Trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Galdes Ferreira. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V./Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, p. 324-325. Disponível em http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf. Acesso em 11 de novembro de 2015.

Legislativo, do Executivo, de servidores públicos, líderes da sociedade civil, opositores ou mesmo do mais humilde cidadão ou imigrante, hipoteticamente a mando de parlamentar(es), seguido da edição de lei de anistia pelos congressistas em solidariedade ao(s) colega(s) envolvido(s). Seriam tais leis compatíveis com a CRFB/88? A resposta há de ser negativa: leis de autoanistia deste jaez são inconstitucionais, violando mandados constitucionais implícitos de criminalização trazidos pela CRFB/88, bem como os princípios republicano e da isonomia, sendo incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, de forma idêntica ao indulto, a jurisprudência da Corte IDH é firme em considerar incompatíveis com a CADH a aplicação, ou simples vigência, de lei de anistia relativamente a fatos que encerrem *graves violações de direitos humanos*. Realmente, como visto no item 3.3.1 supra, na análise dos casos GOMES LUND e OUTROS vs. BRASIL, a Corte IDH considerou que, *independentemente de se tratar de autoanistia* ou de anistia decorrente de acordo político, a vigência ou aplicação de lei que conceda anistia a graves violações de direitos humanos é incompatível com os artigos 1.1, 2º, 8º e 25 da CADH e carece de efeitos jurídicos, não podendo servir de obstáculo à investigação, persecução, processamento e responsabilização daqueles considerados culpados.

Assim, *desde a vigência da CADH no Brasil, ou ao menos desde a submissão do país à jurisdição contenciosa da Corte IDH*, não se faz possível a edição de lei que conceda anistia a graves violações de direitos humanos, tendo o país voluntariamente restringido sua soberania e a discricionariedade de seus Poderes e órgãos através da assunção destes compromissos internacionais vinculantes. Dessa forma, assenta-se uma clara limitação ao poder de anistia decorrente do DIDH, desde a vigência da CADH no país, a partir de 9.11.1992 - reafirmada de forma inequívoca após a submissão do país à jurisdição contenciosa da Corte IDH em 10.12.1998: a CADH impede a edição, vigência e aplicação de lei concessiva de anistia a atos que sejam qualificados de *graves violações de direitos humanos*, não dispondo tais leis de validade jurídica, por violarem norma supralegal de DIDH.

Questão diversa, e que será abordada quando da análise dos limites impostos aos mandados implícitos de criminalização secundária decorrentes do DIDH, é aquela relativa à Lei 6.683/79, uma vez que anterior à Constituição Federal de 1988, à ratificação da CADH e à submissão brasileira à jurisdição da Corte IDH, devendo ser perquirido acerca do eventual exaurimento de seus efeitos ou da ocorrência de coisa julgada ou ato jurídico perfeito, antes destes últimos marcos temporais, o que será objeto de apreciação posterior nos itens 5.4.1 e 5.4.2 infra.

5.3.5.3 Controle sobre a prescrição. Prazos e causas de suspensão e interrupção. Do princípio da *actio nata*. Da imprescritibilidade de graves lesões de direitos humanos na CADH.

Questão mais complexa, no âmbito constitucional, diz respeito à possibilidade de controle de constitucionalidade da ocorrência da prescrição por força dos mandados constitucionais implícitos de

criminalização secundária. De forma expressa, a CRFB/88 determina a imprescritibilidade apenas do racismo (art. 5º, XLII) e da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, LIV). Parte da doutrina, a partir de ótica agnosticista que pressupõe sempre um objetivo redutor do Direito Penal, preconiza que se trate de hipóteses *numerus clausus*, vale dizer, que a prescritibilidade de todos os demais crimes é garantia constitucional reversa à imprescritibilidade do racismo e da tentativa de golpe de Estado.

Não parece ser esta a melhor interpretação da CRFB/88, a partir de uma ótica menos unilateral, a enxergar no Direito Penal um instrumento dúplice: tanto como promotor de direitos fundamentais quanto como possível ameaça, devendo simultaneamente ser limitado para que não seja exercido de forma abusiva, lesando direitos, e utilizado na medida necessária para impedir lesões a direitos fundamentais. Tampouco esta é a interpretação dada pelo STF, que em diversos julgados criou hipóteses de suspensão indefinida da prescrição (como, p.ex., na hipótese de suspensão processual decorrente do não-comparecimento do réu citado por edital, prevista pelo art. 366 do CPP,⁸⁶² do entendimento de que tipificação do crime de sonegação fiscal pressupõe o término do processo administrativo tributário, impedindo o início da contagem do prazo prescricional antes desta data⁸⁶³ e do reconhecimento da permanência do crime de sequestro de desaparecidos políticos não localizados⁸⁶⁴). Ademais, a imprescritibilidade do racismo e da tentativa de golpe de Estado foi

⁸⁶² No *leading case* da Ext 1.042, o STF expressamente afirmou que a CRFB/88 não proíbe o legislador de estabelecer novas hipóteses de imprescritibilidade, decidindo que a causa de suspensão prescricional indefinida do não-comparecimento do réu revelado citado por edital trazida pelo art. 366 do CPP, na redação da Lei 9.271/96 era compatível com a Constituição. No acórdão, afirmou-se que, a uma, a suspensão do prazo prescricional por tempo indeterminado condicionada a evento futuro e incerto não constituía imprescritibilidade; a duas, que a CRFB/88 ao se referir à imprescritibilidade nos incisos XLII e XLIV do art. 5º "*se limita a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras de prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária crie outras hipóteses*"; a três, recusou o entendimento doutrinário de que o prazo da suspensão deveria ser limitado pelo tempo da prescrição em abstrato, por não se tratar de interrupção, mas de suspensão da prescrição. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ext 1042 (Portugal). Julgamento em 19.12.2006. DJ 02.03.2007, p. 27. Votação unânime.

Deve-se ressaltar, contudo, que o STJ editou a Súmula 415 a partir da interpretação infraconstitucional, dispondo que "*o período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada*" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Súmula 415. Julgamento 09.12.2009. DJe 16.12.2009), bem como que a questão está pendente de nova análise pelo STF, através do instituto da repercussão geral, no RE 600.851-RG/DF.

⁸⁶³ No *leading case* do HC 81.611-DF, o STF firmou o entendimento de que nos crimes materiais contra a ordem tributária (art. 1º da Lei 8.137/90), sem a prolação de decisão definitiva do processo administrativo que constitui o lançamento tributário não há justa causa para a propositura de denúncia e nem mesmo para a investigação policial dos fatos. Por outro lado, considerou *suspensa o curso da prescrição* enquanto obstada a propositura da denúncia pela falta do lançamento definitivo, aplicando o art. 111, I, do CP, uma vez que considerou não-consumado o delito. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 81.611-DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 10.12.2003. DJ 13.05.2005. Veja-se, contudo, que não admite o STF sequer investigação policial, nem tampouco denúncia por crime tentado. Tal entendimento foi consolidado e tornou-se vinculante com a edição da Súmula Vinculante nº 24: "*Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo*".

⁸⁶⁴ O STF, no julgamento dos pedidos de extradição n. 974 e 1.150, considerou que o desaparecimento forçado, tipificado no Brasil como sequestro, é crime permanente, afastando a presunção legal de morte, bem como a fluência de qualquer prazo prescricional, porquanto a conduta se protraí no tempo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno: Extradição 974 (Rep. Argentina). Rel. p/acórdão: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento 06.08.2009. DJe 04.12.2009; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Extradição 1.150 (Rep. Argentina). Rel. Min. Carmen Lúcia. Julgamento em 19.05.2011. DJe 17.06.2011.

incluída no texto constitucional dentre os direitos e garantias individuais, rejeitando a Constituição a ótica agnóstica e considerando um direito inafastável do cidadão a persecução penal do racismo e da ação contra o Estado democrático: vale dizer, ainda que nestas hipóteses se tenha assegurado a imprescritibilidade, isto não impede que a lei infraconstitucional - ou o DIDH - tragam outras hipóteses em que se assegure a imprescritibilidade das condutas (como as de *graves violações de direitos humanos*, entre outras), *desde que* respeitados o limite do princípio da proporcionalidade: assim, toda disciplina da matéria prescricional é constitucionalmente limitada, mas não pela prescritibilidade obrigatória, senão pelo crivo do princípio da proporcionalidade (em sua dupla face).

Também aqui se reserva, pois, uma grande margem de discricionariedade ao legislador infraconstitucional para deliberar sobre os prazos prescricionais e sobre os marcos interruptivos, contudo, esta liberdade não é absoluta: assim como o legislador não pode estabelecer uma imprescritibilidade, ou p.ex. um lapso prescricional de 30 anos, para um crime de injúria, de furto simples, de lesões corporais leves, ou para uma contravenção de vias de fato, tampouco pode estabelecer um prazo prescricional (ou decadencial) semestral para a persecução penal de um homicídio, de tortura ou de escravidão, sob pena de proteção deficiente.

Em sentido semelhante, GONÇALVES defende, *de lege lata*, a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade, genocídio e crimes de guerra, e *de lege ferenda*, a necessidade de imprescritibilidade dos crimes de tortura e de trabalho escravo. Sustenta, ainda, a incompatibilidade da prescrição retroativa e do curso da prescrição durante o trâmite dos recursos constitucionais defensivos com o princípio da vedação de proteção penal deficiente, advogando a adoção da doutrina da *actio nata*: assim, enquanto negada a imediata execução da pena, imposta por sentença e confirmada pelo 2o grau, pelo manejo de recursos constitucionais, não poderia fluir o lapso prescricional da pretensão punitiva, porquanto não está inerte o Estado que, ao revés, obteve dois pronunciamentos condenatórios e se vê obstado de executar a pena por recursos defensivos, muitas vezes desprovidos de outro objetivo senão o de protelar o trânsito em julgado e obter a prescrição intercorrente.⁸⁶⁵

É preciso aprofundar na questão: conquanto disponha de ampla liberdade para conformar os prazos e marcos interruptivos da prescrição, afigura-se que *a interpretação sistemática da Constituição* - seja pelo princípio da proporcionalidade na vertente da vedação de proteção deficiente, seja pelos

É de se ver que outra causa de não fluência indefinida do prazo prescricional é trazida pelo art. 111, IV, do CP, que determina como início do termo *a quo* prescricional dos crimes de bigamia e falsificação ou alteração do registro civil, o dia em que o fato se tornou conhecido, há muito vigente e raramente questionado em sede doutrinária ou jurisprudencial.

⁸⁶⁵ A questão sofrerá significativa mudança caso se consolide a alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ocorrida no recentíssimo julgamento do HC 126.292, no qual o STF entendeu não ser mais necessário o esgotamento dos recursos constitucionais - senão apenas das vias ordinárias, encerrando a análise acerca das matérias de fato - para o início de execução da pena imposta por tribunal de 2a instância. V. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 126.292. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgamento em 17.02.2016.

princípios republicano e da isonomia, seja pela consideração da imprescritibilidade de certas ofensas como garantia individual e cláusula pétrea, dentre os incisos do art. 5º da CRFB/88, *impõe o reconhecimento amplo da doutrina da actio nata*, utilizada pelo STF em diversos julgamentos para suspender ou impedir o início do prazo prescricional. Imagine-se a seguinte hipótese: o presidente da República goza de imunidade processual, conforme art. 86, parágrafo 4º, da CRFB/88, não podendo, na vigência do mandato, ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções. Juridicamente, pois, é impossível a persecução penal do presidente da República por quaisquer atos anteriores à posse ou por quaisquer atos estranhos ao mandato praticados durante sua vigência. Indaga-se: seria constitucional o decurso do prazo prescricional referente a estes fatos, quando o Estado se vê impossibilitado de promover a persecução penal? De forma semelhante, se um deputado ou senador for denunciado perante o STF e, recebida a denúncia, a respectiva Casa legislativa deliberar sustar o andamento da ação (art. 53, parágrafo 3º, da CRFB/88), a CRFB/88, em atenção à doutrina da *actio nata*, determina a suspensão do prazo prescricional (art. 53, parágrafo 5º), uma vez que paralisado o feito é juridicamente impossível alcançar o marco interruptivo da sentença condenatória, não havendo se falar em inércia estatal na persecução penal. Destes princípios e regras constitucionais, interpretados sistematicamente entre si e com a vedação da proteção deficiente e os mandados implícitos de criminalização, se pode extrair a regra de que *não há curso de prazo prescricional caso, juridicamente, seja impossível a investigação, a persecução ou o processamento penal*.

De forma semelhante, enquanto estiver vigendo acordo de transação penal no qual suposto autor de crime de menor potencial ofensivo estiver ou devesse estar cumprindo pena restritiva de direito (prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária à vítima etc) ou multa, não corre o prazo prescricional da pretensão punitiva, porquanto impossível o oferecimento de denúncia. Dessa forma, caso descumprido o acordo de forma não-justificada pelo suposto autor do fato, a denúncia a ser oferecida⁸⁶⁶ não poderá ser obstada pelo período de tempo no qual a transação penal estava em vigor: entender de forma diversa seria, além de violar os princípios constitucionais supraindicados e a regra da *actio nata*, coroar a deslealdade ou má fé de quem celebra acordo para posteriormente descumpri-lo com a obtenção da prescrição, violando a máxima de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

Ademais, afigura-se desproporcional, por proteção deficiente, o curso de prazo prescricional em recursos especial e extraordinários suspensos pela sistemática de julgamento dos *recursos repetitivos* ou da *repercussão geral*.⁸⁶⁷ Em tais modalidades de julgamento, que vêm sendo aplicadas também

⁸⁶⁶ Cf. a Súmula Vinculante nº 35 do STF: "A homologação da transação penal prevista no art. 76 da Lei 9.099/95 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial".

⁸⁶⁷ O requisito da repercussão geral para o conhecimento dos recursos extraordinários pelo STF consta do art. 102, parágrafo 3º, da CRFB/88, inserida pela EC 45/04. A Lei 11.418/06 regulamentou o instituto, inserindo o art. 543-A e 543-B no CPC, prevendo a possibilidade de sua análise em bloco, quando houver multiplicidade de recursos com

aos processos penais, o STF ou o STJ determinam a *suspensão do processamento de todos os processos pendentes que versem sobre a questão* até que deliberem em caráter definitivo acerca da tese jurídica submetida ao Tribunal Superior - o que a prática demonstra que pode tardar prazo significativo, diante da complexidade do julgamento, da possibilidade de participação de *amici curiae* e de sua repercussão.⁸⁶⁸ Ora, se não há possibilidade de prosseguimento do processo penal e de alcance de novo marco interruptivo, porquanto o feito permanece paralisado *sine die* até que se ultime a definição de questão jurídica atinente ao mesmo e a milhares de processos similares, não se pode falar em inércia da persecução penal nem em curso do prazo prescricional, à luz dos mandados constitucionais implícitos de criminalização e do princípio da vedação da proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Ademais, os efeitos dos mandados constitucionais implícitos de criminalização secundária e do princípio da vedação de proteção deficiente se dirigem, como visto, não apenas ao legislador, mas também ao Estado-juiz, quando da interpretação e aplicação da legislação. Assim, como referido no item 5.3.2, deve a jurisprudência proceder a interpretação das normas penais e processuais penais à luz da CRFB/88 e do DIDH (inclusive no que tange aos mandados implícitos de criminalização e ao princípio da vedação da proteção deficiente). Dessa forma, não se pode interpretar os artigos 110 e 112 do CP de forma a permitir-se o curso do prazo da prescrição da pretensão executória (PPE) quando ainda não existe título jurídico hábil a ser executado e, *juridicamente, estão os órgãos de persecução penal impedidos de promovê-la*: destarte, a norma do art. 112, I, deve ser conjugada de forma sistemática com aquela do art. 110 à qual se refere, com o *nomen juris* dos dispositivos legais e, sobretudo, com o princípio constitucional da vedação de proteção deficiente e com os mandados implícitos de criminalização para afastar a interpretação que permita o início da contagem do prazo da PPE antes do trânsito em julgado da condenação, tanto para acusação como para a defesa. Ora, não

fundamento em idêntica controvérsia, situação na qual o Tribunal de origem selecionará um ou mais recursos representativos da controvérsia e os encaminhará ao STF, *sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte* (CPC, art. 543-B, parágrafo 1º), facultando que o regimento interno do STF dispusesse sobre o procedimento a ser seguido naquela Corte.

De forma semelhante, a Lei 11.672/08 inseriu o art. 543-C no CPC, prevendo sistemática análoga para o julgamento de recursos especiais, dispondo que quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente do Tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STJ, *ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do STJ*. De forma semelhante, permitiu a regulamentação do procedimento interno pelo STJ e os Tribunais de segunda instância. Além da regulamentação da sistemática pelos tribunais, o CNJ editou a Resolução nº 160, de 19.10.2012, buscando uniformizar procedimentos de gerenciamento dos processos sobrestados nos Tribunais Superiores, TJs e Tribunais Regionais Federais.

Ambas as Cortes vêm adotando a sistemática do julgamento simultâneo de teses jurídicas também nos recursos criminais, tendo sido a sistemática mantida e ampliada no bojo do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16.03.2015, com vigência a partir de 16.03.2016, cf. art. 1.045), arts. 1.036 a 1.041, prevendo a suspensão do processamento de de todos os *processos pendentes que versem sobre a questão*, ainda que limitando o sobrestamento ao prazo de um ano.

⁸⁶⁸ Veja-se que o STJ noticia atualmente a existência de 620.808 processos suspensos em todo o país, por força da sistemática em questão. Cf. www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Consultas/Recursos-repetitivos/Processos-suspensos. Último acesso em 29 de dezembro de 2015.

sendo juridicamente possível executar a pena, não se pode falar em inércia do órgão de acusação, nem em curso do prazo prescricional da PPE.⁸⁶⁹

De lege ferenda, seria recomendável que a *suspensão* do curso prescricional - para *além* das hipóteses em que é *juridicamente impossível* promover a persecução penal, fosse estendida às situações em que, apesar de juridicamente admissíveis, a investigação, persecução e processamento penal não fossem fática- e concretamente viáveis por uma relação de poder do agente: tratar-se-ia da hipótese, por exemplo, de crimes praticados no exercício do mandato público de agente político eleito enquanto não cessado o seu exercício, como, aliás, já é a regra de contagem do prazo prescricional trazida pela Lei 8.429/92,⁸⁷⁰ bem como durante o processamento e trâmite dos recursos extraordinário e especial, porquanto visam precipuamente à proteção do Direito objetivo (e poderiam, até mesmo, *de lege ferenda* serem transformados em simples revisões criminais ou ações rescisórias).⁸⁷¹

Por fim, o princípio constitucional da vedação da proteção deficiente (e os mandados implícitos de criminalização secundária a que dá fundamento) incide(m) também na interpretação da norma do art. 117, IV, do CP (n/f Lei 11.596/2007) determinando o reconhecimento da *interrupção* do prazo prescricional *a cada acórdão* condenatório prolatado, e não apenas no primeiro acórdão condenatório, que reforma sentença absolutória. Chega-se a tal conclusão tanto pela interpretação literal, na medida em que *o acórdão, ainda que confirme a decisão da instância inferior, substitui a decisão recorrida* (logo, o acórdão que desprovê recurso defensivo e mantém uma condenação, é o

⁸⁶⁹ A tese está pendente de julgamento pelo STF no bojo do ARE 848.107-DF, sendo objeto do tema 788 dos julgamentos com repercussão geral, com o seguinte enunciado: "*Possui repercussão geral a controvérsia relativa ao termo inicial para a contagem da prescrição da pretensão executória: a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória para acusação ou para esta e a defesa*". No parecer do PGR de 17.08.2015, lê-se: "*CONSTITUCIONAL E PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. ART. 112, I, DO CÓDIGO PENAL. TERMO INICIAL DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA ISONOMIA (PARIDADE DE ARMAS). PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DO HC 84.078/MG.*". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RG no ARE 848.107/DF. Parecer do Procurador-Geral da República de 17.08.2015. No mesmo sentido, v. BINS, Denise Dias de Castro. *Termo inicial da prescrição da pretensão executória: uma releitura da primeira parte do inciso I do artigo 112 do Código Penal à luz do sistema constitucional e processual penal contemporâneo*. In: Revista de Doutrina da 4ª Região. EMAGIS. Edição 57. Disponível em http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Denise_Bins.html. Último acesso em 30 de dezembro de 2015.

Por outro lado, o julgamento da tese será influenciado caso se consolide a alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ocorrida no recentíssimo julgamento do HC 126.292, no qual o STF entendeu não ser mais necessário o esgotamento dos recursos constitucionais - senão apenas das vias ordinárias, encerrando a análise acerca das matérias de fato - para o início de execução da pena imposta por tribunal de 2ª instância, caso se consolide este entendimento. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 126.292. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgamento em 17.02.2016.

⁸⁷⁰ Lei 8.429/92. Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos *após o término do exercício de mandato*, de cargo em comissão ou de função de confiança; (...)"

⁸⁷¹ Efeito prático similar a esta proposta foi extraído da CRFB/88 pelo Supremo Tribunal Federal no recentíssimo julgamento do HC 126.292, no qual o STF entendeu não ser mais necessário o esgotamento dos recursos constitucionais - senão apenas das vias ordinárias, encerrando a análise acerca das matérias de fato - para o início de execução da pena imposta por tribunal de 2ª instância. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 126.292. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgamento em 17.02.2016.

único título condenatório existente e passível de execução: cada novo acórdão que *mantém* uma decisão condenatória, em verdade *é o acórdão condenatório*), como teleológica, uma vez que demonstrada a atuação estatal efetiva visando a persecução penal, não havendo se falar, pois, em inércia. Apesar de o STJ atualmente assim não entender,⁸⁷² a despeito dos argumentos acima expostos, uma leitura do texto à luz da CRFB/88 impõe tal interpretação, de sorte a evitar o decurso do lapso prescricional e a impunidade quando não há inércia da persecução penal (que, ao revés, pouco ou nada pode fazer para evitar o retardo do julgamento destes recursos, ante a complexidade dos julgamentos colegiados, às múltiplas possibilidades de vista, os diversos e sucessivos recursos previstos para a defesa, não se podendo falar em negligência ou omissão dos órgãos de persecução quando é a ação exclusivamente defensiva que busca, às vezes sem qualquer viabilidade de mérito, a interposição de sucessivos recursos para impedir ou postergar o trânsito em julgado.

Verifica-se, pois, que o legislador tem ampla margem para determinar os prazos prescricionais e marcos interruptivos: mas sempre que impedir, juridicamente, a investigação, persecução ou processamento penal, violaria o princípio constitucional da proporcionalidade, na vertente da vedação de proteção deficiente, embasadora dos mandados constitucionais implícitos de criminalização secundária, interpretação que simultaneamente à suspensão ou impedimento processual permitisse o decurso do prazo prescricional. O rito processual deve ser justo, respeitando o devido processo legal e refletindo uma paridade de armas: se a lei impede juridicamente a persecução ou o processamento, não pode simultaneamente impor ao Estado (e às vítimas, que também têm direito a um julgamento em prazo razoável, como reconhecido pelo DIDH)⁸⁷³ o curso do prazo prescricional, se lhes ata as mãos.

⁸⁷²V. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6a. Turma. AgRg no AREsp 485.172-SP. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Julgamento em 10.03.2015. DJe 19.03.2015. "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. ACÓRDÃO QUE SOMENTE CONFIRMA O DECRETO CONDENATÓRIO. INTERRUPTÃO DO LAPSO PRESCRICIONAL. IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte Superior, o acórdão que somente confirma a sentença condenatória não constitui marco interruptivo da prescrição da pretensão punitiva estatal. Precedentes desta Corte. 2. Agravo regimental improvido".

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5a. Turma. REsp 1.457.784-MG. Rel. Min. Jorge Mussi. Julgamento em 23.09.2014. Dje 23.09.2014. RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. ARESTO QUE SOMENTE CONFIRMA O DECRETO CONDENATÓRIO. INTERRUPTÃO DO LAPSO PRESCRICIONAL. INOCORRÊNCIA. 1. Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte Superior, o acórdão que somente confirma a sentença condenatória não constitui marco interruptivo da prescrição da pretensão punitiva estatal. 2. Assim, no caso em tela, sendo a data da publicação do édito condenatório a última causa interruptiva do curso prescricional, competia ao Tribunal recorrido, após realizado o julgamento do apelo defensivo, reconhecer a ocorrência da prescrição, pois já decorrido o prazo aplicável desde então. 3. Recurso especial provido para declarar extinta a punibilidade do recorrente em virtude do reconhecimento do implemento da prescrição superveniente da pretensão punitiva estatal.

Contudo, a *reiterada jurisprudência* referida pelo STJ havia sido forjada sob o manto da redação original do art. 117, V, do CP ("*Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: (...) V - pela sentença condenatória recorrível*"), e a atual redação do dispositivo legal prevê a interrupção pela publicação de qualquer *acórdão condenatório*, ainda que venha a confirmar e substituir uma sentença condenatória.

⁸⁷³A Corte IDH tem firme jurisprudência considerando que o direito convencional a um recurso efetivo assegura à vítima não apenas uma ampla participação na investigação e no processo penal, como também um direito, da vítima e seus familiares, a obter um julgamento criminal em tempo razoável (art. 8º, 1. e 25, 1. da CADH). Como se lê no voto apartado do juiz Roberto de Figueiredo Caldas na sentença do caso GARIBALDI v. BRASIL: "*La lentitud es factor de desestímulo a la búsqueda de la Justicia para solucionar controversia (con grave repercusión en el propio derecho de*

Em suma, os *mandados implícitos de criminalização secundária oriundos do Direito Constitucional*, ao passo que reconhecem ampla liberdade de configuração ao legislador em matéria prescricional, *impedem*, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade, na vertente da vedação de proteção deficiente, *o curso do prazo prescricional penal enquanto for juridicamente impossível a investigação, persecução e processamento penal dos fatos*. Verifica-se tal impossibilidade jurídica, por exemplo, nas hipóteses de imunidade processual do presidente da República, deputados e senadores, da suspensão do processo do réu revel citado por edital, da discussão administrativa do débito tributário na sonegação fiscal, da suspensão da investigação durante o período de vigência do acordo de transação penal, da suspensão do processamento por força de aplicação da sistemática da repercussão geral ou do recurso repetitivo pelo STF ou pelo STJ e da pendência de recursos constitucionais interpostos exclusivamente pela defesa, inviabilizando o trânsito em julgado e a execução imediata da pena.⁸⁷⁴ Ademais, seria sindicável a constitucionalidade - na ótica da proporcionalidade da insuficiência e do excesso - dos prazos e marcos interruptivos, em casos extremos, como na fixação de prazo prescricional manifestamente excessivo ou irrisório, devendo este juízo, porém, ser reservado a hipóteses extremas de manifesta inconstitucionalidade.⁸⁷⁵

Por outro lado, no que tange aos *mandados implícitos de criminalização secundária oriundos do DIDH*, de forma similar ao exposto nos itens anteriores, a Corte IDH considera *imprescritíveis* a apuração, persecução e processamento de graves violações a direitos humanos. Assim, *desde a ratificação da CADH pelo Brasil*, ou ao menos desde a submissão do país à jurisdição contenciosa da Corte IDH, *a norma supralegal de DIDH vinculante ao país por força dos compromissos internacionais assumidos impede o curso de prazos prescricionais relativos a tais fatos*. É preciso assinalar que a Corte IDH usa tal conceito de forma diversa e mais ampla do que o de *crimes contra a humanidade*, que são imprescritíveis por força de disposições do Estatuto de Roma, que constituiu o Tribunal Penal Internacional:⁸⁷⁶ o conceito de *graves violações de direitos humanos*, apesar de

acceso a la Justicia) y factor de estímulo para el incumplidor de los deberes sociales y el delincuente actuar, sin preocuparse mucho si irán o no a ser procesados, pues la mayoría no lo es o encuentra la falta prescripta". CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Caso GARIBALDI v. BRASIL. Sentença de Mérito de 23.09.2009. Série C n. 203. Voto apartado do juiz ad hoc Roberto de Figueiredo Caldas, parágrafo 25. Tal interpretação do DIDH, conquanto não seja vinculante frente à Constituição, serve para um diálogo de fontes e tribunais, devendo ser considerada também em sede de hermenêutica constitucional, para fins de interpretação sistemática da Constituição, e reforça a arbitrariedade de - além de se negar o direito da vítima a um julgamento em tempo razoável - ainda se permitir o curso do prazo prescricional quando há empecilho ou impossibilidade jurídica de promoção da investigação, persecução e processamento penal.

⁸⁷⁴ Conforme anotado supra, caso se consolide a mudança jurisprudencial do STF ocorrida no recentíssimo julgamento do HC 126.292, não se fará mais necessário aguardar o trânsito em julgado para a execução imediata da pena, sanando parte da problemática exposta. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 126.292. Rel. Min. Teori Zavascki. Julgamento em 17.02.2016.

⁸⁷⁵ Imagine-se, por exemplo, a hipótese de estabelecimento abstrato da imprescritibilidade de contravenções ou de prescrição semestral à pretensão punitiva do homicídio.

⁸⁷⁶ O Estatuto de Roma foi promulgado no Brasil pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, dispondo seu art. 29: "*Imprescritibilidade. Os crimes de competência do Tribunal não prescrevem*". De outro lado, ante o teor do art. 11,1 do Estatuto de Roma, trazendo uma limitação de competência *ratione temporis* do TPI a crimes cometidos após a

abranger as hipóteses de crime contra a humanidade, não exige que o ataque a um direito protegido pela CADH ocorra no contexto de uma política de ataques generalizados ou sistemáticos contra uma população civil, conhecida pelo agente, nem que tenha sido praticado por agentes estatais ou dentro do contexto de uma política pública.

Assim, como visto no item 3.3.1.2., além das hipóteses de execuções arbitrárias ou extrajudiciais perpetradas por agentes estatais dentro de uma política repressiva estatal (como em *BARRIOS ALTOS v. PERU* ou *ALMONACID ARELLANO v. CHILE*), a Corte IDH também afastou a prescritibilidade, por violação à CADH, em outros casos, como *BULACIO v. ARGENTINA*, onde os fatos não poderiam ser classificados como crimes contra a humanidade (tratava-se de maus-tratos a adolescente detido quando ia assistir apresentação de rock). Aqui, a Corte expressamente afastou a *convencionalidade* da prescrição da pretensão punitiva dos agentes públicos imputados, tendo a decisão sido acatada pela Suprema Corte argentina, que cassou a decisão nacional que havia reconhecido o decurso da prescrição, ainda que tenha mostrado discordância do teor do julgado interamericano. Também no caso *GUTIÉRREZ SOLER v. COLOMBIA*, relativo a tortura praticada em unidade policial anti-sequestro colombiana, a Corte IDH reconheceu a incompatibilidade com a CADH de disposições de prescrição, anistia, indulto, causas exculpantes e medidas que pretendam impedir a persecução penal ou suprimir os efeitos de uma sentença condenatória, já que o DIDH impõe a investigação e persecução penal de graves violações de direitos humanos, ainda que desconectadas dos pressupostos de crimes de lesa-humanidade.⁸⁷⁷ Dessarte, a Corte IDH reconheceu em diversos casos relativos a graves violações de direitos humanos, mesmo em regimes democráticos e desconexos a qualquer política oficial, a impossibilidade de óbices jurídicos acarretarem a impunidade de fatos como chacinas (execuções extrajudiciais, arbitrárias ou sumárias), tortura e sequestro, dentre outros, conforme verificado no item 3.3.1.2.1 supra.

O corolário da imprescritibilidade, todavia, não foi adjudicado em hipóteses que, evidentemente não poderiam ser rotuladas de *graves violações de direitos humanos*, como no caso *ALBAN*

entrada em vigor do Estatuto (o que ocorreu em 1º/09/2002), mantém-se discussão dentro do DIDH e do DPI se a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968, em vigor desde 11.11.1970, apenas reconhece obrigação consuetudinária de *jus cogens*, já extraível do sistema internacional de DIDH e das Nações Unidas, ou se tal tratado constitui tal dever de imprescritibilidade, vinculando apenas seus signatários, dentre os quais não se encontra o Brasil. No caso *ALMONACID ARELLANO v. CHILE*, relativa ao homicídio de cidadão chileno por agentes estatais responsáveis pela repressão política da ditadura então vigente, a Corte IDH expressamente considerou os fatos como um *crime contra a humanidade* (diante do contexto de uma política estatal repressiva) e daí afirmou que a imprescritibilidade dos crimes de lesa humanidade é norma internacional imperativa de *jus cogens*, que não nasceria da Convenção de Imprescritibilidade dos crimes de guerra e de lesa humanidade, mas apenas seria declarada por ela. Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Sentença de preliminares e mérito, de 26.09.2006, parágrafos 152 a 154. Sentença Série C, n. 154. De qualquer sorte, como o conceito de *graves violações de direitos humanos* adotado pelo SIDH tornou-se mais amplo do que aquele de *crimes contra a humanidade*, a discussão da imprescritibilidade destes não é pertinente ao objeto desta dissertação.

⁸⁷⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *GUTIÉRREZ SOLER v. COLOMBIA*, sentença de mérito de 12.09.2015, série C, n. 132, parágrafos 96 a 99.

CORNEJO v. EQUADOR, que versava sobre homicídio culposo decorrente de erro médico em hospital particular, e do caso ESCHER v. BRASIL, relativo a violação dos direitos à privacidade e intimidade decorrente de interceptação telefônica decretada com escassa fundamentação e seu posterior vazamento e divulgação, inclusive pela mídia, cf. item 3.3.1.2.2 supra.

Dessarte, *os mandados implícitos de criminalização secundária oriundos do DIDH*, em especial da CADH e da jurisdição da Corte IDH, impõem ao Brasil, com força supralegal (superior, conseqüentemente, às disposições trazidas pelo Código Penal), *a imprescritibilidade de graves violações de direitos humanos*, como execuções extrajudiciais, arbitrárias ou sumárias (chacinas), sequestros (desaparecimentos forçados), tortura, maus tratos, trabalho escravo, ou estupro praticados por agentes públicos, por grupos armados paraestatais e por macrocriminalidade cuja atuação é propiciada pela incapacidade, omissão, tolerância, conivência ou participação de agentes estatais. Tais restrições à esfera de liberdade legislativa e à ação dos poderes e órgãos estatais (inclusive o Poder Judiciário e o Ministério Público) se afiguram compatíveis com a CRFB/88 e consentâneas com a tutela dos direitos humanos e fundamentais, da dignidade da pessoa humana e com o reconhecimento constitucional à um tribunal internacional de direitos humanos (CRFB/88, art. 1º, III, 4º, II e p. único e ADCT, art. 7º).

5.3.6 Vedação de óbices processuais (procedimento *ex officio*).

Outro efeito direto dos mandados implícitos de criminalização secundária se relaciona com a impossibilidade do estabelecimento de óbices processuais que tornem impossível ou inviável a persecução penal.

Na seara internacional, a CADH e a jurisprudência da Corte IDH consideram violar o DIDH qualquer óbice legal à investigação e persecução penal de ofício de graves violações de direitos humanos, exigindo que haja uma investigação estatal, de ofício, séria e adequada sobre tais fatos e que seja promovida a respectiva persecução penal. Assim, violaria a CADH e seria colidente com a jurisdição da Corte IDH o condicionamento da persecução penal à representação da vítima ou de seus sucessores nos casos de graves violações de direitos humanos, como p.ex. execuções sumárias, desaparecimentos forçados e tortura.

De forma semelhante, seria incompatível com a CRFB/88 a imposição de tal fardo a atos que constituam graves atentados contra direitos fundamentais, como o estupro seguido de morte ou de lesões corporais graves. Assim, uma tal interpretação do art. 225, *caput*, do Código Penal, na redação trazida pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, conquanto literalmente possível, seria inconstitucional, por violar o princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição de proteção deficiente da dignidade sexual das vítimas de estupro qualificado. Em tal sentido, como foi exposto no item 2.5.5.j, ajuizou o PGR a ADI 4.301 pedindo seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de

texto, do *caput* do art. 225 do CP, para excluir do seu âmbito de incidência os crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, em relação aos quais requer se reconheça a persistência da regra geral de que a ação penal é pública e incondicionada. O PGR afirma que a referida condição de procedibilidade da ação penal em casos tais, de altíssima gravidade e direta violação a direitos fundamentais como a vida, integridade física e liberdade sexual, "constitui franca transgressão ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e ao princípio da proibição da proteção deficiente, importante vertente do princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF)". Assim, o dever de proteção penal de bens jurídicos de índole constitucional não poderia ser obstado por empecilho processual sem que houvesse uma forte razão a justificar a opção legislativa, sob pena de se deixar vulneráveis bens jurídicos essenciais à dignidade da pessoa humana. Ademais, a falta de razoabilidade da previsão decorreria, ainda, que nos demais crimes definidos na legislação com resultado morte ou lesão corporal grave, a ação penal é sempre pública e incondicionada, não sendo sustentável o tratamento diferenciado em relação ao crime de estupro.

Percebe-se, pois, que outro consectário dos mandados constitucionais e internacionais implícitos de criminalização secundária é a invalidade, por inconstitucionalidade ou inconveniência, de norma que imponha obstáculo processual ou condição de procedibilidade à investigação e persecução penal de graves violações de direitos humanos ou de crimes que encerrem graves atentados a direitos fundamentais.

5.3.7 Deveres institucionais: exigência de instituições eficazes para a investigação e persecução penal e de adoção de políticas públicas de combate à impunidade.

Além de consequências normativas que invalidam normas jurídicas por inconstitucionalidade ou inconveniência, os mandados implícitos de criminalização, provenientes do DIDH ou da Constituição, determinam a adoção de políticas públicas que visem maior eficiência e estruturação administrativa de órgãos responsáveis pela investigação criminal para a prestação do direito fundamental à segurança pública.⁸⁷⁸ Assim há um condicionamento constitucional - e internacional - determinando uma maior eficiência e adequação das atividades investigativas e persecutórias penais, bem como de duração razoável dos respectivos processos penais - como garantias não apenas do imputado e dos suspeitos, *mas também das vítimas* de graves violações de direitos humanos e da sociedade.

Ainda que se permita uma grande margem de discricionariedade administrativa acerca do *modo* de melhor atingir a eficiência e adequação deste serviço público, medidas que claramente contribuem

⁸⁷⁸ A necessidade de eficiência na apuração dos crimes é postulada desde BECCARIA, quando sustentava que mais que a gravidade da pena, a sua infalibilidade era o maior freio ao impulso delitivo, tendo a certeza da punição, ainda que moderada, um efeito preventivo maior do que um castigo mais severo, conjugado à esperança da impunidade. V. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicin e Alessandro Berti Contessa. 2a. Ed, 5a. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 91-92.

para tal meta, como a informatização de órgãos de investigação criminal e segurança pública, a alocação, disponibilização e liquidação efetiva dos respectivos recursos orçamentários, a entrega de insumos técnicos necessários à perícia criminal forense (frequentemente esvaziada ou impossibilitada pela falta de instrumentos e equipamentos básicos e inerentes à perícia), garantia da segurança e proteção de investigadores e operadores da Justiça, testemunhas, vítimas e réus colaboradores, a criação de forças-tarefas, e uma maior transparência, presteza e celeridade no curso das investigações seriam exigíveis a partir dos mandados implícitos de criminalização constitucionais e provenientes do DIDH.⁸⁷⁹ Também nesta seara, os mandados de criminalização, como inerente às normas principiológicas, se consubstanciam em *mandados de otimização* da função estatal de investigação criminal, persecução e processamento penal, determinando a necessidade de eficiência administrativo-procedimental, a indicar a necessidade de se trabalhar com metas e objetivos quantificáveis, cobrados e perseguidos por todos os atores envolvidos. Assim, exige-se conduta estatal ativa não apenas para prover a perícia criminal forense e os órgãos de investigação criminal de meios, insumos e recursos, mas sobretudo para fornecer padrões e rotinas de conduta e cobrar-lhes metas de produtividade na conclusão de investigações e de celeridade no trâmite e julgamento de processos, como vem sendo paulatinamente implementado pelo CNMP e CNJ, ainda que em parâmetros manifestamente incompatíveis com a CADH, como apontado no item 3.3.1.2.a supra, e sem a indispensável adequação de rotinas da investigação policial e da perícia criminal.⁸⁸⁰

Ademais, medidas despropositadas que claramente contribuem para a burocratização e perda de eficiência da investigação, como a tramitação triangulada de inquéritos policiais entre a polícia e o Ministério Público, através do cartório judiciário, seriam inconstitucionais e inconventionais também

⁸⁷⁹ A guisa de exemplo, vide: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso MASACRE DE LA ROCHELA vs. COLÔMBIA. Sentença de mérito e reparações de 11.05.2007. Série C, n. 163, parágrafos 194 e 195: "194. *Los Estados tienen el deber de iniciar ex officio, sin dilación y con debida diligencia, una investigación seria, imparcial y efectiva, tendiente a establecer plenamente las responsabilidades por las violaciones. Para asegurar este fin es necesario, inter alia, que exista un sistema eficaz de protección de operadores de justicia, testigos, víctimas y sus familiares. Además, es preciso que se esclarezca, en su caso, la existencia de estructuras criminales complejas y sus conexiones que hicieron posible las violaciones. En tal sentido, son inadmisibles las disposiciones que impidan la investigación y eventual sanción de los responsables de estas graves violaciones. 195. En casos de graves violaciones a los derechos humanos, las obligaciones positivas inherentes al derecho a la verdad exigen la adopción de los diseños institucionales que permitan que este derecho se realice en la forma más idónea, participativa y completa posible y no enfrente obstáculos legales o prácticos que lo hagan ilusorio.* (...) " (grifo nosso).

⁸⁸⁰ Veja-se, por exemplo, que após ser condenado pela Corte IDH, o México estabeleceu uma série de medidas administrativas para uma investigação mais efetiva de delitos, criando uma rede de cooperação entre diversas instâncias de segurança pública e persecução penal, implementando uma busca imediata quando do registro de um desaparecimento de crianças e mulheres e protocolos de investigação nacionais para desaparecimentos, violência sexual e feminicídio. Cf. DONDÉ, Javier. Influencia de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en México. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (edits). Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer. Berlin/Bogotá: 2013, p. 323-325.

por violar o dever de eficiência da investigação criminal de graves violações de direitos humanos e graves ataques a direitos fundamentais.⁸⁸¹

A propósito da implementação de políticas públicas determinando *standards* mínimos de investigação a serem seguidos, o CNMP expediu recentemente a Recomendação nº 31, de 27.01.2016, indicando a necessidade de que os membros do MP fiscalizem e exijam a observância dos princípios e regras das Nações Unidas em casos de tortura (Protocolo de Istambul) bem como do protocolo brasileiro de perícia forense. Assim, sempre que receberem fundadas notícias da prática de tortura devem formular quesitos indagando ao perito-legista acerca da existência de indícios de tortura física ou psíquica ou de execução sumária e promover a adequada instrução dos inquéritos policiais e processos judiciais, listando a recomendação diversos documentos a serem juntados e oitivas a serem realizadas.⁸⁸²

5.3.8 Responsabilidade civil do Estado às vítimas (e sucessores) em caso de manifesta omissão estatal na investigação e a necessidade de políticas públicas de proteção às vítimas.

Outra consequência - que vem sendo reiteradamente declarada pela jurisprudência da Corte IDH - é a responsabilidade civil do Estado em reparar o dano material e moral sofrido pelas vítimas de graves violações de direitos humanos e seus sucessores. Tal dever se extrai da CADH e da jurisprudência da Corte IDH não apenas quando se identifica a participação de agentes públicos em atos de tortura ou execuções sumárias, ou o conluio ou omissão em impedi-los, *mas também quando estes atos* - e outros que importem em graves violações de direitos humanos - *não são adequadamente apurados*, omitindo-se o Estado em promover a regular investigação criminal, persecução e processo penal em tempo razoável.

Assim, uma consequência jurídica do descumprimento do dever de adoção de políticas públicas de combate à impunidade é o reconhecimento internacional da responsabilidade civil do Estado para com as vítimas, familiares e sucessores. Ainda que não seja constitucionalmente exigível, parece recomendável, inclusive, *de lege ferenda*, a criação de um fundo nacional para indenização das vítimas de atos criminosos que importem em graves atentados a direitos fundamentais e prestação de serviços

⁸⁸¹ André de Carvalho Ramos chega a afirmar que a face punitiva da jurisprudência da CorteIDH com relação a graves violações de direitos humanos "*exige modificações no obsoleto sistema do inquérito policial brasileiro, que elucida menos de 8% dos crimes contra a vida*". Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2a.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 340 A tramitação direta de inquéritos policiais entre a polícia e o Ministério Público é estabelecida, ainda, pela Resolução do Conselho de Justiça Federal nº 63, de 26 de junho de 2009, e recomendada pelo CNJ, cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Plano de gestão para o funcionamento de varas criminais e de execução penal, p. 41. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-criminal/plano-gestao-varas-criminais-cnj.pdf>. Acesso em 9 de janeiro de 2016.

⁸⁸² BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Recomendação nº 31, de 27 de janeiro de 2016. Disponível em <http://www.cnmp.gov.br/portal_2015/images/Propostas/recomendacao-31-2016-protocolo-istambul.pdf>. Acesso em 27 de fevereiro de 2016. Recomenda-se que se atente para a necessidade de constar nos autos de inquérito policial e processo judicial, sempre que possível, fotografias e filmagens dos agredidos, de que estes aponham suas digitais no AECD respectivo para evitar fraudes, que se obtenha a listagem geral dos presos da unidade, bem como que se requisite cópia do livro de enfermaria da unidade e se promova à oitiva de servidores e diretores, dentre outras medidas.

de apoio psicológico e assistencial, em especial com verbas de multas criminais, reparações individuais e custas judiciais, bem como de *concretização* do direito das vítimas de crimes violentos ao apoio psicológico, assistencial e jurídico, bem como à privacidade e a informações e participação nos atos da investigação e processo penal, como existente em outros países.⁸⁸³

5.3.9 Da criminalização primária: ADO, MI e diálogos institucionais. Da responsabilidade internacional.

Por fim, em que pese ser inviável a *tipificação judicial* ou a *criação de tipos penais por analogia*, por força da regra da reserva legal, não se devem excluir como efeitos dos mandados de criminalização a possibilidade de decisões judiciais - em sede de jurisdição constitucional, que promovam a abertura de um diálogo institucional com o Poder Legislativo acerca da necessidade de criminalização primária de condutas que importem em graves atentados contra direitos fundamentais, ou declarem sua mora em fazê-lo.

Assim, é possível, p.ex., o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) para que seja *declarada a mora do legislador* em relação à criminalização de uma conduta que importe em grave ataque contra direitos fundamentais, cientificando-se o Poder Legislativo de que está incidindo em omissão inconstitucional.

Por outro lado, não pode ser admitida a utilização do Mandado de Injunção (MI) para a finalidade de tipificação judicial de condutas pelo STF, ante o óbice, supraexposto, da garantia da

⁸⁸³ Para regras mínimas de proteção dos direitos das vítimas de crimes violentos nos países da União Europeia, vide a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, assegurando um padrão mínimo prevendo a necessidade de esclarecimento de direitos de apoio psicológico, sanitário, jurídico, proteção, condições de indenização e tradução, os procedimentos investigativos e do processo penal e os deveres das respectivas autoridades para com as vítimas, o direito da vítima de optar por receber informações sobre o processo (como o arquivamento da investigação e a data e local do julgamento e natureza da imputação), o fornecimento de apoio psicológico e serviços de abrigo quando houver risco de vitimização secundária e repetida, intimidação ou retaliação, o direito a ser ouvido no processo penal, o direito de solicitar o reexame de uma decisão de arquivamento, o direito à inexistência de contato entre a vítima e o autor do crime, assegurando-se salas de espera separadas para as vítimas, a avaliação individualizada para identificar as necessidades de proteção das vítimas e seus familiares contra retaliações, intimidações e vitimização repetida, em especial de vítimas vulneráveis, como aquelas do terrorismo, da criminalidade organizada, da violência sexual, das vítimas com deficiências e vítimas de crimes de ódio (veja-se que vela o Direito Penal e Processual Penal não apenas pela *individualização da pena*, mas também pela *individualização do atendimento à vítima...*), dentre outros. A Diretiva estabelece a data de 16.11.2015 como prazo para sua regulamentação e cumprimento pelos 28 países da UE. V. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012L0029&from=EN>, http://ec.europa.eu/justice/criminal/victims/rights/index_en.htm e http://ec.europa.eu/justice/criminal/victims/compensation/index_en.htm. Já a Diretiva 2004/80/CE do Conselho, de 29 de abril de 2004 estabeleceu a necessidade de indenização estatal às vítimas de crime violento que tenham sofrido crimes em um país europeu diverso daquele de sua residência. V. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0080&from=EN>. Na Alemanha, por exemplo, a Lei de Indenizações de Vítimas de 1985 (*Opferentschädigungsgesetz*) prevê assistência médica, insumos (medicamentos, próteses), tratamento de reabilitação e mesmo um pensão mensal variável para vítimas de crimes violentos. V. <http://www.bmas.de/DE/Themen/Soziale-Sicherung/Soziale-Entschädigung/Opferentschaedigungsrecht/oeg.html> e <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/oeg/gesamt.pdf>. Neste sentido, constituiu avanço a introdução, pelas Leis 11.690/2008 e 11.719/08, do direito do ofendido à comunicação acerca dos atos processuais, da previsão de espaço separado para o ofendido e *seu encaminhamento* a atendimento multidisciplinar (cf. nova redação dada ao art. 201 do CPP) e da previsão de fixação de valor mínimo de reparação dos danos causados pela infração ao ofendido na sentença condenatória (cf. redação dada ao art. 387, IV, do CPP).

reserva legal (CRFB/88, art. 5º, XXXIX). Em que pese o STF haver modificado seu entendimento acerca da eficácia da sentença concessiva de MI, quando do julgamento dos MIs 670, 708 e 712⁸⁸⁴, em 25.10.2007, regulamentando o exercício do direito de greve por servidores públicos ante a omissão legislativa inconstitucional, não se faz viável a utilização de MI buscando a criminalização de condutas. Explica-se: o art. 5º, LXXI, da CRFB/88, prevê que será concedido MI sempre que "a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Ora, mesmo que a criminalização venha em adimplemento a um dever de proteção estatal, não se pode *tout court* dizer que *ela* torna possível o exercício de direitos e liberdades constitucionais pela vítima, que antes lhe eram negados: assim, sem embargo de poder contribuir para a fruição de direitos fundamentais pelas (potenciais) vítimas ou seus familiares, em determinadas hipóteses (pense-se, p.ex., na escravidão, no sequestro/desaparecimento forçado ou em execuções sumárias em contexto de macrocriminalidade), não se pode dizer que a tipificação de uma conduta seja *absolutamente necessária* para *viabilizar* o exercício de direito por parte da vítima. Logo, o MI é meio processual inadequado para a criminalização de uma conduta atentatória a direitos, mesmo que fosse superável o óbice trazido pela garantia da reserva legal.⁸⁸⁵

Por outro lado, em caso de mora legislativa na efetivação de mandados de criminalização, é possível ainda cogitar da utilização pelo STF da técnica das sentenças de apelo ao legislador (*Appellentscheidungen*), criadas pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (TCFA). Como MENDES explica, o TCFA por vezes reconhece que determinada situação jurídica *ainda não se tornou inconstitucional*, exortando o legislador a proceder à correção ou adequação da situação, inclusive pelo cumprimento do dever constitucional de legislar, sanando omissão ilícita. Em alguns casos ligados à implementação de direitos sociais, o TCFA chegou a fixar um prazo ao legislador, findo o qual determinou que seu acórdão passasse a regular a hipótese.⁸⁸⁶

⁸⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MI 670, 708 e 712. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 25.10.2007. DJe 31.10.2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+708%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+708%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/chjgwev>. Acesso em 25.02.2016.

⁸⁸⁵ Trata-se da posição adotada pelo Relator do MI 4.733, Min. Ricardo Lewandowski, em decisão monocrática de 23.10.2013, não conhecendo do referido mandado de injunção, que postulava a criminalização da homofobia (cf. itens 2.5.5.k e 5.2 supra) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MI 4.733. Min. Ricardo Lewandowski. Decisão de 23.10.2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4239576>. Acesso em 23.02.2016.

⁸⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 396-424. A hipótese em tela se referia à edição de lei assegurando a igualdade dos filhos havidos fora do casamento. O autor salienta que as sentenças de apelo ao legislador não são imunes de críticas na Alemanha, porquanto foram criadas pela praxe jurisprudencial do TCFA, sem base normativa específica, e subtrairiam o legislador da responsabilidade política de concretizar direitos constitucionais. Por fim, narra que os apelos ao legislador podem constar tanto da parte dispositiva do julgado, como no caso referido em que se fixou prazo ao legislador, como de considerações *obiter dictum*.

Entretanto, afigura-se incompatível com ordenamento constitucional brasileiro a fixação de prazos e a tipificação judicial de condutas, assim como a fixação prévia de parâmetros legislativos específicos pelo STF, por violação à separação dos poderes e à regra da legalidade estrita. Sem embargo, tais decisões declaratórias de mora legislativa ou de apelo ao legislador podem servir para que *se inicie um diálogo* entre os poderes constitucionais e para jogar luz sobre a necessidade de criminalização de determinadas violações a direitos fundamentais, a ser deliberada pelo Parlamento.

De forma análoga, no plano internacional tampouco é possível a criação jurisdicional de tipos penais, podendo quando muito ser declarada a responsabilidade internacional do Brasil pela violação à CADH ou à decisão da Corte IDH. Em complemento, podem ser impostas multas em favor das vítimas e sucessores e, mesmo, ser encaminhado relatório à Assembleia-Geral da OEA cientificando o descumprimento pelo país de seus compromissos internacionais. Tais consequências são aptas a provocar repercussões internacionais de ordem geopolítica e econômica, além de desmoralizar o país em suas relações internacionais, máxime caso os descumprimentos se tornem reiterados.

5.4 Outros limites do instituto.

Além do limite da impossibilidade de tipificação jurisprudencial, ante o óbice constitucional da reserva legal, existem outros limites constitucionais que obstruem ou condicionam as consequências jurídicas acima expostas.

5.4.1 Limites decorrentes da coisa julgada. Coisa julgada fraudulenta.

A CRFB/88 assegura em seu art. 5º, XXXVI, que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Impõe-se, pois, um limite objetivo à eficácia dos mandados de criminalização secundária: não é constitucionalmente possível a desconsideração da coisa julgada ou o renascimento de uma punibilidade validamente extinta. Tais garantias constitucionais são enunciadas por meio de regras, dispondo de primazia em face de princípios que lhe são contrapostos.⁸⁸⁷

Contudo, tais garantias vão se colocar em choque com a firme jurisprudência da Corte IDH, que determina a desconsideração da coisa julgada ou da irretroatividade da lei penal mais gravosa para o cumprimento das obrigações estatais de persecução penal de graves violações de direitos humanos. Vejamos: como examinado no item 3.3.1 e 3.3.2, no caso BARRIOS ALTOS v. PERU, a Corte IDH considerou inadmissíveis, por violarem a CADH, as leis concessivas de anistia ou de excludentes de responsabilidade, bem como a extinção da punibilidade pela prescrição ou pela decadência, tendo considerado a partir do caso ALMONACID ARELLANO v. CHILE que o reconhecimento de sua

⁸⁸⁷ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4a. Ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 450-452. É de se admitir, contudo, que tais regras encerram conceitos jurídicos indeterminados, como aqueles de *direito adquirido*, *ato jurídico perfeito*, *coisa julgada* e *lei penal menos gravosa*: entretanto, a determinação destes conceitos constitucionais não é fruto do exclusivo arbítrio do legislador, mas da hermenêutica e interpretação constitucional.

invalidez deveria ocorrer mesmo que a lei de anistia tivesse sido editada - ou o decurso do prazo prescricional tivesse ocorrido - em data anterior à ratificação da CADH pelo país, considerando que a persistência de seus efeitos após a ratificação da CADH importava em nova e atualizada violação à Convenção. No mesmo julgado, considerou que a garantia da coisa julgada não era absoluta e é inaplicável quando: a) o julgamento que resultou em absolvição, impronúncia, declaração de extinção de punibilidade ou arquivamento foi promovido com o propósito de subtrair o acusado de sua responsabilidade; b) quando o processo não tiver sido instruído de forma independente e imparcial conforme as garantias processuais (do réu e das vítimas); c) quando não tiver havido intenção real de submeter o acusado a um julgamento justo, produzindo, em todas estas hipóteses, apenas uma *coisa julgada "aparente" ou "fraudulenta"*; d) ainda que não seja este o caso, *se aparecerem novos fatos ou provas que possam permitir a determinação dos responsáveis de violações a direitos humanos e de crimes de lesa-humanidade*, devem ser reabertas as investigações, *ainda que haja uma sentença absolutória com qualidade de coisa julgada*.⁸⁸⁸

De forma semelhante, no julgamento do caso LA CANTUTA v. PERU, considerando a *suspensão da institucionalidade democrática* e a *aberta intervenção* no Poder Judiciário e no Ministério Público pela autoridade de fato, determinou fosse afastado o impedimento da coisa julgada absolutória proveniente da juízo militar (cujos integrantes eram militares da ativa, subordinados ao Executivo), considerando tratar-se de um *processo montado* para encobrir os fatos e garantir a impunidade. Em complemento, determinou em GOMES LUND v. BRASIL e em GELMAN v. URUGUAI a superação do óbice da anistia⁸⁸⁹ e em MASACRE DE LA ROCHELA v. COLOMBIA reiterou que a coisa julgada apenas implica a intangibilidade de uma sentença "quando se chega a esta respeitando-se o devido processo legal de acordo com a jurisprudência da Corte IDH" e que, por outro lado, se aparecerem novos fatos ou provas que permitam a determinação dos responsáveis por graves violações de direitos humanos (tratava-se de chacina de servidores judiciários por grupo armado) poderiam ser reabertas as investigações, ainda que haja sentença absolutória com qualidade de coisa julgada.⁸⁹⁰

Determinação análoga de descon sideração da coisa julgada absolutória foi feita em GUTIÉRREZ SOLER v. COLOMBIA e GUTIÉRREZ Y FAMILIA v. ARGENTINA por tê-las como fraudulentas em função de *comprovada distorção no exercício das funções persecutórias e judiciais*, e de *inadequação dos standards de investigação e instrução utilizados com relação aos parâmetros*

⁸⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso ALMONACID ARELLANO Y OTROS v. CHILE. Sentença de mérito e reparações de 26.09.2006, Série C, n. 154

⁸⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso GOMES LUND E OUTROS v. BRASIL. Sentença de preliminares, mérito e reparações, de 24.11.2010. Série C, n. 219.

⁸⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso MASACRE DE LA ROCHELA vs. COLÔMBIA. Sentença de mérito e reparações de 11.05.2007. Série C, n. 163, parágrafo 197.

*internacionais exigíveis*⁸⁹¹ porquanto não foram respeitadas as regras do devido processo, assinalando que as sentenças "*emanadas en procesos que no cumplieron los estándares de la Convención Americana*" não fazem coisa julgada frente ao dever convencional de investigar, processar e punir os responsáveis de graves violações de direitos humanos.⁸⁹²

Como assentou-se nos itens 3.3.1.d, 3.3.2 e 4.8, os óbices da coisa julgada e da proteção às situações jurídicas consolidadas do direito adquirido e ato jurídico perfeito e da irretroatividade da lei penal mais gravosa, no Direito brasileiro não podem ser superados pelo DIDH, na medida em que estas garantias têm sede constitucional, dispondo, consoante a jurisprudência do STF, de força normativa superior àquela outorgada à CADH e ao DIDH. Destarte, como assinalado no item 4.8, ainda que as decisões da Corte IDH tenham força vinculante no Brasil e devam ser cumpridas por todos os órgãos e Poderes (tendo sido refutado o argumento de sua eficácia apenas no plano internacional, ante a submissão brasileira à sua jurisdição contenciosa, o princípio da boa fé⁸⁹³ e as normas constitucionais do art. 1º, II e 4º, II da CRFB/88 e art. 7º do ADCT), *o compromisso internacional assumido não importa em renúncia ou subtração da jurisdição constitucional brasileira*, sob pena de sua nulidade tanto no plano interno⁸⁹⁴ como no internacional⁸⁹⁵.

Dessa forma, se todos os poderes e órgãos internos devem exercer um controle de convencionalidade das normas e atos internos, para verificar sua compatibilidade com a CADH e sua interpretação pela jurisprudência da Corte IDH, este controle de convencionalidade não é sucessivo, senão *subordinado* ao controle de constitucionalidade a que as próprias normas da CADH e sua interpretação pela jurisprudência da Corte IDH devem ser submetidas. Por via de consequência, as sentenças e decisões da Corte IDH não podem ser cumpridas no Brasil quanto importarem em violação à Constituição, conforme a interpretação dada pela jurisdição constitucional brasileira.

Com efeito, se houver coisa julgada válida absolvendo um imputado de graves violações de direitos humanos ou lhe reconhecendo o direito à anistia ou à prescrição - ou ainda *se já tiverem*

⁸⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso GUTIÉRREZ Y FAMÍLIA v. ARGENTINA. Sentença de mérito de 25.11.2013. Série C, n. 271, parágrafos 42, 129-130.

⁸⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso GUTIÉRREZ SOLER v. COLOMBIA, sentença de mérito de 12.09.2015, série C, n. 132, parágrafos 96 a 99.

⁸⁹³ O princípio da boa fé no Direito Internacional, trazido pela regra *pacta sunt servanda* é norma internacional costumeira de *jus cogens*, imperativa, tendo sido reiterada pelo art. 26 da Convenção de Viena sobre direito dos tratados, de 23.05.1969, internalizada no país conforme Decreto 7.030, de 14.12.2009, dispondo que "*Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé*", e pelo art. 27 do mesmo tratado, assinalando que, em regra, não se pode invocar disposições de direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. A exceção se daria caso houvesse manifestação violação de disposição constitucional sobre competência para celebrar tratados (cf. art. 46 da Convenção de Viena).

⁸⁹⁴ Por permitir à Corte IDH o exercício de um poder supraconstitucional incontrolável, importando não uma relativização, senão o fim da soberania nacional, o que não se mostra compatível com o art. 1º, I, e 4º, I, da CRFB/88, não sendo válido, portanto, qualquer ato neste sentido.

⁸⁹⁵ Conforme art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, consolidando e declarando costumes internacionais acerca da aplicação de tratados. A convenção formalmente ingressou no direito interno brasileiro através do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

operado seus efeitos leis válidas de anistia, prescrição, decadência ou ato válido de indulto, *tornando extinta a punibilidade*, não terão as sentenças da Corte IDH, a CADH ou o DIDH força normativa para, retroativamente, desconstituir tais situações jurídicas já constitucionalmente consolidadas. Não se pode, pois, *ressuscitar uma responsabilidade penal já extinta*.⁸⁹⁶ Dessa forma, não é possível superar os óbices constitucionais da coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito para retroagir, *in malam partem*, a lei penal e desconstituir situações jurídicas favoráveis ao réu já consolidadas.⁸⁹⁷

Entretanto, se a lei ou o ato que extinguiu a punibilidade já fossem inválidos ao tempo de sua edição e incidência, por inconstitucionalidade, ou por violar a CADH acaso já em vigor à época no país, ou se a coisa julgada for fraudulenta, nestas estreitas hipóteses se faria possível a superação destes óbices, porquanto viciados desde a origem (não produzindo a princípio nenhum efeito, *ab ovo*, a lei inconstitucional ou a lei que viole o DIDH em vigor).

Em relação à coisa julgada fraudulenta, como indicado no item 3.3, não se concorda com a elasticidade outorgada pela Corte IDH a tal conceito, devendo este - por dizer respeito a óbice constitucional - ser interpretado de forma sistemática com as demais normas constitucionais: assim, poder-se-ia considerar *coisa julgada fraudulenta* um *simulacro de sentença*, obtido dolosamente mediante comprovada coação, corrupção ou colusão, ou por um tribunal de exceção constituído em

⁸⁹⁶ Expressão de Alicia Gil Gil, para quem tratar-se-ia do *mais evidente atentado contra a segurança jurídica* e de um *limite absoluto*, inclusive para os signatários da Convenção sobre Imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade. V. GIL GIL, Alicia. Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (edits). Berlín/Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer Oficina Uruguay, 2011, p. 330.

Veja-se que mesmo a doutrina alemã e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (TCFA) considerando as normas prescricionais como meramente processuais e, conseqüentemente, não abrangidas pela proibição constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa do art. 103, II, da Constituição alemã, sob o argumento de que a ação punível uma vez cometida não perde seu caráter criminal pela forma como pode ser objeto de persecução penal, mesmo aceitando a prorrogação por lei de prazos prescricionais em curso *não admite que se reavive prazos prescricionais já extintos*, permitindo, apenas, a prorrogação ou declaração de imprescritibilidade de prazos prescricionais *ainda em curso*. Cf. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Edit. WOISCHNIK, Jan. Org. e Introd. MARTINS, Leonardo. Trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Galdes Ferreira. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V./Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, 2005, p. 934-939. O autor comenta o caso BVerfGE 25,269 (*Verfolgungsverjährung* - em trad. livre: prescrição da persecução, ou prescrição da pretensão punitiva), no qual o TCFA validou a prorrogação do prazo prescricional para crimes punidos com prisão perpétua em processos penais contra acusados de homicídios à época do regime nacional-socialista, salientando que o princípio do Estado de Direito envolve tanto segurança jurídica como justiça material.

⁸⁹⁷ Alicia Gil Gil anota a ocorrência de tal questão também frente às sentenças do TEDH, nos casos em que a *restitutio in integrum* exigiria a reabertura de processo judicial, violador do devido processo legal estabelecido pela CEDH, já transitado em julgado, assinalando que a Recomendação n. 2, de 2000, do Comitê de Ministros para a reabertura de certos processos no plano interno como consequência de sentenças do TEDH animou alguns Estados a estabelecer mecanismos para tanto, introduzindo em seus sistemas jurídicos novas causas de rescisão ou revisão da coisa julgada na hipótese de condenação pelo TEDH (indicando que países como a Áustria, Alemanha, Bélgica, França, Grécia, Suécia e Reino Unido, dentre outros, adotaram tal procedimento, que seria impossível para Portugal e Itália e controvertido na Espanha e Irlanda). V. GIL GIL, Alicia. Eficácia de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito penal y procesal penal en España. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (edits). Berlín/Bogotá: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2013, p. 286-288.

época de suspensão da institucionalidade democrática. Afora tais casos excepcionais, onde realmente não há julgamento - ainda que incorreto - a ser coberto pelo manto da coisa julgada, não se pode desprezar ou superar tal óbice como pretende a jurisprudência da Corte IDH.⁸⁹⁸

De outro lado, a determinação da Corte IDH de que mesmo a coisa julgada efetiva pode ser desconsiderada caso surjam novas provas que determinem a responsabilidade de perpetradores de graves violações de direitos humanos pode ser compatibilizada com a garantia constitucional da coisa julgada apenas se interpretada como sendo referente a *outras pessoas* que não tenham participado da relação processual originária: assim, a absolvição ou condenação de alguns réus, ainda que transitada em julgado, não impede a continuidade ou reinício das investigações com relação a *outras pessoas que sejam responsáveis por tais fatos*, como de regra já ocorre em nosso sistema jurídico.

5.4.2 Da reserva temporal brasileira à jurisdição da Corte IDH. Justiça de transição, crimes contra a humanidade e crimes permanentes.

De forma semelhante, não podem as decisões da Corte IDH determinar a criminalização secundária de fatos anteriores à submissão brasileira à jurisdição da Corte e já definitivamente resolvidos no âmbito interno. O Brasil aceitou a jurisdição da Corte IDH através do Decreto 4.463, de 8 de novembro de 2002, para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, data do depósito da declaração de aceitação da competência obrigatória da Corte IDH pelo país, na Secretaria-Geral da OEA. Ainda que se possa reconhecer à Corte IDH a capacidade de firmar e delimitar suas próprias competências (conforme o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* ou *compétence de la compétence*), de forma similar o STF dispõe de competência para deliberar sobre sua competência para jurisdição constitucional, a qual vela pela garantia da coisa julgada, do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e

⁸⁹⁸ Em sentido semelhante, criticando a extensão da relativização da coisa julgada pela Corte IDH, v. ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão; e MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Ne bis in idem* e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela. Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer: Berlín/Montevideo, 2011.

Veja-se que outros ordenamentos jurídicos, como o colombiano, em que se reconhece que o DIDH compõe o bloco de constitucionalidade, passaram a prever a possibilidade de revisão criminal de sentenças absolutórias ou condenatórias em casos de violações de direitos humanos. Assim, sempre que houver uma declaração judicial, nacional ou interamericana, assinalando o descumprimento do dever estatal de investigar de maneira séria e imparcial fatos que constituam violações de direitos humanos ou infração ao DIDH, a coisa julgada não seria óbice à realização de novo julgamento. Cf. APONTE, Alejandro. Sistema Interamericano y derecho público interno: ampliación de los efectos de la acción de revisión en el caso de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. In: AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (edits). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer. Berlin/Bogotá: 2013.

Diante do ordenamento jurídico brasileiro, defende-se que a mera ineficiência ou incapacidade de investigação ou instrução criminal *não são* aptas a flexibilizar a coisa julgada, situação que deve ser restrita às excepcionais hipóteses de fraude, tal qual assinalado supra.

pela irretroatividade da lei penal mais gravosa, não estando juridicamente subordinado à Corte IDH, como analisado nos itens 4.6 e 5.4.1 supra.

Como corolário, mesmo que entenda a Corte IDH que pode dispor sobre a conduta omissiva atual de um Estado (do Brasil, p.ex.) em relação à apuração de uma violação de direitos humanos anterior à submissão brasileira à jurisdição internacional, sob o argumento de constituir a atual omissão em apurá-lo e penalizá-lo nova violação à CADH, tal competência é limitada - ao menos em sede interna - pela garantia constitucional de preservação das situações jurídicas já consolidadas: mesmo podendo determinar maior diligência administrativa em uma investigação ou instar por celeridade no processamento de um feito, ainda que relativo a fato anterior a 10.12.1998, *não pode a Corte IDH exigir a desconstituição de situação jurídica já consolidada em 10.12.1998, para ressuscitar uma punibilidade já extinta àquela data.*⁸⁹⁹

Dessa forma, mesmo o DIDH e a jurisprudência da Corte IDH sendo vinculantes e tendo força normativa para impor a invalidade de leis de anistia e de normas relativas à prescrição, decadência e indulto, *caso já exauridos seus efeitos e operada a extinção da punibilidade antes* da submissão brasileira à jurisdição internacional, em 10.12.1998, não se pode falar em omissão atual do país após tal data, nem se pode retroagir a aplicação da CADH ou das decisões da Corte IDH para desconstituir aquelas situações jurídicas já consolidadas, *se* forem válidas à luz do direito constitucional e internacional à época vigente.

Em relação à Lei 6.683/79, como aludido pelo Min. Cesar Peluzo no julgamento da ADPF 153, os efeitos da lei concessiva de anistia não dependem de nenhuma sentença declaratória, decorrendo "do só contato da lei com o fato", que torna extinta a punibilidade e consolida as situações jurídicas resguardadas pelo princípio constitucional da segurança jurídica.⁹⁰⁰ A grande questão, a nosso sentir, é a de considerar *se* a Lei 6.683/79 efetivamente dispunha no sentido de anistiar os atos ilícitos praticados por agentes da repressão,⁹⁰¹ *se* tal interpretação estava em consonância com a ordem

⁸⁹⁹ Reafirma-se, pois, o asseverado no item 5.4.1. supra, tratando-se de limite absoluto. V. GIL GIL, Alicia. Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (edits). Berlín/Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer Oficina Uruguay, 2011, p. 330.

⁹⁰⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 153. Julgamento em 29.04.2010. Voto do Min. Cezar Peluso, p. 9-10, p. 212-213 do acórdão.

⁹⁰¹ Lauro Joppert Swensson Junior anota que conquanto a doutrina majoritária afirme positivamente à questão, há significativo setor doutrinário - integrado por Dalmo Dallari, Fábio Konder Comparato, Hélio Bicudo e Nilo Batista, entre outros, que afirma que a Lei 6.683/79 nunca concedeu anistia para tais agentes estatais e colaboradores do regime militar, não sendo seus crimes políticos tampouco conexos a estes. Cf. SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Anistia penal: problemas de validade da Lei de Anistia Brasileira (Lei 6.683/79)*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p.186-190. Respondendo negativamente à indagação, v. ainda: WEICHERT, Marlon Alberto/FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. A responsabilidade por crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura militar. In: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira/SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (coords). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 550-553.

constitucional e internacional então vigente,⁹⁰² se se tratava de autoanistia e, sobretudo, se há fatos que correspondam a *crimes permanentes* (como p.ex. os desaparecimentos forçados, tipificados atualmente como crimes de sequestro qualificado e/ou ocultação de cadáver) cuja execução ainda esteja se protraindo no tempo, logo, em momento posterior ao advento (e exaurimento) daquele diploma legal, não tendo, por conseguinte, sido por ele atingidos.⁹⁰³

Dessa forma, ainda que possam determinar providências administrativas e processuais, os mandados de penalização advindos da CADH apenas podem determinar a criminalização secundária de fatos posteriores a 09.11.1992, quando a CADH entrou em vigor no Brasil; de maneira similar, a jurisprudência da Corte IDH apenas consegue invalidar causas normativas de impunidade e impor mandados de criminalização secundária com respeito a *fatos ocorridos* posteriormente a 10.12.1998, conforme expressa reserva feita pelo Brasil, quando o país reconheceu a força vinculante de sua jurisdição. Trata-se, é importante frisar, de provisão normativa em vigor e hierarquicamente superior às normas penais internas, impedindo a impunidade de graves violações de direitos humanos praticadas posteriormente a 10.12.1998.

Assim, não podem as obrigações positivas de tutela penal oriundas da CADH determinarem a criminalização secundária de fatos anteriores à ratificação da CADH, em 09.11.1992, atingindo situações jurídicas que já estivessem consolidadas ou invalidando normas internas de patamar normativo inferior, nem aquelas decorrentes da jurisdição da Corte IDH invalidarem normas inferiores com relação a fatos anteriores ao reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte pelo Brasil, em 10.12.1998. Por conseguinte, os efeitos dos mandados de criminalização provenientes do SIDH com relação a fatos anteriores se limitam a exigir a adoção das medidas administrativas e processuais possíveis para a otimização da investigação, persecução e processamento dos fatos, se ainda puníveis.

Tal limitação, contudo, não impede *por completo* a apuração de crimes iniciados durante o regime militar: como os desaparecimentos forçados (sequestros seguidos de ocultação de cadáver) são crimes permanentes, cuja perpetração se protraí no tempo,⁹⁰⁴ verifica-se, em tese, a prática de tais fatos

⁹⁰² SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *op.cit.*, p. 161, 180-186 e 198-210, sustentando uma separação absoluta entre a validade formal da norma e sua legitimidade axiológica ou justiça, defende que a Lei 6.683/79 era compatível com a EC 01/69 e o DIDH de então, uma vez que os compromissos de DIDH firmados pelo Brasil não vigiam à época no país. A conclusão semelhante chegou o STF no julgamento da ADPF 153, como assinalado no item 3.3.1 supra, em julgamento ainda pendente de apreciação de embargos declaratórios. Por outro lado, negam a validade jurídica da Lei 6.683/79 por considerá-la autoanistia incompatível com o DIDH: WEICHERT, Marlon Alberto/FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga, *op.cit.*, p. 554-559

⁹⁰³ Veja-se que o STF, no julgamento dos pedidos de extradição 974 e 1.150, considerou que o desaparecimento forçado, tipificado como sequestro, é crime permanente, afastando a presunção legal de morte, bem como a fluência de qualquer prazo prescricional, porquanto a conduta se protraí no tempo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno: Extradição 974 (Rep. Argentina). Rel. p/acórdão: Min. Ricardo Lewandowski. julgamento 06.08.2009. DJe 04.12.2009; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Extradição 1.150 (Rep. Argentina). Rel. Min. Carmen Lúcia. Julgamento em 19.05.2011. DJe 17.06.2011.

⁹⁰⁴ V. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Extradição 974 (Rep. Argentina). Rel. p/acórdão: Min. Ricardo Lewandowski. julgamento 06.08.2009. DJe 04.12.2009; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Extradição 1.150 (Rep. Argentina). Rel. Min. Carmen Lúcia. Julgamento em 19.05.2011. DJe 17.06.2011.

posteriormente a 10.12.1998, não incidindo, pois, a limitação da reserva temporal em questão. Dessa forma, poderiam, em tese, ser investigadas eventuais condutas dos responsáveis por tais fatos, perquirido acerca da persistência do tipo subjetivo (dolo direto ou eventual) e promovidas as respectivas persecuções penais, em cumprimento ao mandado de criminalização trazido pela CADH e pela Corte IDH, sem que o exaurimento de efeitos da Lei 6.683/79 ou a reserva temporal à jurisdição da Corte IDH constituam empecilho à eficácia deste mandado de criminalização.

5.4.3 Limites decorrentes da discricionariedade legislativa: não incidência sobre a margem de conformação legislativa da política criminal.

Como salientado no item 4.3 supra, o legislador dispõe de ampla margem de conformação para discutir e deliberar acerca da dignidade e, sobretudo, necessidade de tutela penal em face de ataques a bens jurídicos, conquanto esteja vinculado pela Constituição e pelo DIDH.

Como corolário, *é de se afastar a incidência de mandados de criminalização primária*, relativos à necessidade de tipificação de uma conduta pelo legislador, com relação a *temas que se encontram dentro da ampla margem de escolha da política criminal em um Estado Democrático de Direito*.⁹⁰⁵ Assim, se não pode o legislador afastar a criminalização do homicídio, da tortura, da escravidão ou da extração forçada de órgãos, por exemplo, sob pena de violação da Constituição e do DIDH, isto não quer dizer que esteja o legislador rigidamente constricto acerca da política criminal a ser adotada. É necessário que se permita uma ampla possibilidade de discussão e deliberação livre e democrática acerca da política criminal a ser seguida, não exigindo a CRFB/88 ou o DIDH um Direito Penal mínimo, nem um Direito Penal rígido: cabe ao povo, através do Parlamento, decidir, dentro dos limites mínimos e máximos decorrentes da vedação da proteção deficiente e da proibição do excesso (*Untermass- e Übermassverbot*).

Dessa forma, deve a jurisdição constitucional observar atitude de reserva judicial, mantendo, no possível, as escolhas realizadas pelo legislador democrático e abstendo-se de disputar a primazia da escolha das configurações jurídicas ordinárias com o legislador.⁹⁰⁶ Dessarte, não incidem os mandados implícitos de criminalização primária sobre hipóteses controversas, em que há intenso debate político, legislativo e social acerca da melhor política criminal a ser adotada, como as hipóteses, p.ex., de eutanásia, do auxílio ao suicídio, do porte ou posse de entorpecentes (desconexa ao tráfico), do porte ou posse de armas de fogo, ou do furto simples. Aqui, tanto é constitucionalmente possível

⁹⁰⁵ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 138, sugere que uma *forma de prestigiar o Parlamento como casa de debates* e de oitiva da sociedade e homenagear sua legitimidade democrática é entender que as obrigações tácitas de criminalização (como denomina os mandados implícitos de criminalização) *referem-se, apenas, a direitos fundamentais*.

⁹⁰⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. (da 20a edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 73.

uma criminalização primária, como é constitucionalmente possível cogitar de uma descriminalização ou despenalização: a CRFB/88 - e o DIDH - não *impõem* nesta seara qualquer política criminal e o legislador é livre para decidir qual a melhor forma de se lidar com tais questões. Pode-se defender, doutrinariamente, que uma determinada política criminal é *recomendável* ou *a mais adequada*, mas *normativamente* não há qualquer vínculo ou obstáculo ao legislador para decidir acerca do *se* e *como* de eventual criminalização primária de tais condutas.⁹⁰⁷

De maneira semelhante, infere-se que a criminalização *específica* de tipos especiais pertinentes a fatos que atinjam minorias ou grupos vulneráveis (em adição aos tipos penais *comuns* que tutelam seus direitos como aqueles de toda e qualquer pessoa), como é postulado através da ADO 26 e do MI 4.733, pendentes de julgamento no STF, onde se pede a criminalização de ataques homofóbicos, também é decisão que se encontra dentro da ampla margem de discricionariedade do legislador. Aqui, *inconstitucionais seriam normas que excluíssem a proteção penal* do direito à vida, à integridade física ou à liberdade sexual *dos integrantes destas minorias*, tanto pela inconstitucionalidade da distinção em si como pela violação à vedação de proteção deficiente (dessarte, seria inconstitucional uma norma que descriminalizasse o homicídio, o estupro ou lesões corporais graves de um integrante de uma minoria ou grupo vulnerável a ataques, como p.ex. o público LGBT, as vítimas de violência doméstica ou de gênero, as crianças e adolescentes, os idosos, os agentes policiais, os integrantes das Forças Armadas, os servidores públicos em geral ou mesmo os presidiários e detentos), *mas não se afiguraria inconstitucional a falta de um tipo penal específico em face de ataques contra direitos fundamentais destes grupos*: a escolha acerca da necessidade de uma tipificação penal *específica* encontra-se dentro do âmbito de discricionariedade legislativa para deliberar sobre a melhor política criminal a ser seguida.

Outrossim, além da existência de uma ampla margem de conformação discricionária do legislador acerca do *se* de uma criminalização, mesmo nas hipóteses em que há incidência do instituto determinando a criminalização primária de graves ataques contra direitos fundamentais ou humanos,

⁹⁰⁷ Rejeita-se, pois, a postura de PASCHOAL, que parece enxergar força supraconstitucional à política criminal do Direito Penal mínimo (V. PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003) e de GRECO, que rejeita a constitucionalização de questões fundamentais da política criminal e do Direito Penal apontando para o enfraquecimento do rigor do princípio da *ultima ratio*, que seria sujeito aos *riscos* do entendimento do Tribunal Constitucional e a um *debate provinciano* a partir dos textos constitucionais de cada país (V. GRECO, Luís. *Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft*. In: *Strafrecht und Verfassung*. 2. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler Berlin 2012. B.Brunhöber, K.Höffler, J.Kaspar, T.Reinbacher, M.Vormbaum (Hrsg). Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2013, p. 13-37). Ora, a política criminal deve ser amplamente debatida e deliberada democraticamente pelo Parlamento, a partir da realidade social de cada país e dos limites e das condições traçados pela Constituição e pelo DIDH, que, entretanto, permitem uma grande margem de discricionariedade e conformação legislativa. Neste sentido: MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3ª ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 46-51; V. tb. ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner Teil; Band I: Grundlagen; der Aufbau der Verbrechenlehre*. 4. Aufl. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 45-47, afirmando que o princípio da subsidiariedade (ou da *ultima ratio*) permite uma grande margem de discricionariedade ao legislador, atribuindo-lhe a prerrogativa de avaliação acerca da conveniência e necessidade da criminalização, sendo mais um postulado político-criminal do que uma regra vinculante.

ainda aqui persiste uma substancial margem de deliberação acerca do *como* será concretizada a respectiva tipificação: não parece possível - ainda quando reconheçam um mandado de criminalização primária e declarem a mora do legislador brasileiro - que possam o STF ou a Corte IDH imiscuir-se em detalhes acerca dos parâmetros pelos quais deve ser promovida a referida tipificação: por força do princípio da reserva legal, cabe exclusivamente ao Parlamento deliberar acerca da forma de criminalização de qualquer conduta, ainda que para sanar mora legislativa declarada pelo Tribunal Constitucional ou pela Corte IDH.

É de se rejeitar, por violação da garantia constitucional da reserva legal, *a determinação da Corte IDH* na sentença do caso GOMES LUND v. BRASIL no sentido de que o Brasil deve adotar as medidas necessárias "para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas, em conformidade com os parâmetros interamericanos".⁹⁰⁸ Ora, ainda que necessária a criminalização primária destes fatos (que constituem efetivamente grave violação de direitos humanos), *a forma* ou *os parâmetros* pelos quais deve ser promovida a criminalização primária é matéria a ser deliberada pelo Parlamento, ante a garantia da reserva legal: o vínculo que constrange o Poder Legislativo, decorrente dos mandados implícitos de criminalização primária é quanto ao *se* da criminalização e a um parâmetro de *proporcionalidade* sobre o *como* (vedação da proteção deficiente e proibição do excesso): entre um e outro limite, o legislador é livre para determinar *como* será promovida a tipificação, quais condutas exatamente serão proibidas e quais sanções serão cominadas. Não é possível, pois, ao Tribunal Constitucional ou a um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, como a Corte IDH, imiscuir-se previamente acerca dos parâmetros e detalhes a serem observados quando da tipificação legislativa, sob pena de violação à regra da reserva legal da norma penal incriminadora.

⁹⁰⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso GOMES LUND E OUTROS v. BRASIL. Sentença de preliminares, mérito e reparações, de 24.11.2010. Série C, n. 219, parágrafo 287 e item 15 do dispositivo (parágrafo 325): "*O Estado deve adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, nos termos do estabelecido no parágrafo 287 da presente Sentença. Enquanto cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno*".

CONCLUSÕES

Como afirmado ao longo do texto e nas conclusões parciais dos capítulos anteriores, verifica-se que:

1) O Estado Democrático de Direito e o modelo da supremacia constitucional adotados pela CRFB/88, fundado em uma rigidez constitucional, autorizam, em tese, o reconhecimento ou construção de mandados constitucionais implícitos de criminalização;

2) A força normativa supralegal, superior a toda a legislação infraconstitucional, reconhecida pelo STF às normas do DIDH incorporadas ao direito interno, faz com que estas sejam vinculantes e delimitadoras também da atuação do legislador, verificando-se a possibilidade, em tese, de reconhecimento ou construção de mandados implícitos de criminalização fundamentados no DIDH.

3) A evolução do Direito Constitucional a partir da segunda metade do século XX, paralelamente à substituição do Estado Liberal de Direito pelo Estado Social e Democrático de Direito, impõem o reconhecimento do caráter normativo dos princípios constitucionais, da eficácia dos direitos fundamentais em face de particulares (*Drittwirkung der Grundrechte*) e o reconhecimento de um dever estatal de proteção dos direitos fundamentais, inclusive frente a ataques provenientes de agentes não-estatais.

4) Os deveres estatais de tutela dos direitos fundamentais podem ser cumpridos também através da edição, e aplicação de normas penais sancionando a conduta atentatória a tais direitos.

5) O princípio constitucional da proporcionalidade impõe tanto a proibição do excesso (*Übermassverbot*) quanto a vedação da proteção deficiente dos direitos fundamentais (*Untermassverbot*), exigindo que a tutela estatal dos direitos fundamentais não ocorra de forma manifestamente deficiente (o que, em determinados casos, pode exigir a edição, vigência e aplicação de uma lei penal, exurgindo um mandato constitucional implícito de criminalização, primária e secundária).

6) O legislador dispõe de uma ampla margem de discricionariedade para deliberar acerca da criminalização de condutas. Entretanto, sua liberdade não é absoluta, sendo limitada por condicionamentos provenientes da Constituição e do DIDH. Por via de consequência, não dispõe o legislador de discricionariedade para decidir tutelar ou não pela via penal quando se tratar de graves ataques a direitos fundamentais essenciais, como a vida, a integridade física e a liberdade, sendo constitucional- e internacionalmente necessária a criminalização, p.ex. do homicídio doloso, da tortura, do estupro e da escravidão. De forma semelhante, as normas constitucionais e de DIDH obrigam as autoridades públicas a agirem eficazmente para a prevenção e repressão de tais condutas.

7) Os mandados de criminalização primária e secundária não se aplicam a fatos (como p.ex. a eutanásia e o auxílio ao suicídio) abrangidos pela margem de conformação e deliberação do legislador

para a escolha da política criminal em um Estado Democrático de Direito, que deve ser ampla, sendo limitada apenas em casos excepcionais pelas normas constitucionais, como o princípio da proporcionalidade, em sua dupla vertente, e pelas normas trazidas pelo DIDH.

8) Por outro lado, quando incidentes, não são aptos a determinar especificidades acerca da forma pela qual a tutela penal será promovida, não impondo a vigência de tipo penal específico (como alguns pretendem em relação ao desaparecimento forçado ou à homofobia), senão que o legislador proceda a uma tutela penal proporcional dos direitos fundamentais ou humanos subjacentes ao bem jurídico em questão.

9) O STF reconhece a construção do princípio da vedação da proteção deficiente, como vertente do princípio constitucional da proporcionalidade, também em matéria penal, tendo utilizado o princípio para proceder a interpretação extensiva da imprescritibilidade do racismo (Caso Ellwanger), afirmar a possibilidade de sindicância constitucional de leis de anistia, considerar inconstitucional a incidência ampla de benefícios despenalizadores prevista pela Lei 10.741/03 em crimes contra idosos, considerar válido e constitucional o afastamento dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 em casos de violência doméstica contra a mulher, afastar a interpretação que condicione à representação a persecução penal das lesões corporais em violência doméstica contra a mulher, bem como para iluminar a interpretação de crimes, como o porte ilegal de arma de fogo (reconhecendo a constitucionalidade da tipificação do porte ilegal de arma de fogo desmuniada) e a corrupção de menores (reafirmando seu caráter formal, diante da necessidade constitucional de proteção penal adequada a crianças e adolescentes).

10) Aguardam julgamento no STF demandas em que se pede, com base no princípio da vedação da proteção deficiente e/ou nos mandados de criminalização, o afastamento de óbice à persecução penal de crimes sexuais graves, o afastamento da política de extinção punibilidade em crimes tributários materiais pelo pagamento, e o pedido criminalização jurisdicional da homofobia.

11) O Brasil, exercendo sua soberania, decidiu firmar a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e se submeter à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), competente para julgar processos em que se imputa o descumprimento dos deveres assumidos na CADH pelo país. Tais atos internacionais não guardam vícios constitucionais e se encontram em consonância com o teor dos artigos 1º, III, 4º, II, e p. único, da Constituição (CRFB/88), e art. 7º do ADCT.

12) As sentenças da jurisdição contenciosa da Corte IDH são vinculantes e devem ser cumpridas pelo país através de todos seus poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e do Ministério Público, por força do princípio da boa-fé. Consequentemente, todos os agentes públicos devem promover um controle de convencionalidade acerca das normas internas, similar ao controle de constitucionalidade, para afastar sua aplicação quando contrariarem a CADH, inclusive levando em

consideração a interpretação que lhe é dada pela Corte IDH, intérprete maior da Convenção (e órgão jurisdicional em relação ao qual o país soberanamente se submeteu, comprometendo-se a cumprir suas sentenças).

13) A submissão do país à jurisdição da Corte IDH, contudo, não torna o tribunal internacional uma quinta instância recursal, não produzindo suas decisões efeitos diretos em processos em curso, senão pela decisão das autoridades nacionais.

14) As autoridades nacionais devem sempre cumprir as decisões da Corte IDH, salvo quando forem incompatíveis com a CRFB/88. Vale dizer, as sentenças da Corte Interamericana, se devem ser observadas com primazia sobre a legislação infraconstitucional, permanecem submetidas à jurisdição constitucional brasileira, que expressa parcela irrenunciável da soberania nacional. Entender de forma diversa outorgaria à Corte IDH um poder supraconstitucional e ilimitável, o que estaria em dissonância com as normas do art. 1º, I, e 4º, I, da Constituição (CRFB/88). Dessa forma, mesmo que fosse reconhecida eficácia constitucional às normas de DIDH, permaneceriam o STF responsável por dizer a palavra final sobre sua aplicação no país, ante a necessidade de conjugá-las com as demais normas e princípios da CRFB/88, ainda que devesse, também, levar em consideração o teor da jurisprudência da Corte IDH acerca dos direitos convencionais.

15) Por outro lado, STF reconhece eficácia supralegal, mas infraconstitucional, às normas de DIDH. Dessa forma, é reconhecida precedência das normas de DIDH internalizadas no país sobre todo o direito infraconstitucional: vale dizer, as normas da CADH se sobrepõem em força normativa às regras do Código Penal e de toda a legislação infraconstitucional, sendo juridicamente limitadas apenas pelas disposições constitucionais.

16) A submissão das decisões da Corte IDH à jurisdição constitucional brasileira, conquanto possa levar a confrontos entre decisões da Corte IDH e aquelas do Poder Judiciário brasileiro - e em especial do STF - é inevitável diante de nosso sistema constitucional, não constituindo violação ao princípio da boa fé. No plano interno, a jurisdição constitucional não pode ser objeto de renúncia ou submissão a órgão internacional, sob pena de violação das normas dos arts. 1º, I, e 4º, I, da CRFB/88; no plano internacional, tal interpretação acarretaria uma manifesta falta de competência dos poderes Executivo e Legislativo, conforme norma interna de importância fundamental (a CRFB/88), em vincular o país neste sentido, subsumindo-se à regra do art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, a qual permite, nestes casos, que se invoque óbice de direito interno para justificar o descumprimento de tratado internacional. Seria, pois, nula, interna e internacionalmente, qualquer interpretação de que a ratificação da CADH ou a submissão brasileira à jurisdição contenciosa da Corte IDH subordinariam a jurisdição constitucional brasileira ao tribunal interamericano.

17) A Corte IDH, de forma semelhante ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, afirma que os direitos assegurados na CADH devem ser protegidos de forma efetiva e aplicados de forma

imediate, sem prejuízo do dever dos Estados signatários em adequar sua legislação interna à norma convencional, devendo os países prover as vítimas de violações destes direitos com recursos efetivos, no plano interno, para protegê-los e efetivá-los.

18) Como corolário, reconhece a Corte IDH, assim como o TEDH, um dever estatal de tutela, inclusive através do sistema jurídico-penal, dos direitos humanos assegurados pela Convenção. Dessa forma, afirmam os tribunais internacionais de direitos humanos o dever convencional de os Estados promoverem uma adequada e efetiva investigação penal sobre violações de direitos humanos, a qual deve ser realizada de ofício e em conformidade com padrões internacionais de eficiência (relativos a tempestividade, seriedade, imparcialidade, oficialidade e, sobretudo, pelo exaurimento dos meios técnico-científicos de perícia forense), em busca da verdade real dos fatos, e garantida ampla participação à(s) vítima(s).

19) De forma similar, as normas convencionais obrigam os países a proceder a uma adequada persecução penal e ao processamento e julgamento dos imputados em prazo razoável - de modo a garantir às vítimas de violações de direitos humanos um recurso efetivo, assegurando-se à(s) vítima(s) o direito de ser(em) ouvida(s) em Juízo e ter(em) ciência de todas as fases da investigação e do processo.

20) Tratando-se de graves violações de direitos humanos, a jurisprudência da Corte IDH (em semelhança à do TEDH) considera que a CADH torna inadmissíveis a concessão de anistia, indulto, graça, o curso de prazos prescricionais ou decadenciais e a incidência de óbices processuais que impeçam ou obstruam a persecução e julgamento penal de mérito dos imputados. Vale dizer, não pode a persecução penal destes fatos ser obstada, devendo ser procedido ao julgamento dos presumíveis responsáveis pelos fatos. De forma similar, a jurisprudência da Corte IDH afasta o reconhecimento da causa exculpante da obediência hierárquica nestas hipóteses.

21) Ademais, a jurisprudência da Corte IDH considera, ainda, que a CADH também tornaria inadmissível o óbice da coisa julgada, sempre que esta decorresse de um julgamento em que não tenha sido observado o devido processo legal conforme interpretado pela jurisprudência da Corte IDH (inclusive no que tange à possibilidade de ampla participação da vítima e à inaptidão, por parcialidade, da jurisdição militar para julgar civis) e, ainda, se surgirem novas provas que permitam determinar a responsabilidade pelos fatos.

22) A Corte IDH considera como graves violações de direitos humanos a prática de tortura, maus tratos, execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, desaparecimento forçado, submissão à condição análoga à de escravo, expulsão forçada da população civil e de estupro, quando praticados por agentes públicos ou por grupos armados (paraestatais ou particulares) em um contexto de macrocriminalidade propiciada pela participação ou omissão (seja por tolerância, conivência ou incapacidade) de agentes públicos em prevenir tais atos. O conceito de graves violações de direitos

humanos abrange, mas não se confunde, com o de crimes contra a humanidade, sendo-lhe mais amplo por prescindir do elemento contextual de que os ataques à população civil sejam sistemáticos ou generalizados, no âmbito de uma política estatal.

23) O TEDH, de forma semelhante, considera ainda incompatíveis com a CEDH - por proteção deficiente dos direitos convencionais - a vigência de causas de justificação excessivamente amplas (como as referentes ao exercício regular de um direito e ao estrito cumprimento do dever legal, no caso de maus tratos a menores no âmbito correicional familiar e do uso excessivo de força policial, respectivamente) e a existência de óbices processuais à persecução penal de crimes graves, como o estupro. Considera, ainda, constituir proteção deficiente dos direitos humanos convencionais a aplicação de sanções excessivamente brandas com relação a graves violações de direitos humanos (como tortura, trabalho escravo e execuções extrajudiciais, sumárias, ou arbitrárias), como aquelas sanções exclusivamente pecuniárias ou as penas privativas de liberdade curtas e/ou cuja execução seja suspensa condicionalmente, por serem desprovidas de eficácia dissuasória e tutelarem de forma insuficiente e inadequada o direito à vida, à integridade física e à liberdade física, convencionalmente assegurados.

24) Os mandados de criminalização primária, ainda que constitucionais, não têm o condão de permitir a criminalização judicial de condutas, ante o óbice intransponível da garantia constitucional da reserva legal (art. 5º, XXXIX, CRFB/88: "*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*"). Assim, não se faz possível a fixação de prazos para que o legislador criminalize condutas, sob pena de serem consideradas tipificadas, nem mesmo o estabelecimento judicial de parâmetros dentro dos quais deve o legislador necessariamente criminalizar alguma conduta. Tampouco se faz possível a utilização da analogia para a criminalização de condutas a partir de norma legal tipificadora de situação similar (consequências que alguns pretendem em relação à homofobia).

25) Os mandados de criminalização secundária são limitados, ainda, pelas garantias da coisa julgada, do direito adquirido, ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CRFB/88: "*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*") e da irretroatividade da lei penal mais gravosa (art. 5º, XL, da CRFB/88: "*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*"). Assim, não é constitucionalmente possível o afastamento do óbice da coisa julgada (com relação a sentenças absolutórias) nos termos da jurisprudência da CorteIDH, sucumbindo a norma de DIDH em face da superioridade hierárquica da referida garantia, com assento constitucional. Todavia, far-se-ia possível o afastamento do óbice quando se tratasse de coisa julgada *fraudulenta*, ou simulacro de julgamento, obtido dolosamente mediante comprovada coação, corrupção ou colusão, ou por um tribunal de exceção constituído em época de suspensão da institucionalidade democrática. Afora destes casos

excepcionais, em que em verdade não há julgamento - ainda que incorreto - a ser coberto pelo manto da coisa julgada, não se pode desprezar ou superar o óbice no direito brasileiro.

26) De forma semelhante, os mandados de criminalização secundária não têm o condão de atingir situações jurídicas já definidas ou de reavivar uma punibilidade já extinta, de forma regular, consoante o direito então vigente. Dessa forma, caso já operados os efeitos de leis concessivas de anistia, de normas de indulto, graça, prescrição ou decadência, de forma válida, anteriormente à vigência da CADH no Brasil, em 09.11.1992, não tem a Convenção força normativa para desconstituir tais situações ou atos que já tenham sido praticados e cujos efeitos já tenham se esgotado.

27) *Com relação a fatos posteriores à vigência da CADH no Brasil, em 09.11.1992, e com mais razão ainda após a submissão do país à jurisdição contenciosa da CorteIDH, em 10.12.1998, enquanto não for denunciada a CADH ou retirada a submissão do país à jurisdição da CorteIDH, não são admissíveis a aplicação de anistia, indulto e graça, ou o curso de prazo prescricional ou decadencial, com relação a graves violações de direitos humanos, tal qual conceituado anteriormente.*

28) Ademais, os mandados de criminalização *têm a eficácia de impedir a revogação - total ou parcial - das normas penais criminalizadoras de graves ataques contra direitos fundamentais à vida, integridade física e liberdade, ou de graves violações de direitos humanos, não permitindo o afastamento de seu âmbito de incidência e restringindo a aplicação de causas justificantes e exculpantes. Esta eficácia abrange não apenas a proibição de ab-rogação ou derrogação da criminalização destes fatos, mas também a vedação de previsão ou aplicação de causa justificante ou exculpante fundada em *discrímen* inconstitucional ou que acarretasse proteção insuficiente. À guisa de exemplo, assim seria aquela que derogasse a criminalização ou que previsse a justificação/exculpação de homicídio doloso ou tortura quando a vítima fosse detentora de antecedentes criminais, ou para fins de apuração de crime grave, ou em zona conflagrada ou de alta criminalidade; da mesma forma, vedaria a descriminalização, justificação ou exculpação da *escravidão*, rural ou urbana, ainda que p.ex. dispusesse do consentimento do ofendido; ou, ainda, a exclusão da incidência do estupro, p.ex., de vítima trabalhadora do sexo, de menor de 14 anos a pretexto de dispor de experiência sexual, ou daquele praticado por cônjuge.*

29) De forma semelhante, entende-se ser incompatível com a CRFB/88 e o DIDH a admissão da *licitude* de homicídio fundada em legítima defesa da honra, ou da tortura infantil fundada em exercício do direito à educação dos filhos. Ainda, violariam os mandados implícitos de criminalização a previsão e/ou aplicação de justificante ou exculpante com base em *discrímen* inconstitucional (como p.ex., por raça, etnia, procedência nacional, religião ou mesmo antecedentes criminais ou profissão da vítima). Esta eficácia constitucional se dirige a todos os Poderes e órgãos estatais, vale dizer, tanto ao legislador, como aos órgãos de investigação, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário quando da aplicação da lei no caso concreto. Nestes casos, quando se tratar de julgamento sob competência do

Tribunal do Júri, deve o Juiz-presidente coibir o uso destas teses em plenário e esclarecer sua contrariedade à Constituição quando do esclarecimento dos quesitos aos jurados.

30) Em adição, além de impedir a ab-rogação ou derrogação destas normas penais, os mandados de criminalização *impedem que se abrande sobejamente* a proteção dada pelo tipo penal incriminador, reduzindo-a a uma proteção manifestamente deficiente, ainda que não impeçam genericamente a redução de penas. Assim, seriam inconstitucionais, por violarem o princípio da vedação da proteção deficiente, bem como contrárias ao DIDH, a redução (pela lei quando da cominação, ou pela jurisprudência quando da aplicação) da sanção penal nestes casos a penas exclusivamente pecuniárias, ou a sanções privativas de liberdade passíveis de suspensão condicional ou regime inicial aberto.

31) Em complementação, os mandados de criminalização influem, ainda, na interpretação das leis penais, que deve ser feita à luz da CRFB/88 e do DIDH, de forma a respeitar os direitos fundamentais e humanos tanto de imputados como de vítimas. Assim, reforçam significativamente o ônus argumentativo de quem pretenda afirmar a invalidade constitucional de uma lei que concretize um mandado de criminalização, bem como impedem a fixação automática e sem fundamentação da pena no patamar mínimo cominado, quando se tratar de grave violação de direitos humanos, exigindo expressa e adequada fundamentação.

32) Além disso, os mandados constitucionais de criminalização secundária *impedem*, sob pena de violação do princípio da vedação da proteção deficiente, *o decurso de prazo prescricional quando houver impossibilidade jurídica de persecução penal*. Assim, nas hipóteses, p.ex., de imunidade processual do presidente da República (art. 86, parágrafo 4º, da CRFB/88), de vigência - enquanto perdurar, até seu integral cumprimento - de acordo de transação penal do art. 76 da Lei 9.099/95 e de suspensão processual em decorrência da sistemática de julgamento dos recursos repetitivos ou da repercussão geral no STJ e STF, não é admissível o curso de prazo prescricional com relação à pretensão punitiva; de forma semelhante, não pode haver curso de prazo prescricional da pretensão executória (PPE) enquanto não houver formação de título executivo, com o trânsito em julgado, para acusação e defesa, de sentença penal condenatória. Ademais, impõem interpretação, à luz da CRFB/88 e do DIDH, do art. 117, IV, do CP, de ordem a determinar o reconhecimento da interrupção do prazo prescricional a *cada acórdão* condenatório prolatado (e não apenas o primeiro acórdão condenatório), de sorte a evitar o decurso do lapso prescricional e a impunidade quando não haja inércia na persecução penal.

33) Impedem, ainda, a previsão e aplicação de óbices processuais que afastem a possibilidade de persecução penal de graves atentados dolosos contra direitos fundamentais essenciais, como a vida, a integridade física e a liberdade, e de graves violações de direitos humanos, como p.ex. a exigência de representação da vítima ou de seus sucessores, em caso de estupro com resultado morte ou lesões

graves (afastando uma tal interpretação, p.ex., da norma extraída do art. 225 do CP, na redação da Lei 12.015/09).

34) Por sua vez, os mandados de criminalização secundária exigem a adoção de políticas públicas que visem maior eficiência e estruturação administrativa de órgãos responsáveis pela investigação e perícia criminal e pela persecução e processamento penal, determinando a alocação de recursos orçamentários minimamente compatíveis com tais necessidades, a entrega de insumos técnicos necessários à perícia criminal forense, a garantia e proteção de investigadores e operadores da Justiça, testemunhas, vítimas e réus colaboradores, e uma maior transparência e celeridade no curso das investigações relativas a fatos que ensejem graves violações de direitos humanos e fundamentais à vida, integridade física e liberdade. Traduzem-se, pois, conseqüentemente, em mandados de otimização da função estatal de investigação criminal e persecução e processamento penal, determinando a necessidade de eficiência administrativo-procedimental, a indicar a necessidade de se trabalhar com metas e objetivos quantificáveis e perseguidos pelos atores envolvidos, como vem sendo incipientemente introduzido pelo CNJ e pelo CNMP.

35) Por fim, os mandados de criminalização primária e secundária, em caso de seu manifesto descumprimento, podem ensejar a responsabilidade civil do Estado às vítimas (e sucessores) e a responsabilização internacional do país perante tribunais internacionais de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALESSANDRI, Pablo Saavedra. La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de Derechos Humanos y sus consecuencias. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2.ed.,3.tir., São Paulo: Malheiros, 2014.

ALTMAN, Andrew, WELLMAN, Christopher Heath. *A defense of International Criminal Law*. In: *Ethics*, v.115, n.1 (October 2004). Chicago: The University of Chicago Press Journals, 2004.

ALVES PEREIRA, Antônio Celso. O acesso à Justiça e a adequação da legislação brasileira aos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos. In: *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (ed.). San José, Costa Rica: IIDH, ACNUR, CIVC, CUE, 1996.

AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

_____. Derechos humanos y derecho penal internacional. In: *Temas de Derecho Internacional y Europeo*, Marcial Pons, Madrid: 2006.

_____. *Internationales Strafrecht*. 3. Auflage. München: Verlag C.H.Beck, 2011.

_____. Proteção de Direitos Humanos e internacionalização do Direito Penal. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (Coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

AMBOS, Kai e BÖHM, Maria Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿ Tribunal Tímido y Tribunal Audaz? In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (edits). Berlin/Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011.

AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (edits). Prólogo e Presentación. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. Berlin/Bogotá: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2013.

APONTE, Alejandro. Sistema Interamericano y derecho público interno: ampliación de los efectos de la acción de revisión en el caso de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. In: AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (edits). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. Berlin/Bogotá: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer. 2013.

ARAÚJO, Nádia de, e ANDREIUOLO, Inês da Matta. A internacionalização dos tratados no Brasil e os Direitos Humanos. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.63-113.

ASHWORTH, Andrew. *Positive obligations in criminal law*. . Hart publishing. Oxford/Portland:2004.

ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". In: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira/SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (coords). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187-202.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos, 6a. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31-61.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. In: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira/SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (coords). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 1a. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicin e Alessandro Berti Contessa. 2. Ed. 5. tir., São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BEKERMAN, Silvana. Modelos de abordaje en contextos de impunidad. In: *I Seminario Latinoamericano y del Caribe: modelos de abordaje para personas afectadas por la tortura y otras violaciones a los derechos humanos*. 1a. ed. Ciudad de Guatemala/Copenhagen, ECAP/ODHAG/IRCT, 2000, p. 109-113.

BESTAGNO, Francesco. *Diritti umani e impunità. Obblighi positivi degli Stati in materia penale*. Milano: Vita e pensiero, 2003.

BÉZE, Patricia Mothé Gliöche. *Os Direitos Humanos e a violência descrita nos tipos penais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINS, Denise Dias de Castro. Termo inicial da prescrição da pretensão executória: uma releitura da primeira parte do inciso I do artigo 112 do Código Penal à luz do sistema constitucional e processual penal contemporâneo. *Revista de Doutrina da 4a Região*. Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível

em:<http://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Denise_Bins.html>. Acesso em 30 de dezembro de 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed., 7. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. Rigidez constitucional e pluralismo político. . In: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira/SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (coords). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 255-291.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional*. Madrid: Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) Universidad Complutense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. In: *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. ÇANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (ed.). São José, Costa Rica, IIDH, ACNUR, CIVC, CUE, 1996.

_____. Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos - volume I*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997

_____. Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos - volume II*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

_____. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de ABreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.7-62.

_____. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14a ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54-62.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARACCIOLI, Ivo. 'Marginalità' della pena e politica criminale: due crisi parallele. In: *Studi in onore di Mario Romano. I*. Napoli: Jovene Editore, 2011, p. 149-158.

CARDONA, Alejandro Aponte. El sistema interamericano de derechos humanos y el derecho internacional humanitário: una relación problemática. In: *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Berlin/Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2010.

CARRASCO, Salvador Herencia. Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional. Tomo II*. Berlin/Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Constituição e Internacionalização dos Direitos Humanos. In: *O tempo e os direitos humanos*. FABRIZ, Daury Cesar et al (coords). Rio de Janeiro/Vitória: Lumen Juris/Acesso, 2011.

CASTRO, Lolita Anyar. Los crímenes de odio: discurso político y delincuencia violenta en Venezuela. El respeto a las diferencias y el rol de la criminología crítica en Venezuela en los inicios del siglo XXI. *Capítulo Criminológico* [online], vol. 36, n. 2 (abril-junho 2008), p. 5-39. Disponível em: http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-95982008000200001&lng=es&nrm=iso. Último acesso em 20 de fevereiro de 2016. ISSN 0798-9598.

CEIA, Eleonora Mesquita. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da proteção aos direitos humanos no Brasil. *Revista da EMERJ* [online], v. 16, n. 61, jan.-fev.-mar., 2013, p.113-152. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf. acesso em 28.11.2015.

CERQUEIRA, Luís Eduardo Bianchi. Aplicação das sentenças das cortes internacionais no Brasil. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 32, p. 115-134, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin/SARLET, Ingo Wolfgang/COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda/STRECK, Lenio Luiz/PANSIERI, Flávio. *Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em 23 de novembro de 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. rev. atual., 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al Derecho Penal*. 2a. Ed. Buenos Aires/Montevideo: Editorial B de F/Euros Editores, 2001.

CORIA, Dino Carlos Caro. La influencia de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el Derecho Penal peruano. . In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (edits). Berlin/Bogotá: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer. 2013, p. 349-398.

CUNHA, José Ricardo (org). *Direitos humanos, Poder Judiciário e sociedade*. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime - uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Coimbra: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

DIAS, Augusto Silva. Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre, n. 71, p. 235-276, jan. 2012-abri.2012.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado - parte geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DONDÉ, Javier. Influencia de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en México. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (edits). Berlin/Bogotá: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2013.

DONELLY, Jack, *Universal Human Rights in theory and practice*. 3rd ed. Ithaca: Cornell University, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge/Londres: 2011.

ESER, Albin. Medidas nacionais e transnacionais contra a impunidade da criminalidade amparada pelo Estado e de crimes internacionais: conclusões de política jurídica a partir de um projeto comparado sobre a Justiça de Transição. In: *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. AMBOS, Kai/BOHM, Maria Laura (coords). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

_____. Constituição e Direito Penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. In: *Novos rumos do Direito Penal contemporâneo* - Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Do Direito (Penal) em tempos de nacional-socialismo ao Direito (Penal) em tempos de Direitos Humanos. In: *Direito Penal no terceiro milênio* - estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde. BITENCOURT, Cezar Roberto (Coord). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed.rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. De *Damiens* a Damião: deveres de proteção penal na perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. In: *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. GAUER, Ruth Maria Chittó (org). 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 197-224.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. Trad. Alexander Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em 2 de janeiro de 2016.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Tutela penal dos direitos humanos: a proteção da vida e da integridade física*. Curitiba: Juruá, 2015.

GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à Justiça. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GARCIA, Emerson. *Proteção internacional dos direitos humanos. Breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GARCIA-SAYÁN, Diego. Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

GIL GIL, Alicia. Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (edits). Berlín/Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer Oficina Uruguay, 2011.

_____. Eficácia de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ámbito penal y procesal penal en España. *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (edits). Berlín/Bogotá: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2013.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. In: *Novos rumos do Direito Penal contemporâneo. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*. SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *As regras por trás da exceção - reflexões sobre a tortura nos chamados `casos de bomba-relógio`*. Revista Jurídica. Curitiba. n. 23, n. 7, 2009.

_____. Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft. In: *Strafrecht und Verfassung*. 2. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler Berlin 2012. B.Brunhöber, K.Höffler, J.Kaspar, T.Reinbacher, M.Vormbaum (Hrsg). Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2013.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. *Ativismo, discricionariedade judicial e a problemática da política criminal*. Revista CEJ. Ano XVIII. n. 63, maio/agosto, 2014, p. 47-56.

HABERMAS, Jürgen. “Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e democracia” In: *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. (da 20a edição alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano, *O Tribunal Penal Internacional. A internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JUÁREZ, Karlos A. Castilla. Delimitando a força jurídica da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Trad. de Raul Victor Rodrigues do Nascimento e Thiago Oliveira Moreira. In: *Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. 2, n. 1, jan/jun.2014.

KELLY, David. *The art of reasoning: an introduction to logic and critical thinking*. 4th ed. New York/London: W.W. Norton, 2014.

KUMM, Mattias. Democratic constitutionalism encounters international law: terms of engagement. In: CHOUDHRY, Sujit. *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LÁZARO, Maria Carmelina Londoño. El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana: dilemas y retos. In: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los países andinos. Ensayos del VI Curso Regional Andino de Derechos Humanos para profesores de derechos, profesionales de organizaciones no gubernamentales y abogados defensores de derechos humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas/Fundación Konrad Adenauer, 2006.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Derechos humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?. In: *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. LUÑO, Antonio-Enrique Pérez (Coord). Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 11-52.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs Uruguay). In: *Revista de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v.1, n.1., jul-set/2013, p. 180-230.

MALARINO, Ezequiel. Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela (Edits). Berlin/Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung e V. /Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguay, 2010.

_____. La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos: una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón. In: *Derechos humanos y derecho penal: Estudios sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional*. Bogotá: Pontificia Universidade Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas e Grupo Editorial Ibañez, 2012.

_____. Notas sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. In: *Derechos humanos y derecho penal: Estudios sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional*. Bogotá: Pontificia Universidade Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas e Grupo Editorial Ibañez, 2012.

_____. *Derechos humanos y derecho penal: Estudios sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos y derecho penal internacional*. Bogotá: Pontificia Universidade Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas e Grupo Editorial Ibañez, 2012.

MARINHO, Alexandre Araripe/FREITAS, André Guilherme Tavares. *Manual de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e complexidade nos 20 anos da Constituição: momento para um equilíbrio prudente na atuação dos tribunais. In: *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira/SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (coords). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 341-362.

MARTIN-CHENUT, Kathia. A valorização das obrigações positivas de natureza penal na jurisprudência da CIDH: o exemplo das graves violações de direitos humanos cometidas durante as ditaduras dos países do Cone Sul. Trad. de Priscila Akemi Beltrami e Pedro Augusto Simões da Conceição. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, vol. 103, julho 2013. (p. 97-116).

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos Fundamentais. In: *Tratado de Direito Constitucional 1*. Coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva/MENDES, Gilmar Ferreira/NASCIMENTO, Carlos Valder do. 2a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9.ed.rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: *O tempo e os direitos humanos*. FABRIZ, Daury Cesar et al. (coords). Rio de Janeiro/Vitória: Lumen Juris/Acesso, 2011, p.927-960.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 1997.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. 14.Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional*. 3. ed.rev.ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Paulo de Sousa. *A incerteza factual e a prova no processo penal*. Palestra concedida no I Curso sobre Fundamentos do Direito Penal e Processual Penal do Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano/Depto. de Direito Penal Estrangeiro da Georg-August-Universität-Göttingen. Göttingen, Alemanha, 24 set. 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. Edição. São Paulo: Atlas, 2014.

MOWBRAY, Alastair. *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Hart publishing. Oxford/Portland:2004.

NEVES, Marcelo. *O abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-abuso-de-principios-no-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em 20 de dezembro de 2015.

NUNES, Leandro Gornicki. O Estado penal no brasil neoliberal: reproduzindo o Holocausto. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 19, vol. 91, p. 201-226, jul-ago 2011.

OPOTOW, Susan. Psychology of Impunity and Injustice: Implications for Social Reconciliation. In: *Post-conflict Justice*, BASSIOUNI, Cherif M. (edit), Ardsley: Transnational Publishers, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto: amnistías*. Nueva York/Ginebra: Publicación de las Naciones Unidas, 2009. Disponível em <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Amnesties_sp.pdf>. Último acesso em 04 de dezembro de 2015.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito Penal: um estudo comparado*. trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

PAONESSA, Caterina. *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*. Pisa: Edizioni ETS, 2009.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASTOR, Daniel R. - *El poder penal internacional - una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*. Barcelona: Atelier, 2006.

_____. *Encrucijadas del derecho penal internacional y del derecho internacional de los derechos humanos*. - Bogotá: Ibañez, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIETSCH, Andreas Feldmann. Algunas estrategias para potenciar al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. In: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los países andinos. Ensayos del VI Curso Regional Andino de Derechos Humanos para profesores de derechos, profesionales de organizaciones no gubernamentales y abogados defensores de derechos humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas/Fundación Konrad Adenauer, 2006.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: *Os direitos humanos e o direito internacional*. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, e ARAÚJO, Nádia de (orgs). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 115-138.

_____. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a reforma do Poder Judiciário. In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: hierarquia e incorporação à luz da Constituição brasileira. In : *O tempo e os direitos humanos*. FABRIZ, Daury Cesar/PETER FILHO, Jovacy/SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de/ ULHOA, Paulo Roberto/Fuchs, Horst Vilmar (coords) ((FABRIZ, Daury Cesar et al. (coords))). Rio de Janeiro/Vitória: Lumen Juris/Editora Acesso, 2011.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14.ed. rev. atual. - São Paulo: Saraiva, 2013.

POSNER, Eric. *Why the U.S. shouldn't sign on empty human rights treaties*. Disponível em <http://www.slate.com/articles/news_and_politics/view_from_chicago/2012/12/u_n_convention_on_the_rights_of_persons_with_disabilities_the_u_s_shouldn.html>, acesso em 28 de setembro de 2015.

_____. *The twilight of human rights law*. Oxford University Press. London: 2014. Resenha de: _____. Disponível em <<https://www.opendemocracy.net/openglobalrights/eric-posner/twilight-of-human-rights-law>>. Acesso em 28 de setembro de 2015.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 6. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

QUIROGA, Cecilia Medina. Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. AMARAL JUNIOR, Alberto do/JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.) - São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Curso de direitos humanos*. 2.ed. rev.atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROXIN, Claus. Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein? In: *Menschengerechtes Strafrecht - Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*. Hrsg. Arnold Jörg et al. Verlag C.H. Beck. München: 2005.

_____. *Strafrecht: allgemeiner Teil; Band I: Grundlagen; der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. Aufl. München: Verlag C.H. Beck, 2006.

_____. Tem futuro o Direito Penal? In: *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAFFERLING, Christoph J.M. *Can criminal prosecution be the answer to massive human rights violations?* German Law Journal. vol. 05, no. 12, p. 1.469-1.488, 2004. Disponível em <<http://www.uni-marburg.de/icwc/dateien/cancriminalprosecutionbetheanswer.pdf>>, acesso em 14 de outubro de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 47, 2004.

_____. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. GAUER, Ruth Mria Chittó (org). 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 197-224.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2. ed. rev. atual. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. . In: *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras, tomo II*. Colección autores de derecho penal, dirigida por DONNA, Edgardo Alberto. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constituicional Federal Alemão*. Edit. WOISCHNIK, Jan. Org. e Introd. MARTINS, Leonardo. Trad. Beatriz Hennig et al. Berlin/Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V./Fundación Konrad Adenauer, Oficina Uruguay, 2005. Disponível em <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf>. Acesso em 11 de novembro de 2015.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Observaciones sobre la relación entre Derecho Constitucional y Derecho Penal en España. *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?*. Buenos Aires: Fabián di Plácido, nº 2, 2011.

_____. *¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”*. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3313898>>. acesso em 25 de setembro de 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. In: *Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. _____ (org.). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

SUIAMA, Sergio Gardenghi. As obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos por meio do sistema de justiça criminal e seu impacto no direito penal brasileiro: o caso Gomes Lund vs. Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 108, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. XXXII, n. 97, 2005.

_____. *Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia*. In: *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 135 - Setembro de 2014. Porto Alegre: AJURIS, 2014.

_____. *A dupla face do Princípio da Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em <<https://www.mprs.mp.br/criminal/doutrina/id385.htm>> Acesso em 23 de novembro de 2015.

_____. *Dever de proteção. Qual a semelhança entre o furto privilegiado e o tráfico de drogas?* Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-jul-10/qual_semelhanca_entre_furto_privilegiado_trafico_drogas>. Acesso em 26 de outubro de 2015.

STRECK, Maria Luiza Schäfer, *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Anistia penal: problemas de validade da Lei de Anistia Brasileira (Lei 6.683/79)*. Curitiba: Juruá, 2007.

THAMAN, Stephen C. Should criminal juries give reasons for their verdicts? The spanish experience and the implications of the European Court of Human Rights decision in TAXQUET v. BELGIUM. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, Vol. 86:2, 2011. Disponível em <<http://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol86/iss2/8>>. Último acesso em 25 de fevereiro de 2016.

TIEDEMANN, Klaus. Constitución y Derecho Penal. Trad. ZAPATERO, Luis Arroyo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, núm. 33, sep-dic, 1991. Disponível em <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=48566>>, acesso em 17 de novembro de 2015.

TURESSI, Flávio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos. Proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015.

VARGAS, Elisabeth Santalla. La múltiple faceta de la tortura y los otros tratos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de los tribunales penales internacionales. In: *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (edits). Berlin/Montevidео: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2010.

VECCHIATI, Paulo Roberto Iotti. *Criminalização da homofobia. O Mandado de injunção e a criminalização de condutas*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas>>. Acesso em 23 de novembro de 2015.

VEGA, Dulce Maria Santana. Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente. In: *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Professor José Manuel Valle Muñiz*. Coord. OLIVARES, Gonzalo Quintero/PRATS, Fermín Morales. Elcano: Aranzadi Editorial, 2001.

VERÇOSA, Fabiane. Direitos humanos na Europa: cenário dos sistemas convencional e comunitário de proteção pós-Carta de Nice. In: *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VERVAELE, John A.E., Graves violaciones de derechos humanos y delitos internacionales: del ius (non) puniendi del estado-nación a un deber puniendi imperativo de ius cogens? *Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal da UFRGS*. v.1. n.1. (2013), p. 03-36.

VIEIRA, Oscar Vilhena, Desigualdade e a subversão do Estado de Direito, In: *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia (coords). 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VIEIRA, Renato Stanziola. Mandados implícitos de criminalização: da relação entre Constituição e Direito Penal a um inconstitucional exercício de ativismo judicial. *Revista de Ciências Penais*, v. 15, jul-dez/2011, p.419-450.

VIGANÒ, Francesco. L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali. In *Studi in onore di Mario Romano. IV*. Napoli: Jovene Editore, 2011.

WEICHERT, Marlon Alberto/FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. A responsabilidade por crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura militar. In: *Vinte Anos da Constituição Federal de*

1988. SOUZA NETO, Cláudio Pereira/SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (coords). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WESTON, Anthony. *A arte de argumentar*. Trad. Desidério Murcho. Lisboa: Gradiva, 1996.

ZAFFARONI, E. Raul *et al.* *Direito Penal brasileiro, II*. Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2a. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____. *Direito Penal Brasileiro I*, Ed. Revan, 4. ed, Rio de Janeiro: 2011.

ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão; e MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Ne bis in idem* e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo II*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/ELSNER, Gisela. Berlín/Montevidéu: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2011.

_____. O Brasil e a execução das decisões proferidas no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional - Tomo III*. AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/STEINER, Christian (edits). Berlin/Bogotá: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad-Adenauer-Stiftung/Fundación Konrad-Adenauer, 2013.

ZIRULIA, Stefano. *Da Strasburgo due nuove condanne all'Italia per l'impunità delle forze dell'ordine: Riflessioni a margine delle sent. 24 giugno 2014, Alberti c. Italia e 1 luglio 2014, Saba c. Italia (in attesa della sentenza sui fatti del G8 di Genova 2001)*. Diritto penale contemporaneo. Disponível em <http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/4/-/-/3205da_strasburgo_due_nuove_condanne_all_italia_per_l_impunit_delle_forze_dell_ordine/>. Acesso em 5 de novembro de 2014.