

MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: NOVOS PARADIGMAS DA PROTEÇÃO DAS VÍTIMAS DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 62 | p. 9 | Set / 2006
Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 6 | p. 547 | Ago / 2011DTR\2006\555

André de Carvalho Ramos

Doutor e Livre-Docente em Direito Internacional pela USP. Visiting Fellow do Lauterpacht Centre of International Law (Cambridge/UK). Professor Doutor da Universidade Bandeirante de São Paulo. Procurador Regional da República.

Área do Direito: Internacional; Penal

Sumário:

- 1.Novos paradigmas da repressão penal como instrumento de proteção de direitos humanos - 2.O direito internacional dos direitos humanos e suas ordens ao direito penal - 3.Os mandados expressos de criminalização do direito internacional dos direitos humanos - 4.Os mandados de criminalização implícitos do direito internacional dos direitos humanos - 5.Novo bloco de constitucionalidade após a EC 45/2004: o estatuto constitucional dos mandados internacionais de criminalização - 6.Conclusão: resgatando a vítima das violações de direitos humanos

Resumo: O direito internacional dos direitos humanos estabeleceu mandados expressos e implícitos de criminalização de condutas violadoras de direitos humanos. Essas ordens aos Estados exigem atividade interna de tipificação e também de investigação e persecução criminal dos autores de violações de direitos humanos. No Brasil, após a EC 45/2004, esses mandados de criminalização internacionais possuem agora dignidade constitucional tendo em vista o novo art. 5.º, § 3.º, da CF/1988 (LGL\1988\3).

Abstract: The International Human Rights Law established duties of criminalization of human rights violations, showing the struggle of the international community against impunity. These States duties entail the adoption of national criminal statutes and the inquiry of these crimes in order to bring perpetrators to justice. In Brazil, after the Constitutional Amendment 45, these international orders of criminalization now have constitutional dignity in view of the new paragraph third of the Constitution fifth article.

Palavras-chave: Mandado de criminalização - Direito internacional - Direitos humanos - Impunidade - Crimes - Tortura - Violência contra a mulher - Discriminação - Genocídio.

Key words: Duty of criminalization - International law - Human rights - Impunity - Crimes - Torture - Violence against women - Discrimination - Genocide.

Introdução: a proposta do artigo

O direito internacional dos direitos humanos possui uma relação dual com o direito penal e processual penal. Ao mesmo tempo em que pugna pela proporcionalidade, legalidade estrita, anterioridade das penas, zelo às garantias dos acusados (devido processo legal, presunção de inocência etc.) e outros, é cada vez mais evidente a existência de uma faceta punitiva, que ordena aos Estados que *tipifiquem* e punam criminalmente os autores de violações de direitos humanos.

De fato, há vários exemplos que afetaram o Brasil em passado recente. O relator especial da ONU contra a Tortura, Sir Nigel Rodley, recomendou ao Brasil que combatesse a impunidade dos torturadores agentes policiais e sugeriu diversos aperfeiçoamentos no sistema de investigação e persecução penal brasileiro. ¹A relatora especial da ONU contra execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias, Asma Jahangir, reforçou tal recomendação no seu relatório. ²Ainda no plano do direito internacional dos direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou a edição de leis de anistia aos autores de violação de direitos humanos. ³A Convenção Interamericana pela Eliminação de toda forma de discriminação contra a mulher (Convenção de Belém do Pará) estabeleceu o dever dos Estados de criminalizar a violência doméstica contra a mulher. ⁴

Assim, vários tratados internacionais de direitos humanos possuem dispositivos que *exigem dos Estados* a criminalização de determinadas condutas ofensivas aos direitos neles mencionados. Além disso, não é de hoje que as instâncias judiciais e quase-judiciais de defesa de direitos humanos extraem, pela via hermenêutica, dos textos internacionais um dever de investigar e punir criminalmente aqueles que violaram os direitos humanos. Obviamente, este dever exige também que o Estado tipifique penalmente a conduta impugnada para que possa investigar e punir (decorrência lógica).

Nasce um novo paradigma da relação entre o direito penal e a proteção dos direitos humanos, de ênfase na proteção da vítima e na punição dos algozes.

O presente artigo visa estudar essa faceta diferenciada do direito internacional dos direitos humanos enfocando, em especial, os mandados de criminalização explícitos e implícitos de condutas ofensivas aos direitos humanos.

Para tanto, estudar-se-á, inicialmente, a relação em movimento do direito penal e o direito internacional dos direitos humanos, que enfatiza, nos dias atuais, o combate à impunidade dos autores de violação de direitos humanos.

Após, será abordado o tema das ordens proferidas pelo direito internacional dos direitos humanos ao direito penal doméstico, como modo de implementação das inúmeras obrigações assumidas por um Estado quando celebra um tratado internacional de direitos humanos.

Em seguida, analisar-se-á o arcabouço normativo do direito internacional dos direitos humanos e seus mandamentos expressos e implícitos de criminalização.

Também será aqui abordado o efeito sobre os tratados internacionais de direitos humanos oriundos do novo art. 5.^o, § 3.^o, da CF/1988 (LGL\1988\3) (vide a EC 45/2004). O eventual estatuto constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos levará ao reconhecimento de novos mandados de criminalização no ordenamento brasileiro, além dos já previstos na Constituição, agora trazidos pelos tratados em comento.

À guisa de conclusão, realçaremos o resgate da dignidade da vítima de violação de direitos humanos. Ela tem o direito de exigir do Estado a tipificação das condutas, a investigação e punição penal dos autores de violações de direitos humanos.

1. Novos paradigmas da repressão penal como instrumento de proteção de direitos humanos

1.1 Direitos humanos e direito penal: a proibição do excesso e a proibição da insuficiência

Inicialmente, há que se adotar uma definição de direitos humanos, que são um conjunto mínimo de direitos necessário para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade.⁵

Quanto à terminologia, vê-se que, no Brasil, Sarlet adota a separação terminológica entre "direitos humanos" (matriz internacional) e "direitos fundamentais" (baseados nas Constituições).⁶ Para Jorge Miranda, o direito internacional utiliza o termo "direitos humanos" para ficar mais transparente a relação desses direitos com indivíduos e não com Estados ou outros entes internacionais.⁷ Assim, o adjetivo "humanos" significa que tais direitos são atribuídos a qualquer indivíduo, sendo assim considerados "direitos de todos". Ou, conforme ensina Nino, a expressão "direitos humanos" demonstra que tais direitos têm como único requisito de aplicabilidade, a condição humana.⁸

Há ainda aqueles que utilizam uma união entre os dois termos vistos acima, "direitos humanos" e "direitos fundamentais", criando-se a terminologia "direitos humanos fundamentais"⁹ ou ainda "direitos fundamentais do homem".¹⁰ Por outro lado, sustenta Comparato que os direitos fundamentais (*Grundrechte*) incluiriam todos os direitos humanos positivados, ou seja, já reconhecidos nos textos nacionais ou internacionais.¹¹

Essa "união de termos" mostra que a diferenciação entre "direitos humanos", representando os direitos reconhecidos pelo direito internacional, e os "direitos fundamentais", representando os direitos positivados nas Constituições e leis internas, perde a importância, ainda mais quando se vê, atualmente, um processo de *aproximação e mútua relação* entre o direito internacional e o direito

interno na temática dos direitos humanos.¹²Recentemente, foi editada a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, que é uma declaração internacional de direitos dos países integrantes da União Européia. Mesmo assim, utilizou-se o termo "direitos fundamentais", ao invés de "direitos humanos". Neste artigo serão utilizadas, de modo indistinto, os termos direitos humanos e direitos fundamentais, reforçando a idéia de que os direitos são de todos e que não há diferenciação de origem (norma internacional ou interna).

Por sua vez, a relação entre o direito penal e a proteção de direitos humanos é, *tradicionalmente*, vista pela faceta do conflito. Os direitos dos indivíduos impõem limites materiais e formais ao direito penal e à persecução criminal (investigação, processo e execução penal).

Desde Beccaria o direito penal desenvolve-se sob a atenta observação da proteção dos direitos fundamentais, de modo a impedir o excesso e a sanha vingativa e repressiva da sociedade e do Estado.¹³Assim, consagrou-se, ao longo dos séculos, a conformação do direito penal à proteção de direitos humanos, o que redundou em uma adequação constitucional do direito penal.

De fato, as Constituições como palco da proteção de direitos fundamentais, estipularam restrições à aplicação da lei penal (princípio da legalidade estrita, presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, irretroatividade da lei gravosa e retroatividade da lei benigna etc.), garantias processuais¹⁴(princípio do juízo natural, vedação do tribunal de exceção, atenção ao devido processo legal penal, legalidade e legitimidade das provas etc.) e ainda condicionamentos da execução penal (vedação de penas cruéis e desumanas, individualização da pena e direitos do sentenciado etc.).

Além disso, estabeleceram, em nome do estado de direito, vedações implícitas à própria atividade de tipificação em relação a exercícios legítimos de direitos fundamentais. Como exemplo, Feldens assinala que é proibido ao legislador penal "voltar-se contra um determinado comportamento sexual (v.g., punindo o homossexualismo). Em um Estado laico (secularizado), fundado na soberania popular, o Direito Penal não tem como missão "aperfeiçoar" moralmente os cidadãos. Sob os auspícios do Estado Social e Democrático de Direito, comportamento criminoso não se confunde com comportamento pecaminoso".¹⁵

Contudo, o direito penal não é só conformado e limitado pelas Constituições e seu rol de direitos, mas, em algumas situações ele é invocado como instrumento essencial de proteção de bens jurídicos. É uma nova faceta, agora amistosa, na relação entre os direitos humanos e o direito penal.

Surgem os *mandados constitucionais de criminalização*,¹⁶ que são os dispositivos constitucionais que ordenam a tipificação penal de determinada conduta, a imposição de determinada pena, a vedação de determinados benefícios ou até tratamento prisional específico.¹⁷Como sustentam Streck e Feldens, "(...) mais que um limite, deveremos entender a Constituição como fundamento da pena e do Direito Penal, verificando hipóteses em que a criminalização de determinadas condutas demonstra-se constitucionalmente requerida".¹⁸A nossa Constituição possui diversos mandados de criminalização expressos, como os previstos nos art. 5.º, XLII, XLIII e XLIV, da CF/1988 (LGL\1988\3).¹⁹

Além dos mandados expressos de criminalização, a doutrina e a jurisprudência de algumas Cortes Constitucionais do mundo extraíram pela via hermenêutica o chamado mandato implícito de criminalização, que seria a ordem de utilização do direito penal para proteger determinados bens jurídicos, que, sem o instrumento penal, ficariam insuficientemente protegidos.

Ou seja, ao mesmo tempo em que o Estado não pode se exceder no campo penal (proibição do excesso ou *Übermassverbot*), também não pode se omitir ou agir de modo insuficiente (proibição da insuficiência ou *Untermassverbot*).²⁰Assim, o Estado, ao descriminalizar graves ofensas a direitos fundamentais (por exemplo, o direito à vida) agiria contra a Constituição, pois a tutela penal seria considerada essencial para a adequada proteção desses bens jurídicos graças ao seu efeito dissuasório geral e específico.²¹

No que tange ao direito internacional dos direitos humanos, entendido como o *conjunto de direitos e faculdades que asseguram a dignidade da pessoa humana e se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas*,²² há idêntica conformação do direito penal aos direitos humanos. Basta verificar o extenso rol de direitos aos acusados constantes da Declaração Universal de Direitos Humanos, da Convenção Americana de Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, entre outros diplomas internacionais de direitos humanos.

Porém, há uma característica típica do direito internacional dos direitos humanos que hoje contamina os ordenamentos locais: desde sua origem, suas normas preocuparam-se com a punição penal aos autores de violações de direitos humanos.

De fato, os episódios bárbaros dos regimes totalitários na 2.^a Guerra Mundial foram utilizados para mobilizar a sociedade internacional, reunida na então recém-criada Organização das Nações Unidas, em torno dos ideais de proteção dos direitos humanos.²³ Tais episódios motivaram também a criação do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que reforçou o desejo de combater a impunidade dos autores de tais condutas odiosas e gerou o chamado "Direito de Nuremberg", que consiste em um conjunto de resoluções da Assembléia Geral da ONU e de tratados internacionais voltados para a punição dos autores de crimes contra a humanidade.²⁴

Entre tais resoluções devem ser citadas as Resoluções 3 e 95 da Assembléia Geral da ONU de 1946, nas quais se reconheceu como princípios de direito internacional aqueles afirmados durante o processo de Nuremberg. Os Estados, então, reconheceram expressamente a possibilidade de afastar a tradicional imunidade dos agentes públicos para puni-los com severidade pelos crimes bárbaros e odiosos cometidos. Além disso, a Resolução 3.074 (XXVIII) de 03.12.1973, da Assembléia Geral da ONU, estabeleceu regras internacionais de cooperação na detenção, extradição e punição dos acusados de crimes de guerra e crimes contra a humanidade e determinou a persecução criminal no país da detenção do acusado ou sua extradição para países cujas leis permitam a punição (*aut dedere aut judicare*²⁵). O direito internacional previu também a proibição da concessão de asilo a acusados de cometimentos de crimes contra a humanidade,²⁶ bem como a impossibilidade de caracterização desses crimes como crimes político para fins de concessão da extradição.²⁷

Cabe ainda lembrar que a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade (1973) estipulou a inaplicabilidade das chamadas "regras técnicas de extinção de punibilidade", as chamadas " *statutory limitations*", o que acarreta a imprescritibilidade destes crimes, no que foi acompanhada pelo Estatuto de Roma.²⁸

Este entrelaçamento entre a proteção de direitos humanos e o direito penal foi consagrado na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, de 1993. Tal Conferência foi um marco na proteção de direitos humanos no mundo, uma vez que reuniu mais de 180 Estados, bem como foram credenciadas como observadoras oficiais mais de oitocentas organizações não-governamentais e cerca de duas mil reuniram-se no "Fórum das ONG's". Ao longo de quinze dias, aproximadamente dez mil indivíduos, com experiência na proteção de direitos humanos ou representando seus Estados, dedicaram-se exclusivamente à discussão do tema.²⁹ O resultado foi a elaboração de uma Declaração e um programa de ação para a promoção e proteção de direitos humanos.³⁰

A Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Viena (1993) implantou, em definitivo, o dever dos Estados de punir criminalmente os autores de graves violações de direitos humanos para que seja consolidado o Estado de Direito, tendo sido estabelecido que os "Estados devem ab-rogar leis conducentes à impunidade de pessoas responsáveis por graves violações de direitos humanos, como a tortura, e punir criminalmente essas violações, proporcionando, assim, uma base sólida para o Estado de Direito."³¹

Assim, ficou consagrada uma nova forma de relacionamento entre a proteção dos direitos humanos e o direito penal, com foco, em especial, no revigorado desejo do direito internacional dos direitos penais pela repressão penal aos violadores de direitos humanos.

Cabe, a seguir, analisar os fundamentos de tal desejo de utilização do direito penal para a promoção e proteção dos direitos humanos.

1.2 Fundamentos da punição penal para proteger os direitos humanos: efeito dissuasório e trato igualitário

A vontade de punir do direito internacional dos direitos humanos é reflexo de um novo paradigma dos objetivos e dos limites do direito penal em um estado de direito. Esse novo paradigma envolve uma profunda discussão sobre qual são os deveres de proteção do Estado e quais os bens jurídicos devem protegidos pelo direito penal.

O principal marco teórico para esse paradigma é a teoria da dupla dimensão dos direitos

fundamentais, que afirma que os direitos fundamentais possuem uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva. A dimensão subjetiva consiste na dotação de direitos subjetivos aos beneficiários da proteção; já a dimensão objetiva é aquela que impõe deveres de proteção ao Estado.³²

Este dever de proteção dos direitos fundamentais exige que o Estado os protejam de forma ativa contra lesões perpetradas quer por agentes do Poder Público, quer por particulares.³³

Assim, a dimensão objetiva dos direitos humanos acarreta a constatação de que os direitos humanos não devem ser entendidos apenas como um conjunto de posições jurídicas conferidas a seus titulares, mas também como um conjunto de regras impositivas de comportamentos voltadas à proteção e satisfação daqueles direitos subjetivos conferidos aos indivíduos.

A dimensão objetiva faz com que direitos humanos sejam regras de *imposição de deveres*, em geral ao Estado, de implementação e desenvolvimento dos direitos individuais. Esses deveres geram a criação de procedimentos e também de entes ou organizações capazes de assegurar, na vida prática, os direitos fundamentais da pessoa humana. A dimensão subjetiva dos direitos humanos, adicionou-se essa dimensão objetiva, que recebeu tal denominação pela sua característica organizacional e procedimental, desvinculada das pretensões individuais.³⁴

Todavia, cabe a indagação, essencial para o tema em estudo: quais são os motivos pelos quais a proteção de direitos humanos *não pode* abrir mão da punição dos violadores de direitos humanos, ou seja, por que a proteção jurídico-penal dos direitos fundamentais é essencial e não pode ser substituída por outra qualquer?

Esta pergunta deve ser feita em dois momentos de invocação do direito penal pelo direito internacional dos direitos humanos. O primeiro momento é aquele no qual se pugna pela *criminalização* de determinada conduta violatória de direitos humanos. O segundo momento é justamente o da aplicação da lei penal já existente: por que os movimentos de direitos humanos apóiam e incentivam o Ministério Público contra o investigado ou acusado, exigindo punição?

Quanto ao primeiro momento (o da criminalização), observa-se que a tipificação penal é tida como essencial para que se realize o efeito dissuasório ou preventivo contra a conduta atacada.

Esta é a visão dos utilitaristas, que acreditam que o medo de uma punição penal faz com que se evite a repetição por parte do autor da conduta (prevenção específica) e ainda se evite sua multiplicação por parte dos demais membros da coletividade (prevenção geral). Hirsch sustenta, nessa linha, que "the risk of unpleasant consequences is a very strong motivational factor for most people in most situations".³⁵ Assim, diversos autores especializados no direito internacional dos direitos humanos, como Roth-Arriaza, vêem a impunidade como forte estímulo para a repetição das condutas.³⁶

Para o grande especialista brasileiro no campo da proteção internacional dos direitos humanos, Cançado Trindade, "o dever dos Estados de investigação e punição dos responsáveis por violações de direitos humanos encontra-se relacionado com o dever de prover reparações devidas às vítimas de tais violações. É ademais, dotado de caráter preventivo, combatendo a impunidade para evitar a repetição dos atos violatórios dos direitos humanos".³⁷ Ou seja, é reproduzida a crença no efeito de prevenção (geral e específica) das penas criminais. Esse dever de prevenção consiste, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no conjunto de todos os meios de natureza legal, política, administrativa e cultural que promova a proteção de direitos humanos e assegura que todas as violações sejam consideradas e tratadas como atos ilícitos, os quais, como tais, acarretam punição dos responsáveis e na obrigação de indenizar as vítimas.³⁸

Em sentido contrário, há aqueles, como Dimoulis, que criticam o "castigar em nome dos direitos humanos". Para o citado autor, "consideramos que a opção de responder à violência sistematicamente exercida contra os direitos humanos com a violência inerente às sanções penais é totalmente equivocada (...). A sanção penal, além de prejudicar as camadas sociais desfavorecidas, alimenta o círculo vicioso da violência social, tornando-se um instrumento de dominação que não pode nem deseja tutelar efetivamente os bens jurídicos da maioria da população".³⁹

De fato, é inegável o uso em várias situações do direito penal como forma de controle social e combate ao "inimigo", em especial na era da expansão do direito penal, de cunho meramente simbólico. Mas o que se discute na proteção jurídico-penal dos direitos humanos é justamente o



contrário: para que os direitos humanos sejam emancipatórios e universais é necessário que os autores das violações sejam punidos para que seus exemplos não se propaguem ou para que não repitam a conduta em futuras ocasiões.

Não é vingança ou retribuição, mas sim o desejo de implementação dos direitos humanos como vetor de tolerância e respeito, uma vez que a tutela penal dos direitos humanos aplica-se diretamente no cotidiano de pessoas vulneráveis a inúmeros abusos e violações.

Basta ver os casos de abuso de autoridade, tortura, execução sumária, desaparecimentos forçados, violência de gênero, discriminação e violência racial, entre outros, que, pela gravidade não poderiam ter a tutela penal substituída por outra. O Tribunal Constitucional Federal (TCF) da Alemanha adotou tal entendimento no chamado segundo caso sobre o aborto, de 1993. O TCF reiterou sua aderência ao dever estatal de proteção dos direitos fundamentais por meio da tutela penal e seu apego à tese da proibição da insuficiência. Para o TCF "por ser a proteção da vida humana de sua morte uma tarefa elementar do Estado, a proibição de insuficiência também não permite que simplesmente se desista do uso do meio direito penal e do efeito de proteção que dele parte".⁴⁰

Assim, na esteira de ser o direito penal um instrumento de *ultima ratio* invocado para proteger os bens jurídicos essenciais, justifica-se o uso da sanção penal para proteger os direitos fundamentais.

Em relação ao segundo momento (o da aplicação da lei penal) há aqueles que afirmam que o combate à impunidade dos violadores de direitos humanos relaciona-se com a eficiência do Estado e o respeito à universalidade da aplicação da lei. A universalidade e a objetividade do ordenamento jurídico exigem que o Estado aplique a lei para todos, impedindo que alguns escapem da punição.⁴¹

Por isso a defesa do fim da impunidade dos autores de violações de direitos humanos, como nos casos emblemáticos do Carandiru, Eldorado dos Carajás, Febem de São Paulo (entre outros), transcende o desejo de se impedir repetições da conduta violadora e vincula-se à exigência de tratamento isonômico e respeito ao estado de direito.

Nessa linha, fica patente a existência de uma característica democrática da tutela penal, fraturada pela impunidade seletiva dos autores de violações de direitos humanos. Nesse sentido, sustenta Lima Lopes que "quando os movimentos de defesa dos direitos humanos insistem na punição dos violadores de direitos fundamentais da pessoa humana estão reafirmando o poder do Estado em fazer valer universalmente a lei. Isto quer dizer garantir direitos e não privilégios, pois a rigor a lei beneficia a todos.".

O citado autor ainda faz menção a uma espécie de "efeito carona" perverso da impunidade: ela aumenta o chamado "fardo da convivência", ou seja, faz com que a vida em sociedade se aproxime da lei da selva, uma vez que o exemplo da impunidade contamina e inspira novos comportamentos deletérios.⁴²

Na mesma linha, defende Ambos que "a contemplação passiva por parte do Estado" das graves violações de direitos humanos representa a fratura do direito e incentivo à justiça pelas próprias mãos.⁴³

Do ponto de vista do tratamento isonômico, a impunidade dos violadores de direitos humanos é nefasta, pois o afastamento da tutela penal só ocorre para os privilegiados, com acesso a algum filtro da impunidade. Com isso, cria-se um Estado dúbio, no qual a tutela penal ora é ativada, quando os autores são dos grupos marginalizados, ora é impedida, quando os autores são agentes públicos graduados ou membros da elite econômico-social do país.

Devemos, então, reavaliar o papel do direito penal na proteção de direitos humanos. É de interesse recordar que Sarlet indaga ao analisar os mandados de criminalização: "Quais alternativas eficazes o direito penal pode ofertar? Um minimalismo extremado (e progressivamente autista) é a única alternativa? E seria proporcional, ao desconsiderar a necessidade social?"⁴⁴

Como resposta a tal pergunta, eis o libelo de Lima Lopes: "a defesa dos direitos humanos depende em medida importante da redução dos níveis de impunidade. Do ponto de vista da filosofia do direito, a impunidade não se sustenta nem se justifica; do ponto de vista das condições da vida política de cidadãos livres tampouco, pois seu resultado é perverso".⁴⁵

2. O direito internacional dos direitos humanos e suas ordens ao direito penal

Desde cedo o direito internacional dos direitos humanos, ao buscar promover os direitos de todos os indivíduos, fez menção à necessidade de prevenir as violações de direitos humanos e, no caso de ocorrência destas, de reparar os danos causados às vítimas.

Com efeito, a Declaração Universal de Direitos Humanos, peça-chave no direito internacional, estabeleceu, em seu art. 8.º, que toda pessoa vítima de violação a sua esfera juridicamente protegida tem direito a um recurso efetivo perante os tribunais nacionais, para a obtenção de reparação.⁴⁶

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU estabelece o mesmo direito, em seu art. 2.º, § 3.º, o que também ocorre na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (art. 6.º). Na Convenção Internacional contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, todo Estado-parte deve assegurar às vítimas reparação de todo dano sofrido (art. 14, § 1.º).

Com o desenvolvimento legislativo internacional dos direitos humanos, consagrou-se, na década de 90, o *foco na implementação dos direitos protegidos*.⁴⁷ No seio da Organização das Nações Unidas, cite-se o trabalho desenvolvido por Theo Van Boven, relator especial da Comissão de Direitos Humanos para a redação de resolução contendo os princípios básicos do direito à reparação das vítimas de violações de direitos humanos e do direito internacional humanitário.⁴⁸ Finalmente, em dezembro de 2005 foi aprovada a Resolução 60/147 da Assembléia Geral das Nações Unidas referente aos princípios sobre o direito à reparação das vítimas de violações graves de direitos humanos.⁴⁹

Tal resolução, após vários anos de discussão desenvolvida pelo relator Theo Van Boven consagrou o dever de investigar, processar e punir criminalmente os autores de violações de direitos humanos como parte da obrigação genérica dos Estados de respeitar e garantir os direitos humanos.

O art. 3.º da citada Resolução é claro: "a obrigação de respeito, garantir o respeito e implementar o Direito Internacional dos Direitos Humanos como determinado pelos seus respectivos órgãos jurídicos, inclui, *inter alia*, o dever de (...) b) investigar as violações de modo efetivo, pronto, completo e imparcial, e, no caso de ser adequado, propor ação contra aqueles presumidamente responsáveis de acordo com a lei doméstica e o Direito Internacional".⁵⁰

Com isso, vê-se que está consolidado no direito internacional dos direitos humanos o desejo do uso do direito penal como instrumento de repressão aos autores de violação de direitos humanos. Tal uso é feito por meio do estabelecimento de *mandados expressos ou implícitos de criminalização*. Nesse diapasão, estudaremos a seguir tais mandados expressos (previstos nos tratados de direitos humanos) e os implícitos, que são aqueles extraídos como parte dos deveres genéricos de respeito e garantia dos direitos humanos impostos aos Estados. Para tanto, estudaremos tanto o texto dos tratados (no caso dos mandados expressos) quanto a jurisprudência das Cortes de Direitos Humanos encarregadas de interpretar o alcance dos deveres genéricos dos Estados (no caso dos mandados implícitos).

3. Os mandados expressos de criminalização do direito internacional dos direitos humanos

3.1 Noções gerais

Cabe salientar que o presente artigo não visa estudar os mandados de criminalização impostos pelo direito internacional penal e que, indiretamente, tutelam direitos humanos, tal como ocorre com os Protocolos à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo).⁵¹ De fato, tais protocolos trazem diversos mandados de criminalização, mas são, em essência, tratados típicos do direito internacional penal.

Logo, o presente artigo visa estudar tão-somente os mandados de criminalização em *tratados tradicionais de direitos humanos*, que se diferenciam dos demais porque são voltados à promoção do direito ou direitos neles inseridos.

Excepcionalmente, abordaremos os mandados de criminalização mencionados em tratados internacionais penais *com vocação precípua* para a defesa dos direitos humanos, como é o caso daqueles que prevêm a criminalização do genocídio (prevista na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio⁵²), dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra.⁵³

Nesses casos, vê-se que a ampla normatividade internacional sobre o tema protege, por certo, direitos fundamentais (vida, integridade física etc.) e possui inequívoca vocação de proteção de direitos humanos por meio do uso da tutela penal, mesmo que os tratados em questão pertençam ao direito internacional penal ou humanitário.

Por fim, cabe salientar que os mandados expressos abaixo estudados obrigam o Brasil a editar leis que descrevam a conduta como típica penalmente e que a sancionem. Por isso, estudaremos de que modo o Brasil cumpriu o comando internacional de tipificação e punição penal.

3.2 Tortura

A proteção internacional ao direito à integridade física gerou o dever dos Estados em tipificar o crime de tortura. O art. 4.º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes dispõe que cada Estado-parte "assegurarà que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal (...)".⁵⁴ O mesmo aplica-se à tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura.

Além disso, ficou estabelecido que cada Estado-parte punirá esses crimes com penas adequadas que levem em conta sua gravidade. A jurisdição universal também não foi esquecida pela Convenção e o art. 5.º preconiza que todos os Estados devem estabelecer sua jurisdição sobre tais crimes, nos casos em que o suposto autor se encontre em qualquer território sob sua jurisdição e o Estado não o extradite (*aut dedere aut judicare*).

A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985 também dispôs, no seu art. 1.º, que os Estados-partes obrigam-se a prevenir e a punir a tortura.⁵⁵

Já o Comitê estabelecido pela Convenção contra a Tortura, confrontado com as leis internas restringindo a persecução penal ou mesmo extinguindo a punibilidade dessas violações de direitos humanos, decidiu que a Convenção, quando aborda a proteção penal contra a tortura, inclui a necessidade de investigação e punição. Concluiu o citado Comitê que os Estados devem evitar leis de anistia a atos de tortura, pois tais leis violam o dever de investigar e punir o crime de tortura.⁵⁶

Por sua vez, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura estabeleceu, em seu art. 6.º, que os Estados-partes tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição, em especial as graves medidas de natureza penal. Assim, os Estados-partes assegurar-se-ão de que "todos os atos de tortura e tentativas de praticar atos desta natureza sejam considerados delitos em seu Direito Penal estabelecendo penas severas para sua punição, que levam em conta sua gravidade."

Os Estados-partes obrigam-se também a tomar medidas efetivas para prevenir e punir outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, no âmbito de sua jurisdição.

No Brasil, a Lei 9.455/97 cumpriu esse mandado de criminalização, tendo tipificado várias condutas como sendo tortura (vide art. 1.º da citada lei), ampliando até o conceito previsto em ambas as Convenções vistas acima de ser a tortura um crime próprio de agentes públicos e transformando-a em crime comum, podendo ser cometido por agente público ou por particular.

Parte da doutrina brasileira enxergou ser tal ampliação da subjetividade ativa do crime de tortura inconstitucional.⁵⁷ A inconstitucionalidade da citada lei teria ocorrido por ofensa aos tratados internacionais acima mencionados estipulantes dos mandados de criminalização (que teriam estatuto de norma constitucional, *ex vi* o art. 5.º, § 2.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)⁵⁸), que ordenavam somente a criminalização da tortura realizada por agentes públicos. Por outro lado, é razoável defender que as citadas convenções combatem a proteção insuficiente e não impedem que o Estado contratante, no afã de defender a integridade física e psíquica, também puna os particulares que cometem tais atos, transformando a tortura em crime comum.⁵⁹

3.3 Discriminação racial, xenofobia e intolerância

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial expressamente ordenou a criminalização da discriminação racial.⁶⁰ De fato, seu art. 4.º dispõe que os Estados devem declarar, como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódios raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer

atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento.

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena também fez menção ao mandado de criminalização da discriminação racial, xenofobia e intolerância ao instar todos os Governos a "tomarem medidas imediatas e desenvolverem políticas vigorosas no sentido de evitar e combater todas as formas de racismo, xenofobia ou manifestação análogas de intolerância, onde seja necessário, promulgando leis adequadas, adotando medidas penais cabíveis e *estabelecendo instituições nacionais para combater fenômenos dessa natureza*".⁶¹

No Brasil, o chamado crime de preconceito é tipificado pela Lei 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Também cabe lembrar que a Lei 9.459, de 1997 alterou o art. 140, do CP (LGL\1940\2), que trata do crime de injúria, e criou nova forma típica qualificada (§ 3.º) envolvendo valores concernentes a raça (injúria racial), o que aumenta a pena.

Além disso, a Lei 10.741/2003 alterou novamente o art. 140 do Código Penal (LGL\1940\2) e inseriu, na figura típica qualificada do seu § 3.º outros valores para protegê-los do preconceito. Assim, é maior a pena da injúria se forem utilizados elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

3.4 Violência contra a mulher

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (também chamada de Convenção de Belém do Pará) foi explícita em estabelecer mandados de criminalização de condutas de violência contra a mulher.⁶²

Para o art. 7.º, *d* e *e*, da citada Convenção, os Estados-partes devem "adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas e prevenir, punir e erradicar a dita violência e empenhar-se em (...) incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher".⁶³

A Convenção de Belém do Pará distinguiu-se da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas,⁶⁴ que tão-somente dispôs que os Estados-partes deveriam tomar as *medidas apropriadas* para combater as diversas formas de exploração e discriminação contra a mulher.

De fato, o art. 6.º dessa última Convenção, ao tratar do importante tema do tráfico de mulheres, apenas estabeleceu que os Estados deveriam tomar "medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para suprimir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração de prostituição da mulher". É claro que, entre as "medidas apropriadas", podem os Estados lançar mão da tutela penal, mas não ficou estabelecido um dever expresso de criminalização.

Já a Convenção de Belém do Pará, por seu turno, foi invocada como fundamento para a alteração do Código Penal (LGL\1940\2) brasileiro no que tange à violência contra a mulher. Já em 2004, a Lei 10.886/2004 incluiu um tratamento normativo específico no tipo penal da lesão corporal intitulado "Violência Doméstica", inclusive com causa de aumento de pena (novo § 9.º do art. 129). Recentemente, foi editada a Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, que engendrou um novo tratamento de combate à violência contra a mulher no Brasil, contendo normas cíveis, penais e processuais. De acordo com o artigo primeiro da lei, foram criados mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil. Cabe salientar que este novo diploma normativo aumentou a pena ao agressor (vide seu artigo 44) para impedir que fosse o tipo penal da violência doméstica submetido às regras gerais dos crimes de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/95).

3.5 Genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade

O primeiro mandado de criminalização do direito internacional relativo a um direito fundamental, o direito à vida, foi previsto na Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio.⁶⁵

Esta Convenção dispôs que os Estados "confirmam que o genocídio, quer cometido em tempo de paz, quer em tempo de guerra, é um crime contra o Direito Internacional, o qual elas se comprometem a prevenir e a punir" (art. 1.º). Consequentemente, os Estados assumiram o compromisso de "estabelecer sanções penais eficazes aplicáveis às pessoas culpadas de genocídio" (art. 5.º).

Fica claro, pela conjunção dos dois dispositivos da citada Convenção, que a criminalização do genocídio é um mandado ao Estado no plano interno e, ainda, é o genocídio um crime internacional. Posteriormente, o crime de genocídio foi consagrado como um crime internacional pelo art. 6.º do Estatuto de Roma, que expressamente o lista como sendo um dos crimes internacionais e que impõem a tipificação interna.

Já os crimes de guerra contam com mandado expresso de criminalização estabelecido em cada uma das Convenções de Genebra de 1949. Tais Convenções retomam a noção de jurisdição universal e estipulam que os Estados contratantes estão obrigados a perseguir criminalmente as pessoas acusadas de violações do direito humanitário internacional ou, ao menos, entregar tais pessoas a outro Estado contratante para que seja feita a punição criminal. De acordo com os dispositivos convencionais, as partes contratantes de tais Convenções (o Brasil é parte em todas) estão obrigadas a localizar as pessoas que cometeram graves violações das Convenções, bem como processá-las, não importando a nacionalidade destas, ou então, entregá-las para julgamento em outro Estado contratante. Tal disposição, com diferentes numerações mas com igual conteúdo, consta das quatro Convenções de Genebra de 1949.

Quanto aos crimes contra a humanidade, os horrores da 2.ª Grande Guerra, que justamente motivaram (entre outras causas) o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos, também acarretaram a criação de mandados de criminalização dessas condutas. O Estatuto de Roma, no seu art. 7.º, as define como sendo um ato odioso especificado (por exemplo, o homicídio, tortura, perseguição etc.) quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque.

Por outro lado, o preâmbulo do Estatuto de Roma realça o vínculo entre o direito penal e a proteção de direitos humanos por meio do combate à impunidade e, conseqüentemente, pela obtenção do efeito de prevenção a novas violações. Com efeito, no preâmbulo, estabeleceu-se que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais, pois crimes de tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade. Logo, tais "crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional", uma vez que é imperioso "por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes".⁶⁶

No Brasil, cumpriu-se o mandado de criminalização do genocídio por meio da Lei 2.889/1956. No caso dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade, não foi ainda aprovada a legislação interna de complemento ao Estatuto de Roma.

4. Os mandados de criminalização implícitos do direito internacional dos direitos humanos

4.1 Conceito e justificativa: a proibição da insuficiência

No que tange ao nosso estudo, os mandados implícitos de criminalização consistem em deveres de criminalizar as condutas de violação aos direitos fundamentais fundados tão-somente na menção ao direito protegido em determinado tratado internacional de direitos humanos.

A justificativa para a existência de mandados *implícitos* de criminalização está na chamada teoria da dupla dimensão dos direitos fundamentais, já vista, e também no próprio princípio da proibição da insuficiência, extraído como uma decorrência da existência do princípio da proibição do excesso (conforme visto acima).

A teoria dos mandados implícitos de criminalização recebeu forte incentivo, no plano dos tribunais domésticos, da decisão do Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemão que declarou inconstitucional dispositivo legal que descriminalizava sem condições o aborto.⁶⁷ Na visão do Tribunal "(...) se, a saber, a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de



outra maneira, o legislador é obrigado a valer-se dos instrumentos do direito penal para garantir a vida em desenvolvimento (...). Não se trata, destarte, de um dever 'absoluto' de penalizar, porém da 'obrigação relativa' de utilizar a tipificação penal, surgida do reconhecimento da insuficiência de todos os demais meios".⁶⁸

Continuou o TCF, em verdadeira aula sobre a autorização implícita do uso do direito penal para proteger direitos fundamentais: "não convence a objeção de que não se possa deduzir de uma norma de direito fundamental garantidora de liberdade a obrigatoriedade do Estado de sancionar criminalmente. Se o Estado é obrigado, por meio de uma norma fundamental que encerra uma decisão axiológica, a proteger eficientemente um bem jurídico especialmente importante também contra ataques de terceiros, freqüentemente serão inevitáveis medidas com as quais as áreas de liberdade de outros detentores de direitos fundamentais serão atingidas".⁶⁹

Fixado o conceito, cabe averiguar, a seguir, de que modo o direito internacional dos direitos humanos reconheceu os mandados implícitos de criminalização.

4.2 Os mandados implícitos de criminalização na visão dos tribunais internacionais de direitos humanos

Os mandados implícitos de criminalização pressupõem a atividade judicial de interpretação de textos normativos. No direito internacional dos direitos humanos, tais mandados foram extraídos de textos convencionais em especial graças à atividade hermenêutica de duas Cortes regionais de direitos humanos: a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Européia de Direitos Humanos. Essas Cortes interpretaram respectivamente a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Européia de Direitos Humanos no sentido de reconhecer a necessidade de punição penal aos autores de violações de direitos humanos.

Como ambas as Convenções não possuem mandados de criminalização expressos, tal dever dos Estados de investigar, perseguir em juízo e punir os autores de tais violações foi decorrência de dois tipos de dispositivos convencionais. O primeiro tipo foi o que estabelecia os deveres genéricos dos Estados de garantia e respeito aos direitos humanos estatuídos nesses textos convencionais (por exemplo, o art. 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos). O segundo tipo de dispositivo foi aquele que contempla o direito à proteção judicial e ao devido processo legal por parte de todos os indivíduos (por exemplo, o art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos).

Quanto ao primeiro fundamento, vê-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no célebre caso Velásquez Rodríguez, sustentou que o dever de investigar, processar e punir criminalmente é fruto do disposto no art. 1.1 da Convenção.⁷⁰ Tal artigo impõe aos Estados a obrigação de garantia do respeito aos direitos protegidos pela Convenção, o que implica em dizer que cabe aos Estados prevenir a ocorrência de novas violações.

Assim sendo, o direito internacional dos direitos humanos estipulou verdadeiros mandados implícitos de criminalização por meio do reconhecimento do dever de investigar e punir criminalmente os autores de violação de direitos humanos. De fato, para que se puna criminalmente é necessário que o Estado tenha antes tipificado a conduta em tela.

Ou seja, nasceram novas ordens de tipificação penal aos Estados.

Esse posicionamento da Corte repetiu-se nos casos seguintes. Cite-se a decisão relativa ao caso Suarez Rosero, na qual novamente a Corte estabeleceu o dever do Estado equatoriano de investigar e punir as pessoas responsáveis pelas violações de direitos humanos mencionadas na sentença. De acordo com a Corte, "Como consecuencia de lo dicho, la Corte considera que el Ecuador debe ordenar una investigación para identificar y, eventualmente, sancionar a las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se ha hecho referencia en esta sentencia".⁷¹

Outro caso importante foi o caso Villagrán Morales y otros (caso dos meninos de rua), no qual a Comissão Interamericana de Direitos Humanos processou a Guatemala pela absolvição dos acusados dos homicídios de cinco meninos de rua guatemaltecos. Ficou demonstrada grave violação ao dever de investigar e punir, incluso no dever genérico de garantia de direitos humanos presente na Convenção Americana de Direitos Humanos. Cabe salientar que a Guatemala apresentou, em sede de Exceções Preliminares, a objeção de coisa julgada pro reo. A Corte Interamericana de



Direitos Humanos não acatou tais pleitos, o que confirma o princípio de que todo ato judicial é sujeito à apreciação internacional no âmbito do direito internacional dos direitos humanos.⁷²

Cabe transcrever parte da decisão da Corte neste caso dos meninos de rua da Guatemala, na qual ficou disposto que "(...) debe la Corte señalar que, del artículo 1.1, se desprende claramente la obligación estatal de investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención como medio para garantizar tales derechos".⁷³

Para Jete Jane Fiorati, por seu turno, a Corte demonstrou, assim que "é dever dos Estados prevenir, investigar e punir as violações dos direitos consagrados na Convenção."⁷⁴

Quanto à segunda categoria de fundamento, vê-se que os tribunais internacional de direitos humanos decidiram que o direito de acesso à justiça e o direito ao devido processo legal não cabe somente ao acusado, mas também à vítima das violações e seus acusados.

Assim, a vítima passou a ter, no direito à proteção judicial, a justificativa para exigir punição penal aos autores de violações de direitos humanos. Um notável giro copernicano na interpretação tradicional desse direito.

O caso Genie Lacayo (conhecido como caso da comitiva de Ortega) é paradigmático. Neste caso, a Nicarágua foi acusada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos de delonga injustificada na punição penal contra os responsáveis pelo assassinato de Jean Paul Genie Lacayo, jovem que morreu ao ter seu carro metralhado pelos acompanhantes militares da escolta do General Humberto Ortega. A Corte reconheceu que, além do direito à vida, havia sido violado o direito ao devido processo legal (art. 8.1 da Convenção) e titularizado pelo pai da vítima (Sr. Raymond Genie Peñalba) no campo penal.⁷⁵

Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo pouco estudado ainda no Brasil, revelou a existência de um novo papel da vítima no processo penal : o de exigir a punição dos autores das violações de direitos humanos sem qualquer exigência de prova de interesse material ou indenização na esfera cível.

Na mesma toada a Comissão Interamericana publicou o Informe 54/2001, no qual o Brasil foi condenado pela Comissão por violação de direitos humanos causada, basicamente, pela delonga do Tribunal de Justiça do Ceará em aplicar a lei penal contra o acusado em prazo razoável.⁷⁶ Nessa linha, Denise Abade sustenta a existência de um direito ao devido processo legal penal em prazo razoável quer para o acusado, quer para a acusação.⁷⁷

Com efeito, no chamado caso "Maria da Penha Maia Fernandes", a Comissão considerou que a delonga por mais de 17 anos em prestar justiça e punir o responsável por fatos graves de violência contra a mulher era atribuída ao Brasil, não importando, é claro, terem sido os atos realizados pelo Poder Judiciário de ente federado (no caso, o do Ceará).⁷⁸

Assim, o dever de punição dos autores de violações de direitos humanos está fundamentado no art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (direito da vítima e dos parentes das vítimas ao devido processo legal), no art. 25 (direito ao acesso à justiça ou proteção judicial) e finalmente no art. 1.1 (obrigação de garantir os direitos humanos, por meio da punição aos autores das violações).

Por seu turno, a Corte Européia de Direitos Humanos interpretou o direito a remédio judicial previsto no art. 13 da Convenção Européia de Direitos Humanos para nele incluir a obrigação do Estado de investigar e punir criminalmente. Cite-se, então, o caso X e Y contra Holanda, no qual questionou-se a legislação criminal holandesa, que previa o direito de queixa penal exclusivamente pela vítima. Como a vítima era incapaz, a persecução penal tornou-se impossível. A Corte considerou que a ação cível (como alegava o governo) não era uma remédio adequado como reparação, após ofensa aos direitos humanos.⁷⁹

Sendo assim, a Corte condenou o Estado holandês, que, de acordo com a sistemática do antigo art. 50 da Convenção Européia de Direitos Humanos, reparou o dano ao modificar o seu Código Penal (LGL\1940\2), possibilitando aos representantes legais de incapaz de representar penalmente contra o ofensor sexual da vítima. Logo, em face da Convenção Européia de Direitos Humanos, uma das consequências da violação de direitos humanos é a necessidade da investigação e persecução penal.



Por outro lado, não basta uma declaração vazia de conteúdo do Estado de que "iniciará as investigações".⁸⁰ De fato, no caso dos meninos de rua da Guatemala, houve vários assassinatos e torturas constatadas de crianças, sem que os responsáveis fossem punidos, em face da ausência de uma investigação séria por parte do aparato policial-judicial daquele Estado. Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi direta ao ponto e declarou que "Esta Corte ha señalado con claridad que la obligación de investigar debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad".⁸¹

Deve-se evitar, então, que o ônus da prova do envolvimento de agentes públicos seja da vítima, pois o Estado deve possuir agentes independentes capazes de auxiliar a busca da verdade. Pelo contrário, deve ser estabelecido, sob pena da responsabilização internacional do Estado, um sistema interno eficiente de investigação, punição e indenização às vítimas.⁸² Em resumo, o direito internacional dos direitos humanos exige que o Estado infrator investigue em boa-fé todas as alegações de violação de tratados internacionais de direitos humanos. A perda de cargos públicos e a impossibilidade de reocupar tais funções também devem ser impostas, de modo a impedir novas violações.⁸³

À guisa de conclusão, sustenta Flávia Piovesan que "(...), em um Estado Democrático de Direito, a vítima de um crime tem o direito fundamental à proteção judicial, não podendo a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (como prevê o art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3))."⁸⁴ Ensina, com habitual maestria, então, a citada Professora que: "Ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário conjuga-se o dever do Estado de investigar, processar e punir aqueles que cometeram delitos".⁸⁵

Tal dever de investigação, persecução e punição mencionado por Flávia Piovesan deverá ser cumprido internamente, de acordo com os mecanismos constitucionais e processuais existentes.

4.3 Breve análise das leis de anistia e o dever de punir penalmente os autores de violações de direitos humanos

Cabe abordar, nesse ponto do estudo, as leis de anistia em face do dever de punir penalmente os autores de violações de direitos humanos, tendo em vista o interesse do tema para o Brasil.

Na Argentina, a política especial de reparação a vítimas da ditadura militar iniciou-se em 1986 com a edição da Lei 23.466 de 30.10.1986, que estabeleceu pensões para familiares de pessoas desaparecidas de maneira involuntária até o dia 10.12.1983. Novos diplomas normativos foram editados e aumentaram progressivamente o número de beneficiários do programa de reparação, sendo fixadas as bases para o cálculo da reparação.⁸⁶

No caso chileno, a Comissão Nacional de Verdade e Reconciliação propôs ao governo chileno uma série de medidas destinadas a reparação às vítimas e seus familiares de atos violadores de direitos humanos durante a ditadura. Assim, com base nesse trabalho, foi editada a Lei 19.123 de 03.01.1992, que proporcionou uma série de vantagens financeiras às famílias e vítimas de violações, como pensões e indenizações de prestação única, além de auxílio médico e educacional.

No caso uruguaio, a Lei 15.848, de dezembro de 1986 estabeleceu a extinção da punibilidade dos autores de crimes contra os direitos humanos durante a ditadura. Essa extinção não afetou o pagamento de indenizações às vítimas e familiares, mas impossibilitou a persecução criminal dos autores dos delitos.

No Brasil, cite-se a Lei 6.683/1979, que concedeu anistia ampla, geral e irrestrita aos que participaram do processo de golpe e manutenção do regime ditatorial e também àqueles acusados de crimes políticos e conexos. Em 1995, foi aprovada a Lei 9.140 que estabeleceu o montante da indenização às vítimas e familiares de pessoas mortas ou desaparecidas por violações de direitos fundamentais por parte do Estado brasileiro.

Entretanto, a obrigação internacional, nascida da violação de direitos humanos, de investigar e punir - cada vez mais clara em tratados de direitos humanos - foi deixada de lado pelas leis de reconciliação nacional.



Essa omissão proposital fez parte de um processo no qual os agentes responsáveis pelas violações de direitos humanos exigiram um tratamento privilegiado em troca do apoio à redemocratização.

Entretanto, não pode o Estado opor sua legislação interna como justificativa para o inadimplemento da obrigação de investigar e perseguir em juízo os agentes responsáveis pelos atos de violação de direitos humanos.

O conflito entre a legislação interna e a internacional torna-se agudo, quando, em alguns casos, a própria população vítima das ditaduras dá o seu apoio, via plebiscito, à solução de reconciliação nacional. Foi o caso do Uruguai.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por seu turno, manteve-se fiel aos princípios da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos e condenou o Estado uruguaio pela edição da lei de reconciliação nacional, que atentaria contra o dever de investigar e punir os responsáveis pelos atos de violações de direitos humanos. Para a Comissão, o Uruguai, ao editar a citada Lei 15.848, de 1986, violou o art. 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (garantia e respeito aos direitos humanos). Logo, tal lei interna é incompatível, segundo a Comissão, com a Convenção Americana de Direitos Humanos e com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu recomendando ao Uruguai que adotasse todas as medidas necessárias ao estabelecimento da verdade dos fatos e da identificação dos responsáveis pelas violações.⁸⁷

No caso Loayza Tamayo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos enfrentou a posição do Estado peruano, que se insurgiu contra o dever de investigar e punir os responsáveis pela ilegal detenção da Sra. Tamayo, alegando anistia geral aos membros das Forças Armadas e Polícias Civil e Militar.⁸⁸ A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi enfática ao repudiar a posição do Peru. Para a Corte, os Estados não podem justificar o inadimplemento de suas obrigações internacionais invocando dispositivos internos. Logo, como a Convenção Americana de Direitos Humanos garante que toda pessoa sujeita a jurisdição de um Estado o acesso à justiça para fazer valer seus direitos, impõe-se aos Estados a obrigação de prevenir, investigar, identificar e sancionar os autores das violações de direitos humanos.⁸⁹

Já no caso Barrios Alto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou seu entendimento de que as leis de anistia violam a Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, em passagem extremamente clara, a Corte determinou que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".⁹⁰

Foi determinado ao Estado peruano, então, que simplesmente investigasse, processasse e punisse os responsáveis pelas violações, até então, "anistiados".⁹¹

Resta saber qual deve ser a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em face da lei de anistia brasileira. Tal assertiva pode parecer surpreendente, pois o Brasil, ao reconhecer a jurisdição da Corte, em dezembro de 1998, inseriu no ato de reconhecimento, a tradicional "cláusula temporal", pela qual somente casos ocorridos após tal data seriam adjudicáveis à Corte.

Contudo, há precedentes na jurisprudência da Corte que reconhecem o caráter permanente de determinadas violações de direitos humanos. Cite-se, por exemplo, o caso Blake, no qual a Guatemala justamente alegou não ter a Corte jurisdição sobre os eventos que ocasionaram o assassinato do jornalista americano Nicholas Blake, que ocorreu em 1985, efetivamente antes do reconhecimento jurisdição da Corte pelo Estado guatemalteco, o que ocorreu em 1987. A Corte não aceitou tal defesa preliminar, uma vez que a violação analisada não dizia respeito à violação ao direito à vida do Sr. Blake, ocorrida em 1985, mas sim, à violação do art. 1.1, entre outros, uma vez que a Guatemala, até o julgamento do caso, não havia ainda punido os responsáveis por aqueles atos bárbaros. Logo, a violação a tais artigos eram violações que perduravam no tempo, sendo posteriores ao reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte.⁹²

No caso brasileiro, em face do ocorrido na chamada "guerrilha do Araguaia", a situação é similar. Os



fatos e a lei da anistia são da década de 70, bem antes do reconhecimento brasileiro da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas os corpos continuam desaparecidos e os responsáveis por eventuais violações de direitos humanos continuam impunes, uma vez que a anistia impediu as possíveis ações penais. Assim, a lógica do Caso Blake pode ser perfeitamente aplicada ao Brasil, tornando ineficaz a cláusula temporal inserida no nosso ato internacional de reconhecimento da jurisdição da Corte.

Saliente-se, por fim, que o caso Blake, que nos traz essa interpretação sobre os limites à jurisdição temporal da Corte, foi sentenciado em 24.01.1998, quase um ano antes do reconhecimento pelo Brasil da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁹³ Ou seja, pelo princípio da boa-fé, o Brasil não poderá alegar que desconhecia ser possível que, casos como o da "guerrilha do Araguaia" ou mesmo a nossa "lei da anistia" pudessem ser apreciados pela Corte.

4.4 Críticas ao dever genérico de investigar e punir penalmente

A obrigação de punir, como conseqüência da garantia genérica de direitos humanos, é questionada por alguns críticos, pois, afirmam que foi distorcido o sistema de proteção de direitos humanos para encobrir a falta de uma Corte Internacional Penal na qual seriam julgados indivíduos.

Logo, segundo essa visão, na ausência de tal Corte e de um tratado próprio instituindo os crimes, utiliza-se os atuais tratados de direitos humanos, originalmente previstos para serem interpretados em favor do indivíduo e contra o Estado, para justificar, paradoxalmente, a ação do Estado contra indivíduos.

Assim, em relação aos acusados das atrocidades contra os direitos humanos, exige-se que o Estado use os tratados de direitos humanos contra aqueles. Como afirma Rescia, "(...) no es competencia de un tribunal de derechos humanos condenar a personas (...). Ello nos leva a pensar en la necesidad de generar otros mecanismos sustantivos más idóneos de determinación de responsabilidad internacional individual concretamente, en la creación de una Corte Penal Internacional".

De fato, apenas em 2002 entrou em vigor o Estatuto de Roma, que criou, finalmente, o Tribunal Penal Internacional permanente.⁹⁴ Contudo, a obrigatoriedade do Estado de investigar e punir os autores de violação de direitos humanos é obrigação gerada a partir do dever de garantir os direitos humanos. Não há análise da responsabilidade subjetiva dos indivíduos autores do ilícito, nem há a fixação de penas criminais correspondentes.⁹⁵

A crítica acima apontada não leva em consideração o papel de desestímulo da obrigação de investigar e punir - essencial para prevenir novas violações de direitos humanos -, o que está em perfeita sintonia com os objetivos dos tratados de direitos humanos.⁹⁶

Desse modo, a investigação de fatos e a persecução criminal dos responsáveis por violações de direitos humanos decorrem da obrigação de assegurar o respeito aos direitos humanos. Tal mandado genérico de criminalização responde à preocupação das Cortes regionais citadas.⁹⁷

Nesse diapasão, a ação penal é considerada um dever fundamental do Estado, especialmente necessário para a prevenção de crimes contra os direitos humanos, na medida em que os violadores de direitos humanos não mais terão a certeza da impunidade.⁹⁸

Por isso é que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem, reiteradamente, estipulado a obrigação estatal de combater a impunidade nos processos de responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos.

Como verdadeiro marco em prol do "dever de propor as ações penais" como dever fundamental do Estado, cite-se passagem de voto do Juiz *ad hoc* Novales Aguirre da Corte Interamericana, na qual se afirmou que "Consciente de que a ação penal obriga o Estado a proteger as pessoas e a seus bens, pelo o que o exercício da ação penal é um dos deveres fundamentais do Estado para que não se transgrida a ordem jurídica, ou então, para sancionar aos que o fizeram, (...) o Estado está obrigado a sancionar os infratores materiais e intelectuais dos delitos para lograr uma sã convivência dos cidadãos".

Nesse mesmo voto, o Juiz Novales Aguirre exortou "o Estado para que investigue exhaustivamente, através da instituição do Ministério Público (...), para que se estabeleça a 'verdade real' em relação

aos fatos que atingiram os senhores Blake e Davis".⁹⁹

Com efeito, o Estado pode ser também responsabilizado pela omissão em punir, o que caracterizaria a denegação de justiça, com o nascimento da sua responsabilização internacional. A ausência de punição aos agressores geraria, no mínimo, um dano moral à vítima ou a seus familiares.¹⁰⁰ Nesse diapasão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu que a ausência de investigação por parte das autoridades públicas gera um sentimento de insegurança, frustração e impotência, o que concretiza o dano moral.¹⁰¹

É necessário mencionar que a obrigação de investigar e punir é uma obrigação de meio e não de resultado, conforme já reconheceu reiteradamente a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, provado que o Estado brasileiro desempenhou a contento seu mister, mesmo com o fracasso das investigações, o Estado não será responsabilizado por isso.¹⁰²

5. Novo bloco de constitucionalidade após a EC 45/2004: o estatuto constitucional dos mandados internacionais de criminalização

Devido ao estabelecimento dos mandados de criminalização acima estudados, o Estado não poderá editar leis posteriores que descriminalizem a conduta ofensiva aos direitos humanos protegidos. De fato, viola o mandado de criminalização toda legislação posterior que venha a descriminalizar a conduta analisada.

Por isso, é importante analisar o estatuto normativo dos mandados de criminalização previstos no direito internacional dos direitos humanos no ordenamento jurídico nacional para que possamos concluir se os tratados internacionais, pelo ponto de vista do Direito interno, prevalecerão no choque contra eventual lei posterior descriminalizadora.

Para tanto é necessário estudar a hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, tema que mereceu atenção da doutrina brasileira desde a edição da Constituição em 1988 e que sofreu nova configuração com a redação do novo § 3.º do art. 5.º pela EC 45/2004.

Em geral a hierarquia normativa dos tratados já incorporados internamente é equivalente à mera lei ordinária federal, na visão do Supremo Tribunal Federal.¹⁰³ Como conseqüência, não há a prevalência automática dos atos internacionais em face da lei ordinária, já que, para a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ocorrência de conflito entre essas normas deve ser resolvida pela aplicação do critério cronológico (a normatividade posterior prevalece) ou pela aplicação do critério da especialidade.¹⁰⁴

Antes da edição da EC 45/2004, o Supremo Tribunal Federal brasileiro também considerava os tratados internacionais de direitos humanos equivalentes à lei ordinária federal.¹⁰⁵ Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal manteve o seu entendimento de superioridade da Constituição, mesmo diante da normatividade internacional relativa aos chamados direitos humanos.¹⁰⁶

Houve, à época, fortes críticas da doutrina, que via no art. 5.º, § 2.º, da CF/1988 (LGL\1988\3) a chancela para a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos.¹⁰⁷ Por fim, o Min. Sepúlveda Pertence adotou ainda a tese da natureza "supralegal" do tratado de direitos humanos, o que impediria que lei posterior revogasse - *rectius*, suspendesse a eficácia - tratado anterior.¹⁰⁸

Após a edição da EC 45/2004 foi incluído no texto constitucional o novo § 3.º do art. 5.º, que estabelece que "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".

Tal dispositivo não eliminou as polêmicas, como se pretendia. Pelo contrário, há já duas correntes que o interpretam de maneira distinta.

Para uma primeira visão, os tratados internacionais de direitos humanos possuem duas espécies no que tange à hierarquia. A primeira categoria engloba os tratados incorporados antes da EC 45/2004 e também aqueles aprovados após, mas sem o rito especial previsto no § 3.º do art. 5.º, sendo que todos terão hierarquia equivalente à lei ordinária federal. A segunda categoria engloba somente os tratados de direitos humanos aprovados após a EC 45/2004 e que tenham sido incorporados

internamente de acordo com seu rito especial de aprovação, o que geraria a sua natureza equivalente à emenda constitucional. É o que defende José Afonso da Silva,¹⁰⁹ por exemplo.

Para uma segunda visão, todos os tratados internacionais de direitos humanos são equivalentes a normas constitucionais. A EC 45/2004 e seu novo rito de aprovação previsto no § 3.º do art. 5.º apenas dotou as normas de tratados aprovados sob tal rito de natureza formalmente constitucional. Assim, todos os tratados internacionais de direitos humanos seriam materialmente constitucionais,¹¹⁰ com fulcro no art. 5.º, § 2.º, e existiriam alguns que seriam material e formalmente constitucionais, pois aprovados pelo novo rito especial do art. 5.º § 3.º. A diferença entre eles é que o tratado formalmente constitucional não poderia ser suscetível de denúncia.¹¹¹

No caso dos mandados de criminalização implícitos e explícitos dos tratados internacionais de direitos humanos há conseqüência importantes. No caso de vencedora a segunda posição, temos novos mandados de criminalização com estatura constitucional, além dos já mencionados na Constituição.

Forma-se, então, um bloco de constitucionalidade¹¹² composto pelas normas da Constituição e ainda as normas dos tratados internacionais de direitos humanos. Assim, eventual descriminalização sofreria o crivo de constitucionalidade por ofensa a tratados internacionais de direitos humanos, agora galgados ao patamar constitucional.

Com isso, a proibição da insuficiência ou da tutela deficiente dos direitos humanos no campo penal recebeu reforço normativo considerável.

6. Conclusão: resgatando a vítima das violações de direitos humanos

O artigo pretendeu estudar as novas formas de relacionamento entre a proteção dos direitos humanos e o direito penal, enfocando a revigorada simpatia do direito internacional pela repressão penal aos violadores de direitos humanos.

Assim, ficou evidente a existência de mandados expressos de criminalização em alguns tratados internacionais de direitos humanos. Além disso, indiretamente o direito internacional dos direitos humanos estipulou mandados implícitos de criminalização por meio do reconhecimento do dever de investigar e punir criminalmente os autores de violação de direitos humanos. De fato, para que se puna criminalmente é necessário que o Estado tenha antes tipificado a conduta em tela.

Por outro lado, deve ficar claro que a investigação e punição penal parte do reconhecimento de sua importância para a prevenção de futuros abusos. Como se sabe, uma sociedade que esquece suas violações presentes e passadas de direitos humanos está fadada a repeti-las.¹¹³ Destarte, na investigação e punição penal aos autores de tais condutas fica consolidado, além do efeito de prevenção já mencionado, o direito à verdade sobre aqueles fatos. Como mencionado no caso *Bámaca Velásquez "el derecho a la verdad, en última instancia, se impone también en señal de respeto a los muertos y a los vivos"*.¹¹⁴

No caso brasileiro, o Estado brasileiro defronta-se com um desafio imenso: combater a impunidade e cumprir os deveres impostos pelo direito internacional dos direitos humanos, rompendo velhos bastiões corporativos e reformando, de modo incisivo, o sistema de justiça criminal brasileiro. Esse é o bom combate: ao assim proceder, o Estado e a sociedade prestam homenagem às inúmeras vítimas de violações de direitos humanos.

1. Ver o Relatório da visita ao Brasil, realizada em agosto e setembro de 2000, em E/CN.4/2001/66/Add.2, documento de 30.03.2001, que se encontra no site www.ohchr.org/english/, acesso 12 jun 2006.

2. Ver o Relatório da visita ao Brasil, realizada em setembro e outubro de 2003, em E/CN.4/2004/7/Add.3, documento de 28.01.2004, que se encontra no site www.ohchr.org/english/, acesso 12 jun 2006.

3. Ver o caso *Barrios Alto*, que será mencionado adiante.



4. Ver a seguir tópico específico sobre o mandado de criminalização da violência contra a mulher.
5. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 19.
6. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 35.
7. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. v. 4, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 51.
8. Ver NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel, 1989, p. 41.
9. Ver MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1997; FERREIRA FILHO, Manoel G. *Os direitos humanos fundamentais*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
10. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 174 e 177.
11. Nas palavras de Comparato, os direitos fundamentais são "os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados, quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais". Ver em COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 46.
12. Vide o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo em RAMOS, André de Carvalho, op. cit., p. 106-110.
13. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988.
14. Ver ABADE, Denise Neves. *Garantias do processo penal acusatório*. O novo papel do Ministério Público no processo penal de partes. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; e COSTA, Paula Bajer Martins da. *Processo penal e cidadania*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.
15. O citado autor traz ainda o exemplo da Corte Constitucional italiana que, em face da liberdade religiosa e da igualdade, considerou inconstitucional dispositivo do Código Penal (LGL\1940\2) que criminalizava exclusivamente o vilipêndio da religião católica, sem qualquer menção às demais. Ver FELDENS, Luciano. *A constituição penal*. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 49.
16. Mariângela Gomes utiliza a expressão "obrigação explícita de incriminação". In: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 111.
17. Sobre os mandados expressos de criminalização no direito constitucional brasileiro ver a recente tese de doutorado de GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Tese de Doutorado, PUC-SP, 2006. Ainda sobre os mandados de criminalização, ver PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989 e, recentemente, a obra de FELDENS, Luciano. *A constituição penal...*, cit.
18. STRECK, Lênio e FELDENS, Luciano. *Crime e constituição*. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 34 (nota de rodapé suprimida).
19. *In verbis*: XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; 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; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

20. Para Virgílio Afonso da Silva foi Canaris o primeiro a utilizar o termo " *Untermassverbot*" . In: SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável, RT 798/23 (DTR\2002\235), em especial p. 27.

21. Registre-se a posição em sentido contrário, não admitindo os mandados implícitos de criminalização de Mariângela Gomes, op. cit., p. 109.

22. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos - análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil* . Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 25, notas de rodapé do original suprimidas.

23. Conforme ensina Sudre: "Ce n'est qu'après la seconde guerre mondiale et ses atrocités qu'émerge le droit international des droits de l'homme avec la multiplication d'instruments internationaux énonçant les droits garantis". Ver in SUDRE, Frédéric. *Droit international et européen des droits de l'homme*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 13.

24. Ver sobre o Direito de Nuremberg em ASCENSIO Hervé; DECAUX, Emmanuel e PELLET, Alain (Orgs.). *Droit international pénal*. Paris: Centre de Droit International de l'Université Paris X: Éditions Pedone, 2000, p. 635 e ss.

25. O princípio do *aut dedere aut judicare* ("extraditar ou julgar") remonta a Grotius e tem como objetivo assegurar punição aos infratores destas normas internacionais de conduta, onde quer que eles se encontrem. Não estariam seguros, na expressão inglesa, *anywhere in the world*. Ver mais em RAMOS, André de Carvalho. O Caso Pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 25, 1999, p. 106-114.

26. Ver o § 7.º da Resolução 3.074 (XXVIII) e também o art. 1.º, § 2.º da Declaração sobre Asilo Territorial da Assembléia Geral da ONU, adotada em 14.12.1967 (Resolução 2.312 (XXII)).

27. Ver, por exemplo, o art. VII da Convenção sobre Genocídio e art. XI da Convenção sobre o *Apartheid*.

28. Art. 29: Imprescritibilidade. Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.

29. Ver mais sobre o processo de negociação que envolveu a Conferência de Viena na excepcional obra de LINDGREN ALVES, José Augusto. *Relações internacionais e temas sociais - A década das conferências* . Brasília: IBRI, 2001.

30. A Declaração contém um preâmbulo de 17 parágrafos e uma parte principal de 39 artigos. O Programa de Ação contém 100 parágrafos com recomendações de condutas.

31. Item 60. Ver o texto completo da Declaração e Programa de Ação de Viena em VILHENA, Oscar V. *Direitos humanos - normativa internacional* . São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 177-215.

32. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1983. Ver também MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, em especial p. 152 e ss.

33. SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque e TORRES, Ricardo Lobo (Coords.). *Arquivos de direitos humanos n. 4*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 63-102.

34. Para Willis Santiago Guerra Filho, "A dimensão objetiva é aquela onde os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve



organizar-se e atuar". Ver GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade, *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 13. Ver também HÄBERLE, Peter. *La libertà fondamentali nello stato costituzionale*. Trad. Alessandro Fusillo e Romolo W. Rossi. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1996, p. 115 e 116.

35. HIRSCH, Andrew von. *Past or future crimes*. New Brunswick/New Jersey: Rutgers University Press, 1987, p. 6.

36. ROTH-ARRIAZA, Naomi (Edit). *Impunity and human rights in international law and practice*. Oxford: Oxford University Press, 1995. Ver também BASSIOUNI, M. Cherif. Combating Impunity for International Crimes. *University of Colorado Law Review*, 71, Boulder: University of Colorado, (2000), p. 409 e ss.

37. Grifos meus. Ver em CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional de direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 407.

38. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez. *Sentença de Mérito de 29.07.1988, Série C n. 4, parágrafo 175*. Mais comentários sobre esse caso em RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 118-145.

39. DIMOULIS, Dimitri. O art. 5.º, § 4.º da Constituição Federal de 1988: dois retrocessos políticos e um fracasso normativo. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Orgs.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, pp. 107-119, em especial p. 112.

40. Bverfge 88, 203, decisão de 28.05.1993. In: MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 282.

41. Para José Reinaldo de Lima Lopes: "os traços da punição na sociedade democrática seriam sua universalidade e sua objetividade, significando que se estenderia de maneira geral a qualquer um que se encontrasse sob aquele sistema jurídico". LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos humanos e tratamento igualitário: questões de impunidade, dignidade e liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, v. 15, n. 42, fev. 2000, pp. 77-100, em especial p. 80.

42. Idem, pp. 77-100, em especial p. 82.

43. AMBOS, Kai. *Direito penal*. Fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos. Trad. e comentários de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 23.

44. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, ano XXXII, v. 98, junho de 2005, Porto Alegre, pp. 105-149, em especial p. 147.

45. LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos humanos e tratamento igualitário: questões de impunidade, dignidade e liberdade, cit., pp. 77-100, em especial p. 85.

46. Ver mais em JOYNER, Christopher C. Redressing impunity for human rights violations: the universal declaration and the search for accountability. In: *26 Denver Journal of International Law & Policy*, Denver: University of Denver College of Law, (1997-1998), p. 591 e ss.

47. Vide, como exemplos, as seguintes Resoluções da Comissão de Direitos Humanos: Resolução 1.994/35 de 04.03.1994, Resolução 1.995/34 de 03.03.1995 e Resolução 1.996/35 de 19.04.1996.

48. Texto original E/CN.4/Sub.2/1993/8, denominado Basic principles and guidelines on the right to reparation for victims of [gross] violations of human rights and international humanitarian law. Texto revisado E/CN.4/1997/104. Cabe salientar que a Subcomissão de Prevenção de Discriminação e



Proteção de Minorias decidiu, em sua Resolução 1996/28, enviar o texto revisado do projeto de resolução de Theo Van Boven para a Comissão de Direitos Humanos para sua consideração. A Comissão, por seu turno, pediu comentários aos Estados, tendo sido publicado o conjunto dos mesmos no documento E/CN.4/1998/34. Após, o texto foi encaminhado à Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, tendo sido aprovado em 16.12.2005 (Resolução 60/147)

49. Ver Resolução 60/147 de 16.12.2005, intitulada Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law em <http://www.ohchr.org/english/law/remedy.htm>, acesso 12 jun 2006.

50. Tradução minha. Ver o texto original em inglês em <http://www.ohchr.org/english/law/remedy.htm>, acesso 12 jun 2006.

51. Tanto a Convenção quanto os Protocolos já estão em vigor no plano internacional e no Brasil. Com efeito, no Brasil a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional foi promulgada pelo Dec. 5.015, de 12.03.2004. O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea foi promulgado pelo Dec. 5.016 e o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças foi promulgado pelo Dec. 5.017, ambos de 12.03.2004.

52. Aprovada e aberta à assinatura e ratificação ou adesão pela Resolução 260 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 09.12.1948, e ratificada pelo Brasil. Foi promulgada pelo Dec. 30.822 de 06.05.1952.

53. Todos estes três tipos de crimes também foram mencionados no Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional Permanente. O Brasil ratificou o Estatuto de Roma e já o incorporou internamente por intermédio do Decreto 4.388/2002.

54. Adotada pela Resolução 39/46 da Assembléia geral das Nações Unidas, em 10.12.1984 e ratificada pelo Brasil em 28.09.1989. Foi promulgada pelo Dec. 40 de 15.02.1990.

55. O Brasil é parte da citada Convenção. Ver o Decreto 98.386/89.

56. De acordo com o Comitê: "The Committee has noted that some States have granted amnesty in respect of acts of torture. Amnesties are generally incompatible with the duty of States to investigate such acts; to guarantee freedom from such acts within their jurisdiction; and to ensure that they do not occur in the future." Conferir in ROHT-ARRIAZA, Naomi. Sources in International treaties of and obligation to investigate and prosecute. *Impunity and human rights in international law and practice*, cit. p. 29 .

57. Ver FRANCO, Alberto Silva. Tortura - breves anotações à Lei 9.455/97 *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 19. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 58 e ss.

58. Ver tópico específico neste artigo, sobre o estatuto normativo dos tratados internacionais de direitos humanos e seus mandados de criminalização.

59. Nesse sentido, ver GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Crimes hediondos e tortura*. São Paulo: Código de Processo Civil (LGL\1973\5), 2004, pp. 64-65.

60. Adotada pela Resolução 2.106 A (XX) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 21.12.1965 e ratificada pelo Brasil, em 27.03.1968.

61. Item 20, grifo meu.

62. Adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 06.06.1994 e ratificada pelo Brasil em 27.11.1995.



63. Grifo meu.

64. Adotada pela Resolução 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas em 18.12.1979 e ratificada pelo Brasil em 01.02.1984.

65. Aprovada e aberta à assinatura e ratificação ou adesão pela Resolução 260 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 09.12.1948, e ratificada pelo Brasil em 04.04.1951. Foi promulgada pelo Dec. 30.822 de 06.05.1952.

Ver mais sobre as origens deste crime internacional em DADRIAN, VAHAKN N. THE HISTORICAL AND LEGAL INTERCONNECTIONS BETWEEN THE ARMENIAN GENOCIDE AND THE JEWISH HOLOCAUST: FROM IMPUNITY TO RETRIBUTIVE JUSTICE. *YALE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 23, NEW HAVEN: YALE LAW SCHOOL (1998), P. 503 E SS.

66. Ver mais sobre o combate à impunidade no Direito Internacional em ROBERTSON, Geoffrey. Ending impunity: how international criminal law can put tyrants on trial. *Cornell International Law Journal* 38 , Ithaca, New York: Cornell Law School, (2005), p. 649 e ss.

67. Ver FELDENS, Luciano. *A constituição penal*, op. cit., p. 95.

68. Bverfge 39, I, decisão de 25.02.1975. In: MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, op. cit., p. 271.

69. Idem, p. 271.

70. Art. 1.º, 1: Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Ver também o citado caso em Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Velasquez Rodriguez, *Sentença de 29.07.1988, Série C n. 4*.

71. Ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Suarez Rosero , *Sentença de 12.11.1997, parágrafo 107, p. 31*.

72. Ver mais em RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

73. Ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Villagrán Morales y Otros, *Sentença de Mérito de 19.11.1999, Série C, n. 63, parágrafo 225*.

74. Ver em FIORATI, Jete Jane. A evolução jurisprudencial dos sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos, *RT*, v. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 1995, p. 20.

75. Ver mais em RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*, cit.

76. Foi estabelecido, no caso em questão, a omissão injustificável da República Federativa do Brasil para com a violência cometida por Marco Antônio Heredia Viveiros em seu domicílio na cidade de Fortaleza, Estado do Ceará, contra a sua então esposa Maria da Penha Maia Fernandes, que culminou numa tentativa de homicídio e novas agressões em maio e junho de 1983. Maria da Penha, em decorrência dessas agressões, sofre de paraplegia irreversível e outras enfermidades desde esse ano. A tolerância do Estado brasileiro foi estabelecida, uma vez que não houve efetivamente punição do agressor, apesar do transcurso de mais de 17 anos dos fatos. O Tribunal de Justiça do Ceará foi considerado responsável pela excessiva delonga do processo criminal. Outrossim, foi estabelecida a violação dos seguintes artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos: 1(1) (Obrigação de respeitar os direitos); 8 (Garantias judiciais); 24 (Igualdade perante a lei) e 25 (Proteção judicial), bem como, em relação aos arts. II e XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, e ainda os arts. 3, 4, a, b, c, d, e, f, g, 5 e 7 da Convenção de Belém do Pará. Cabe notar que o Estado brasileiro não apresentou defesa, apesar dos repetidos requerimentos da



Comissão. Ver Relatório 54/01, referente ao Caso 12.051, de 04.04.2001. Comissão Interamericana de Direitos Humanos - OEA, *Informe 54/01, caso 12.051, Maria da Penha Fernandes v. Brasil*, www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm, acesso em: 01.07.2006

77. Vide, ainda, o art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988 (LGL\1988\3), que estabelece que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Ver mais em ABADE, Denise Neves. *Garantias do processo penal acusatório*, cit ., p. 199 e ss.

78. De acordo com a Comissão, então: " *Dado que essa violação contra Maria da Penha é parte de um padrão geral de negligência e falta de efetividade do Estado para processar e condenar os agressores, a Comissão considera que não só é violada a obrigação de processar e condenar, como também a de prevenir essas práticas degradantes. Essa falta de efetividade judicial geral e discriminatória cria o ambiente propício à violência doméstica, não havendo evidência socialmente percebida da vontade e efetividade do Estado como representante da sociedade*, para punir esses atos" Ver Relatório 54/01, referente ao Caso 12.051, de 04.04.2001, parágrafo 56. Grifo meu.

79. Segundo a Corte Européia, "The Court finds that the protection afforded by the civil law in the case of wrongdoing of the kind inflicted on Miss Y is insufficient. This is a case where deterrence is indispensable in this area and it can be achieved only by criminal-law provisions; indeed, it is by such provisions that the matter is normally regulated". Corte Européia de Direitos Humanos, X & Y vs. Netherlands, *Sentença de 26.03.1985, Série A, n. 91, parágrafo 27*.

80. Com assinala Roht-Arriaza, é comum que o Estado requerido esvazie um processo de responsabilidade internacional do Estado através de notas oficiais do tipo "estamos investigando esses lamentáveis fatos (*investigating these lamentable occurrences*)." ROHT-ARRIAZA, Naomi (Org.). *Impunity and human rights in international law and practice*, cit., p. 7.

81. Ver in Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Villagrán Morales y Otros, *Sentença de Mérito de 19.11.1999, Série C n. 63, parágrafo 226*.

82. Ver mais sobre impunidade e direitos humanos em JOCHNICK, Chris. *Confronting the impunity of non-state actors: new fields for the promotion of human rights*. In: 21 *Human Rights Quarterly*, Baltimore: The Johns Hopkins University Press, (1999), p. 56 e ss.

83. Ver RAMCHARAN, B.G. *Sanctions for protection: international responsibility for violations of human rights obligations. The concept and present status of international protection of human rights: forty years after the universal declaration*. Dordrecht: Martius Nijhoff Publishers, 1989, p. 288.

84. Ver PIOVESAN, Flávia. *Imunidade parlamentar: prerrogativa ou privilégio. Folha de S. Paulo*, p. A3, 04.07.2001. Nesse corajoso artigo, a professora Piovesan combate a existência da imunidade processual parlamentar para crime comum, modificada após pela EC 35/2001.

85. Idem.

86. Ver as Leis 24.111/94, 24.436/95 e os Decretos 70/91 e 2.151/91. Conferir em PAOLILLO, Felipe H. *Derechos Humanos e reparación (con especial referencia al sistema interamericano)*. *Hector Gros Espiell Amicorum Liber.*, Bruxelles: Bruylant, 1997, pp. 983-1.006.

87. Ver Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Report n. 29/92 (Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 e 10.375), de 02.10.1992. In: 13 *Human Rights Law Journal*, Kehl am Rhein: N.P. Engel Verlag, (1992), pp. 340-345.

88. O governo Fujimori é o responsável pela aprovação dos Dec.-leis 26.479 e 26.492 (leis de anistia).

89. Segundo a lapidar sentença da Corte: "Los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistia expedida por el Perú, que a juicio de esta Corte, obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia. Por estas razones, el argumento del Peru en el sentido de que



le es imposible cumplir con ese deber de investigar los hechos que dieron origen al presente caso debe ser rechazado". Ver in Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo , *Reparaciones, Sentença de 27.11.1998, Série C n. 42, parágrafo 168.*

90. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos, *Sentença de 14.03.2001, Série C n. 75, parágrafo 41.*

91. No original, "4. Declarar que las leyes de amnistía 26.479 y 26.492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos. 5. Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables." Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos, *Sentença de 14.03.2001, Série C n. 75, parágrafos 4.º e 5.º do dispositivo da sentença.*

92. Ver mais sobre o caso Blake no capítulo de obra anterior sugestivamente denominado "Os limites à jurisdição temporal da Corte". In: RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo*, cit., pp. 283 e ss.

93. Ocorrido em 10.12.1998.

94. O Brasil é parte do citado Tratado.

95. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velasquez Rodriguez, *Sentença de 29.07.1988, Série C n. 4, parágrafo 134, p. 51.*

96. Ver RESCIA, Victor Manuel Rodrigues. *La ejecución de sentencias de la corte interamericana de derechos humanos*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 32.

97. Ver sobre o funcionamento das duas Cortes em RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

98. No sentido do texto, já apontava o mestre Accioly, em clássico estudo da década de 50, a possibilidade da responsabilização internacional do Estado por ausência de diligência na busca pela punição do indivíduo culpado. Segundo o jurista brasileiro, "L'État pourra être responsable aussi du manque de diligence en ce qui concerne la punition de l'individu coupable". Ver ACCIOLY, Hildebrando. Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence, 96 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Haia: Academia de Direito Internacional de Haia (1959), p. 405.

99. Ver in Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake, *Sentença de 24.01.1998*. Voto em separado do Juiz Novales Aguirre, p. 2.

100. Ver SPERDUTI, Giuseppe. Responsibility of States for activities of private law persons. In BENHARDT, Rudolf (Org.). *Encyclopedia of Public International Law*, v. 10 . Amsterdam/New York: North Holland Publishing Co, p. 374.

101. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake , *Reparaciones, Sentença de 22.01.1999, Série C, n. 48. parágrafo 57.*

102. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velasquez Rodriguez, *Sentença de 29.07.1988. Série C n. 4, parágrafo 188, p. 77.*

103. Com isso, para o Supremo Tribunal Federal "(...) as normas previstas nos atos, tratados, convenções, ou pactos internacionais devidamente aprovadas pelo Poder Judiciário e promulgados pelo Presidente da República ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como atos normativos infraconstitucionais, de mesma hierarquia às leis ordinárias". Ver ADIn 1.480-3, medida liminar - rel. Min. Celso de Mello, *Informativo do STF*, Brasília, Assessoria do STF, n. 48, 1996, p. 1. Sobre a visão do STF sobre o direito internacional, ver a preciosa obra de MAGALHAES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma visão crítica*. Porto Alegre: Livraria do



Advogado, 2000.

104. Na realidade, esta é a posição atual do STF, consolidada após o julgamento do RE 80.004/77. Ver MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Processualística internacional e a Constituição de 1988*. In: CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Contratos internacionais e o direito econômico no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1996, p. 487. Nesse sentido, sustentou Celso de Mello que "A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno somente ocorrerá - presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico -, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade." Ver CR 8.279 - República Argentina. Min. Celso de Mello, Presidente, grifos do original foram retirados.

105. Assim, de acordo com o STF, "Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (art. 5.º, § 2.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7.º, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica, ('ninguém deve ser detido por dívida' 'este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar') deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5.º, LXVII, da Constituição." STF, 2.ª T, v.u., HC 73.044-2/SP - rel. Maurício Correia, j. 19.03.1996.

106. No caso da prisão civil do depositário infiel, mencione-se o julgamento do HC 72.131/RJ, *leading case* no STF. Concluído o julgamento do *habeas corpus* em que se discutia sobre a subsistência, ou não, em face do art. 5.º, LXVII, da CF/1988 (LGL\1988\3) ("não haverá prisão civil por dívida, salvo...") e da Convenção de S. José da Costa Rica, da situação jurídica do devedor na alienação fiduciária em garantia e da possibilidade de ser ele preso, caso o bem alienado não seja encontrado ou não se ache na sua posse (art. 4.º, do Dec.-lei 911/69), observamos que os Min. Marco Aurélio, relator originário, Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence votaram pela concessão da ordem, ou seja, pela prevalência da Convenção Americana de Direitos Humanos; pelo indeferimento, votaram os Ministros Moreira Alves, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão, Celso de Mello, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Néri da Silveira, formando-se a maioria. O relator para o acórdão foi o Min. Moreira Alves. Sessão de 23.11.1995.

107. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 89.

108. Ver RHC 79.785-RJ, *Informativo do STF 187*.

109. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 178-179.

110. REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 103.

111. PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Orgs.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, pp. 67-82, em especial pp. 74-75.

112. O primeiro a utilizar tal expressão, após a EC 45/2004, foi, salvo engano, José Carlos Francisco. Ver em FRANCISCO, José Carlos. Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. *Idem*, p. 99-105.

113. Ver RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*, cit.

114. Voto concorrente do Juiz e Professor Antonio Augusto Cançado Trindade, sentença do Caso Bámaca Velásquez, Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Série C n. 70, nov 2000*.