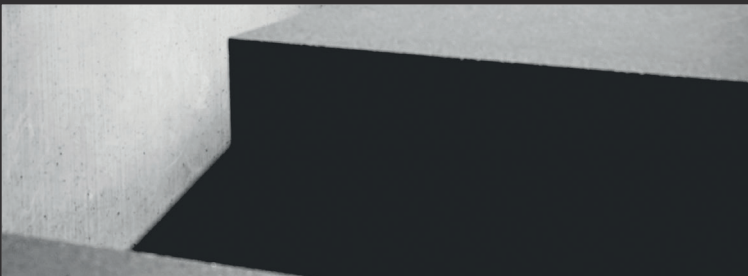
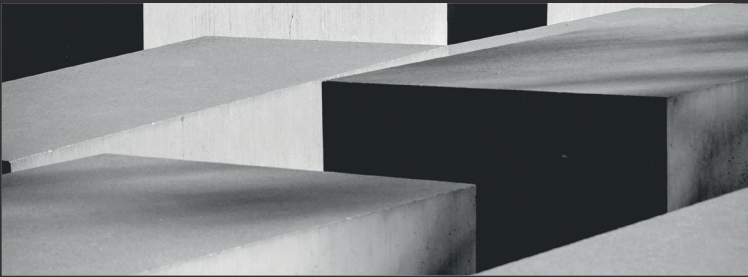


11

*Mariângela Gama de Magalhães Gomes*

## DIREITO PENAL E DIREITOS HUMANOS:

*Análise crítica da jurisprudência punitivista da  
Corte Interamericana de Direitos Humanos*



COLEÇÃO CIÊNCIA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA

*Coordenação: Cláudio Brandão*



# **DIREITO PENAL E DIREITOS HUMANOS:**

*análise crítica da jurisprudência punitivista da  
Corte Interamericana de Derechos Humanos*

*Mariângela Gama de Magalhães Gomes*

11

## **DIREITO PENAL E DIREITOS HUMANOS:**

*análise crítica da jurisprudência punitivista da  
Corte Interamericana de Direitos Humanos*

**COLEÇÃO CIÊNCIA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA**

*Coordenação: Cláudio Brandão*



Copyright © 2018, D'Plácido Editora.  
Copyright © 2018, Mariângela Gama de Magalhães Gomes.

**Editor Chefe**  
*Plácido Arraes*

**Produtor Editorial**  
*Tales Leon de Marco*

**Capa, projeto gráfico**  
*Letícia Robini*  
*(Imagem por Craig Cooper, via Unsplash)*

**Diagramação**  
*Bárbara Rodrigues da Silva*

**Editora D'Plácido**  
Av. Brasil, 1843, Savassi  
Belo Horizonte – MG  
Tel.: 31 3261 2801  
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.  
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,  
por quaisquer meios, sem a autorização prévia  
do Grupo D'Plácido.

### Catálogo na Publicação (CIP) Ficha catalográfica

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães.

Direito penal e direitos humanos: análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos -- Coleção Ciência Criminal Contemporânea -- Vol. 11 -- Coordenação: Cláudio Brandão -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8425-998-4

1. Direito. 2. Direito Penal. 3. Direitos Humanos. I. Título. II. Direito

CDU342.7+347

CDD342.1

GRUPO  
D'PLÁCIDO



\*  
Rodapé



*Para o Cássio e a Cecília,  
meus amores.*



# AGRADECIMENTOS

O trabalho agora publicado pela Editora D'Plácido foi originalmente apresentado como tese no concurso para Professor Titular de direito penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo de São Francisco), de maneira que agradeço à banca examinadora pelas críticas e observações ali feitas, as quais permitiram que eu refletisse ainda mais sobre o tema e aumentasse a minha convicção sobre sua importância e sobre a necessidade de mantê-lo em meu horizonte de estudos. Dessa forma, meu reconhecimento se dirige aos Professores Sérgio Salomão Shecaira, Renato de Mello Jorge Silveira, Vittorio Manes, Cláudio Brandão e Maria Auxiliadora Minahim.

Faço, aqui, um agradecimento especial aos Professores Vittorio Manes e Cláudio Brandão. Ao primeiro, agradeço pela acolhida na Universidade de Bologna quando iniciei as pesquisas para esse trabalho, em janeiro de 2014; pelas minuciosas sugestões feitas após o referido concurso para o aprofundamento do tema estudado – o que pretendo não demorar a fazer; pela gentileza de oferecer o prefácio desse livro. Ao segundo, agradeço ao estímulo e à confiança que demonstra a mim e à minha carreira, à apresentação feita a esse livro e à possibilidade de tê-lo publicado na coleção por ele coordenada, além da perspectiva de projetos futuros conjuntos – o que muito me honra e anima.

Aos amigos que sempre me apoiaram e estiveram ao meu lado durante essa caminhada – finalizada com a publicação desse livro –, meu mais sincero e carinhoso agradecimento. De maneira especial, obrigada à Helena Regina Lobo da Costa, Cláudia Perrone-Moisés, José Fernando Simão e Anabela Miranda Rodrigues.



Agradeço, também, ao querido Danilo Martini de Moraes Ponciano de Paula, por mais uma vez ter me auxiliado nas pesquisas e colaborado para o amadurecimento das minhas reflexões.

Aos meus alunos, que me estimulam todos os dias e com quem estou sempre aprendendo, minha gratidão pelo carinho expressado durante o percurso.

Aos funcionários da biblioteca da Faculdade de Direito da USP, meus agradecimentos por não pouparem esforços para me ajudar, sempre me atendendo com muito carinho e atenção.

Ao Plácido Arraes, agradeço pelo entusiasmo e confiança demonstrados ao publicar esse livro.

Agradeço, por fim, ao meu pai Antonio e à minha irmã Gabriela pelo total apoio sempre.

São Paulo, julho de 2018.

# SUMÁRIO

<b>PREFÁCIO</b> .....	<b>17</b>
<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	<b>21</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>25</b>
<b>1. O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS</b> .....	<b>29</b>
1.1. Antecedentes.....	29
1.1.1. Marcos históricos da consolidação dos direitos humanos: o Iluminismo e a Segunda Guerra Mundial.....	29
1.1.2. Documentos internacionais universais.....	35
1.1.2.1. A Declaração Universal de Direitos Humanos.....	35
1.1.2.2. Os pactos internacionais de 1966.....	38
1.1.2.3. Convenções especiais.....	40
1.1.3. A criação dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: a Convenção Europeia de Direitos Humanos.....	43
1.2. A Convenção Americana de Direitos Humanos.....	46
1.2.1. Conteúdo de proteção: características dos direitos humanos internacionalmente protegidos.....	49
1.2.2. Órgãos de controle.....	58
1.2.2.1. Introdução.....	58
1.2.2.2. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos.....	62
1.2.2.3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	65

1.2.2.3.1. Características, competência e formas de atuação.....	65
1.2.2.3.2. Diferenciação frente às jurisdições penais.....	67
1.2.3. Contornos da responsabilidade derivada da Convenção Americana de Direitos Humanos.....	72

## **2. A JURISPRUDÊNCIA PENAL DA CORTE**

### **INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS..... 75**

2.1. Introdução.....	75
2.2. A interpretação dos direitos humanos.....	77
2.2.1. Noções gerais.....	77
2.2.2. Critérios interpretativos dos direitos humanos.....	79
2.2.2.1. O caráter contramajoritário dos direitos humanos.....	79
2.2.2.2. Interpretação pro <i>homine</i> .....	83
2.2.2.3. Princípio da efetividade.....	88
2.2.2.4. Interpretação evolutiva.....	90
2.2.2.5. Princípio da interpretação autônoma.....	93
2.2.2.6. Margem nacional de apreciação.....	95
2.3. Análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria penal.....	98
2.3.1. Premissa: a relação entre direitos humanos e direito penal.....	98
2.3.1.1. Introdução.....	98
2.3.1.2. A proteção dos direitos humanos como limite ao direito penal.....	99
2.3.1.3. A proteção dos direitos humanos como impulso ao direito penal.....	108
2.3.2. Características dos casos submetidos à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	114
2.3.3. A descrição de casos.....	119
2.3.3.1. Considerações prévias.....	119
2.3.3.2. Caso <i>Velásquez Rodríguez contra Honduras</i> .....	120
2.3.3.3. Caso <i>Barrios Altos contra o Peru</i> .....	126
2.3.3.4. Caso <i>Bulacio contra a Argentina</i> .....	131
2.3.3.5. Caso Almonacid Arellano e outros contra o Chile.....	137
2.3.3.6. Caso <i>La Cantuta contra o Peru</i> .....	144

2.3.3.7. Caso <i>Gomes Lund e outros</i> (“ <i>Guerrilha do Araguaia</i> ”) <i>contra o Brasil</i> .....	154
2.3.3.8. Caso <i>Gelman contra o Uruguai</i> .....	160

<b>3. A FORMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PUNITIVISTA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: PRINCIPAIS TESES</b> .....	<b>171</b>
3.1. A relação estabelecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos entre direito penal e direitos humanos.....	171
3.2. A importância adquirida pela vítima no âmbito da proteção dos direitos humanos.....	174
3.2.1. A vítima como sujeito de direitos frente ao direito penal.....	174
3.2.2. A construção jurisprudencial de direitos e garantias às vítimas no processo penal.....	180
3.3. O direito à verdade.....	182
3.3.1. O direito da vítima a conhecer a verdade.....	182
3.3.2. A insuficiência das Comissões da Verdade para o esclarecimento dos fatos.....	185
3.4. Do direito à verdade ao combate à impunidade.....	192
3.4.1. Implicações do direito à verdade.....	192
3.4.2. A investigação e punição de graves violações a direitos humanos como <i>dever</i> do Estado.....	196
3.4.2.1. O dever de investigar e punir como <i>jus cogens</i> .....	196
3.4.2.2. Implicações na extradição.....	200
3.4.3. A construção do crime de desaparecimento forçado de pessoas a partir de normas consuetudinárias.....	203
3.4.4. A Corte Interamericana de Direitos Humanos frente às leis de anistia.....	210
3.4.4.1. Nota introdutória.....	210
3.4.4.2. Questão prévia: a possibilidade de análise de leis abstratas.....	211
3.4.4.3. A invalidade das leis de anistia.....	215
3.4.5. A imprescritibilidade das graves violações a direitos humanos.....	216

3.4.6. As obrigações estatais de criminalizar graves violações a direitos humanos.....	218
--	-----

#### **4. ANÁLISE CRÍTICA DAS TESES CONSTRUÍDAS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS..... 225**

4.1. O protagonismo exercido pela vítima em matéria penal.....	225
4.1.1. Ponto de partida: a vítima no direito penal moderno.....	225
4.1.2. Críticas à primazia assumida pela vítima.....	229
4.1.3. A possibilidade de satisfação da vítima fora do direito penal.....	236
4.2. O equívoco de considerar o processo penal meio idôneo para alcançar a verdade.....	241
4.3. De obrigação de meio à obrigação de resultado: a luta contra a impunidade.....	245
4.4. A desconsideração pelo princípio da legalidade penal.....	251
4.4.1. Introdução: o valor da garantia penal.....	251
4.4.2. O problema da criminalização de condutas a partir do costume internacional: a atipicidade do desaparecimento forçado de pessoas no momento dos fatos.....	255
4.4.3. As causas extintivas da punibilidade como obstáculos a serem superados.....	267
4.4.3.1. Considerações iniciais.....	267
4.4.3.2. A impossibilidade de cancelar a anistia concedida.....	270
4.4.3.2.1. Caracterização da anistia.....	270
4.4.3.2.2. A ausência de consenso acerca da contradição entre direito internacional dos direitos humanos e anistia.....	275
4.4.3.2.3. Críticas à fundamentação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao afastamento da anistia.....	282
4.4.3.2.3.1. A fragilidade da distinção entre anistia e “autoanistia”.....	282
4.4.3.2.3.2. A obscuridade da identificação das hipóteses de incompatibilidade com as leis de anistia.....	285
4.4.3.2.3.3. O desprezo pelas peculiaridades fáticas e jurídicas dos ordenamentos nacionais.....	289

4.4.3.2.4. A impossibilidade de revogação dos efeitos da anistia concedida diante da garantia da irretroatividade da lei penal.....	298
4.4.3.2.5. A experiência sul-africana como contraponto ao “critério interamericano sobre as ‘autoanistias’”.....	304
4.4.3.3. A questão da imprescritibilidade de graves violações a direitos humanos.....	308
4.4.3.3.1. Caracterização da prescrição.....	308
4.4.3.3.2. A impossibilidade de desconsideração da prescrição com efeitos retroativos.....	313
4.4.3.3.3. A indefinição sobre a gravidade das violações a direitos humanos necessária para justificar a imprescritibilidade.....	318
4.4.4. A relativização da garantia dos tratados de extradição.....	325
4.5. O excesso de interferência ao determinar obrigações de criminalização.....	326

<b>5. ANÁLISE CRÍTICA DA CULTURA PUNITIVISTA DESENVOLVIDA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>331</b>
5.1. Características gerais da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em temas criminais.....	331
5.2. Os postulados do direito penal postos em risco.....	338
5.2.1. A inversão do princípio da subsidiariedade do direito penal.....	338
5.2.2. A aproximação ao direito penal do inimigo.....	342
5.3. O eventual conflito entre normas convencionais e constitucionais frente à obrigação de punir.....	347
5.3.1. A caracterização do conflito entre “obrigações de fidelidade”.....	347
5.3.2. O caso <i>Espósito</i> como exemplo de situação limite.....	348
5.3.3. Proposta de resolução do conflito: a aplicação do princípio <i>pro homine</i> .....	351
5.4. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos frente à necessidade de intervenção penal: análise comparativa com a Corte de São José da Costa Rica.....	357
5.4.1. Introdução.....	357

5.4.2. As obrigações positivas em matéria penal.....	357
5.4.3. A margem nacional de apreciação.....	362
5.5. O potencial expansivo da jurisprudência interamericana de direitos humanos.....	364

## **6. A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O “DIÁLOGO ENTRE CORTES”..... 371**

6.1. A integração entre ordens jurídicas.....	371
6.2. A especial relevância do diálogo entre cortes diante da universalidade dos direitos humanos.....	377
6.3. O impacto da jurisprudência interamericana em tribunais internacionais.....	380
6.3.1. No Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....	380
6.3.2. No Tribunal Penal Internacional.....	383
6.4. A permeabilidade do direito interno à jurisprudência interamericana.....	391
6.4.1. Introdução: o controle de convencionalidade das normas internas.....	391
6.4.2. A jurisprudência interamericana como parâmetro para o controle de convencionalidade.....	392
6.4.3. O princípio da subsidiariedade no direito internacional.....	396
6.4.4. O controle de convencionalidade praticado a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria penal.....	399
6.4.5. O ordenamento jurídico brasileiro frente à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	403
6.4.5.1. O <i>status</i> da Convenção Americana de Direitos Humanos no direito brasileiro.....	403
6.4.5.2. Aspectos gerais sobre a participação do Brasil no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.....	406
6.4.5.3. A jurisprudência interamericana acolhida pelos tribunais brasileiros: principais questões penais.....	409

6.4.5.4. A jurisprudência brasileira frente ao punitivismo  
da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....411

**CONCLUSÕES.....417**

**BIBLIOGRAFIA.....421**

**CASOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....446**





# PREFÁCIO

O encontro entre direito penal e direitos humanos é um encontro natural e transversal.

O direito penal encontra nos direitos humanos os seus primeiros e peremptórios limites – sendo a violência punitiva naturalmente *rights-sensible* –, mas os *Grundrechte* constituem também fundamentais objetos de tutela, identificando os valores essenciais a serem protegidos com aquela arma insuperavelmente contundente que é a “pena”.

É dessa união natural que parte a pesquisa aqui apresentada, analisando o constante processo de alimentação e a relação de tensão que caracteriza a correspondência biunívoca entre o “direito terrível” e os direitos humanos, e concentrando-se particularmente na notável contribuição apresentada, nesse âmbito, pelas manifestações das Cortes supranacionais.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especificamente, deu um impulso fundamental ao desenvolvimento dos direitos humanos, não diferentemente do que ocorre na “velha Europa”, onde a Corte Europeia de Direitos do Homem – essa “*conscience qui sonne l’alert*” – como foi felizmente definida por Pierre-Henri Teitgen – contribuiu e contribui de maneira extremamente fecunda ao fortalecimento de liberdades, direitos e garantias.

Os objetivos alcançados são bem conhecidos. Do reconhecimento da irretroatividade das medidas formalmente extrapenais mas substancialmente punitivas, à retroatividade da *lex mitior*, até as muitas facetas que caracterizam o visual mais atualizado e perfilado do *nullum crimen sine lege*; do valor da presunção de inocência ao direito de defender-se provando, no contraditório sobre a prova; da publicidade das audiências à proibição do processo *in absentia*; da superlotação dos cárceres, equiparada a tratamento desumano e degradante, aos diver-

dos direitos gerados pelo devido respeito à dignidade dos presos; do direito à manifestação de pensamento ao respeito à vida privada e à autodeterminação nas escolhas sobre o fim da vida; não há tema que não tenha sido objeto de importantes decisões da Corte de Estrasburgo, envolvendo e modificando sempre muito significativamente o direito penal, numa perspectiva que coloca os direitos fundamentais como limites da interferência punitiva do Estado.

Frente a essa riquíssima elaboração, os próprios direitos humanos também passaram a assumir – em orientações jurisprudenciais de caráter diferente, e oposto – não mais o limite, mas o fundamento de específicas obrigações positivas de tutela penal (*Pönalisierungsgebote/duty of protection*): obrigações que demandam uma específica tarefa de proteção do Estado, mediante uma utilização “forçada” do direito penal, sem espaços para valorações de subsidiariedade e sem espaços para mediações políticas.

Essa característica ecoa claramente – sob ambos os aspectos – também na experiência latino-americana, bem descrita e aprofundada no livro ora apresentado; mas é sobretudo o segundo lado – aquele das *positive obligations* geradas, por exemplo, pelo “direito à verdade”, pela ilegitimidade das leis de anistia etc. –, que parece dominar também quantitativamente a jurisprudência da Corte Interamericana, que evidencia a abordagem muito mais rigorosa do que aquela feita pela Corte Europeia.

Precisamente no contexto das diretrizes “punitivistas” da Corte de San José, a análise de Mariângela Gama de Magalhães Gomes é colorida com conspícuos – e legítimos – tons críticos: evidenciam-se lucidamente os riscos subjacentes ao potencial expansivo desta jurisprudência, que aspira a uma legitimidade que vai muito além dos casos excepcionais julgados ou da “temporiedade” dos problemas enfrentados (isto é, as violações dos direitos humanos cometidos durante os regimes autoritários nas décadas de 1960 a 1980); são denunciadas com precisão a progressiva erosão da reserva de lei e a perda da legitimidade do direito penal; são expostas à luz todas as inevitáveis tensões que envolvem o fundamento democrático do direito penal, especialmente quando se aceita que este é definido por restrições punitivas geradas pelos direitos humanos que se multiplicam cada vez mais, numa época em que se registra – já faz algum tempo – as “*floraison de la fodalmentalité*”.

Há ainda muitas questões em aberto, mas não é difícil prever que este estudo monográfico – tanto pela importância do tema quanto

pela riqueza da pesquisa – terá reconhecido o mérito de ter trazido à atenção dos penalistas (não só) brasileiros temáticas e problemas que protagonizarão o estudo do direito penal e da sua legitimidade.

O mérito, acima de tudo, é de ter apontado lúcida e corajosamente que até mesmo os direitos humanos podem ter um “lado negro”, que deve ser submetido a cuidadoso escrutínio crítico antes de conceder-lhe uma autoridade absoluta sobre o direito penal, abrindo a porta a um desvio que pode conduzir à euforia justicialista ou ao fanatismo punitivo.

*Vittorio Manes*

Professor Titular de Direito Penal

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna



# APRESENTAÇÃO

*“Sinto-me nascido a cada momento para a eterna novidade do Mundo...”*

Fernando Pessoa

O presente livro versa sobre tema pouquíssimo explorado na ciência jurídica: *a relação entre o direito penal e os direitos humanos*, que é a pedra angular do direito internacional penal. Parafraseando Fernando Pessoa, em face desse contexto e do seu objeto específico, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, **eternizou sua pesquisa fazendo nascer** a primeira obra, na ciência penal brasileira, sobre o tema.

Com efeito, cabe destacar que muito além do que trazer ao direito penal uma obra desbravadora, que descortina um objeto novo, a autora produziu uma obra de exímia qualidade científica, baseada na reflexão crítica do contexto latino-americano. Investiga, por conseguinte, o direito internacional penal tomando como caso limite a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

É após depurar as características de casos concretos que Corte Interamericana decidiu, tendo como partes de diferentes países da América - nomeadamente o Brasil, a Argentina, o Uruguai, o Chile, o Peru e Honduras - que a autora trata de como o aquele tribunal relaciona o direito penal aos direitos humanos. Aqui, temos um *fió condutor* que se perceberá em todos os demais capítulos da investigação: um paradigma punitivista que se fundamenta no afastamento das garantias penais, por vezes travestido na proteção da vítima, a qual é vista através das lentes do direito internacional, que, como sabido, não foi construído em face da violência da pena.

Kant já apontava, na fundamentação metafísica dos costumes, que a *humanidade* deve ser sempre considerada *como um fim, nunca como*

*um meio*. Isso é um imperativo categórico prático, que se relaciona às diversas ações. Nesse sentido, a dogmática penal que foi construída cientificamente a partir do século dezenove, baseada no princípio da legalidade, afirmava a proteção de todo homem em face do poder de punir, pela sua simples pertença à *humanidade*. Construiu-se, pois, um limite *pro libertatis* para reduzir as chocantes chagas que a história do direito penal tinha produzido ao longo da História, pois a pena sem limites fora (e ainda é!) fácil instrumento para a acomodação das situações não convenientes aos detentores do poder político. Tal limitação protegia a pessoa submetida à violência da consequência penal, valorizava-se, por conseguinte, a *humanidade* em face do *ius puniendi*. Foi essa dogmática quem colocou o Homem como o centro de gravidade da ciência penal.

Pois bem, ao se afastar da dogmática penal e se aproximar dos princípios construídos pelo direito internacional, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos afastaram-se dos postulados que se centravam na *humanidade kantiana* deslocando o eixo para o paradigma da vítima, o qual não associado às garantias penais – mas sim ao direito internacional – tem o condão de fazer o poder penal pender para um viés punitivista desconcertante.

Por conta dessa mudança de eixo, a autora apresenta o direito internacional penal latino-americano – formado por meio das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos – com características não pertencentes ao direito penal de um Estado Democrático de Direito. Fundamentadas em um paradigma diverso da referida *humanidade kantiana*., por meio das decisões investigadas, desconstrói-se o princípio da legalidade penal pela utilização do costume internacional como fonte de norma *in malam partem*. Ressalte-se aqui, a aguda crítica – que é recorrente no livro – de Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

**“Esta consideração, no entanto, esbarra em importantes objeções quanto à sua validade, uma vez que o costume internacional, além de carecer da determinação requerida pelo princípio da taxatividade e contar com um déficit de legitimidade democrática, traz elevado grau de incerteza ao ordenamento jurídico”**

Para além da desconstrução do princípio da legalidade, a autora enfrenta outras importantes questões, tais como as relações entre o

processo penal internacional e a verdade, as relações entre o direito penal internacional e a impunidade, dentre outros importantes objetos de investigação.

Termino essa apresentação, recorrendo mais uma vez a Fernando Pessoa:

**“o valor das coisas não está no tempo que elas duram, mas na intensidade com que acontecem”.**

Professora Associada da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo e antiga presidente do prestigiado Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Mariângela Gama de Magalhães Gomes é uma penalista de grande destaque nacional, que ecoa para além do Brasil. Com vigor científico, trouxe um *valor* à ciência penal pátria, pois produziu uma obra com *intensidade!*

Belo Horizonte, julho de 2018

*Cláudio Brandão*





# INTRODUÇÃO

Desde que começou a julgar casos contenciosos envolvendo os Estados signatários do Pacto de São José da Costa Rica, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem construindo uma sólida jurisprudência sobre diversos aspectos relacionados à proteção dos direitos humanos. Entre as questões que lhe são submetidas, é frequente haver casos que dizem respeito à aplicação do direito penal, seja para analisar eventuais abusos por parte dos Estados ao valerem-se do instrumento punitivo, seja para identificar situações em que a tutela penal não é devidamente utilizada para conferir a necessária tutela aos bens jurídicos.

Devido às circunstâncias históricas e políticas que envolveram a maioria dos países latino-americanos durante as décadas de 1970 e 1980, especialmente, a Corte Interamericana viu-se diante de várias situações em que vítimas dos regimes de exceção a ela se socorreram em busca da proteção de seus direitos fundamentais, o que não era possível alcançar nos sistemas jurídicos internos. O que se verificou nesses casos é que, via de regra, os próprios Estados eram os responsáveis pela prática de crimes contra a população, ou pelo menos era conivente com quem os praticava, de modo que era raro haver punições.

Nesse contexto, começou a ser formada uma forte jurisprudência na Corte Interamericana no sentido de obrigar os Estados a punir os autores de tais crimes. Esse entendimento insere-se numa perspectiva segundo a qual o direito penal é confrontado com obrigações positivas de tutela à sociedade; trata-se de um movimento que pode ser observado, também, nos diversos tratados internacionais de proteção a direitos humanos, em que a punição criminal é apresentada como meio indispensável para a consecução de tal finalidade.

Ocorre, entretanto, que devido à sua característica de impor graves restrições às liberdades individuais, o direito penal deve ser cercado por garantias aos cidadãos, e sua utilização pressupõe não apenas sua evidente necessidade, mas também a estrita observância das regras de imputação.

É nesse cenário, portanto, que merece ser analisada a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mais especificamente as decisões que dizem respeito às obrigações de aplicar o direito penal, impostas aos Estados como forma de proteger os direitos humanos das vítimas de graves violações.

Pretende-se, neste trabalho, identificar as teses que foram sendo construídas pela Corte de São José para punir os Estados que não utilizaram o instrumento criminal contra os autores dessas infrações. O conhecimento desses argumentos é de grande importância para a compreensão dos valores que guiam a jurisprudência interamericana, assim como do alcance de suas decisões. Há de ser esclarecido, aqui, que, embora a jurisprudência interamericana tenha elaborado teses atinentes não só ao direito penal material, mas, também, ao processo penal, esta pesquisa limitar-se-á a analisar as questões de direito material; temas como competência da Justiça Militar ou Comum, coisa julgada, regras de produção e valoração de provas, por exemplo, não serão objeto de estudo.

Uma vez revelada a forma como é estabelecida a relação entre o direito penal e a proteção aos direitos humanos – segundo a interpretação daquele tribunal –, será empreendida uma análise crítica desse direito construído jurisprudencialmente. Buscar-se-á, nesse momento, avaliar a medida em que, para tutelar direitos humanos, são deturpados alguns postulados do sistema punitivo e postos em risco valores muito caros ao ordenamento jurídico-penal. Será útil, aqui, comparar sua atuação com a do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a fim de identificar eventuais excessos cometidos nos julgamentos que envolvem questões criminais.

Por fim, será analisada a influência que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos exerce em outras jurisdições. No plano internacional, pretende-se estudar o impacto de suas decisões, especificamente no Tribunal Europeu de Direitos Humanos e no Tribunal Penal Internacional; nos planos internos, procurar-se-á identificar a forma como os ordenamentos nacionais, especialmente daqueles países que escolheram submeter-se à jurisdição interamerica-

na, incorporaram os entendimentos acerca da obrigatória utilização do direito penal para fins de proteção aos direitos humanos. Nessa altura, caberá uma breve análise da relação estabelecida entre o ordenamento jurídico brasileiro e a jurisprudência interamericana nessa matéria.

Para a melhor compreensão do estudo que ora se propõe, será necessário anteceder-lo por uma breve retomada da forma como se deu a consolidação dos direitos humanos e da sua importância, com referência aos principais documentos internacionais voltados a protegê-los, e especialmente à Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse contexto, será útil identificar o papel desenvolvido pelos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, com destaque para a Corte Interamericana.

De igual forma, tendo em vista que todo o trabalho será desenvolvido a partir da jurisprudência da Corte de São José, será feita uma breve referência aos critérios interpretativos próprios dos direitos humanos, que, ao serem utilizados pelos tribunais encarregados de sua tutela, impactam significativamente nos contornos do direito ali definido – inclusive na matéria penal.

O livro que agora é apresentado está dividido em seis capítulos. No primeiro será apresentado e contextualizado o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, com especial referência às características e competência da Corte sediada em São José. O segundo capítulo abrangerá as características dos casos enfrentados pela Corte Interamericana em matéria criminal, incluindo a prévia exposição dos critérios interpretativos que a orientam e, também, o resumo de algumas decisões que servirão como referência ao longo do trabalho. No terceiro, será exposta a construção jurisprudencial levada a cabo a fim de proporcionar uma efetiva tutela às vítimas de graves violações a direitos humanos, necessariamente por meio do sistema penal. O quarto e o quinto capítulos serão dedicados à análise crítica dos entendimentos firmados pela Corte de São José, diferenciando-se entre si porquanto o quarto será voltado ao estudo específico das teses elaboradas, ao passo que o quinto terá como objetivo empreender um estudo mais amplo das características do direito penal ali concebido. Por fim, o último capítulo será destinado a verificar o impacto da jurisprudência interamericana em outros tribunais, a fim de aferir sua influência em outras esferas jurisdicionais.

Trata-se, portanto, de pesquisa que pretende se debruçar sobre assunto muito pouco enfrentado pela doutrina penal brasileira.

Embora a questão atinente à proteção dos direitos humanos pela Corte Interamericana seja objeto de diversos trabalhos no campo do direito internacional, pouca atenção lhe é dada pelos estudiosos do direito penal, ainda que – como se verá – os impactos nessa esfera do ordenamento jurídico sejam relevantes. A importância deste estudo revela-se ainda mais evidente pelo fato de o Brasil ter optado por submeter-se à jurisdição da Corte de São José, o que implica a necessidade de conhecer suas características e diretrizes axiológicas.

Por fim, deve ser esclarecido que se pretende, com este estudo, submeter a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos à crítica sob a ótica do direito penal. Em face de questões difíceis de serem resolvidas – tendo em vista a importância dos valores em jogo –, não se justifica que, em nome da defesa dos direitos humanos, o ordenamento jurídico fique impedido de impor limites à reação penal diante de suas violações.

*“Com efeito, cabe destacar que muito além do que trazer ao direito penal uma obra desbravadora, que descortina um objeto novo, a autora produziu uma obra de exímia qualidade científica, baseada na reflexão crítica do contexto latino-americano. Investiga, por conseguinte, o direito internacional penal tomando como caso limite a Corte Interamericana de Direitos Humanos”.*

*Cláudio Brandão*

*“Precisamente no contexto das diretrizes “punitivistas” da Corte de San José, a análise da autora é colorida com conspícuos – e legítimos – tons críticos: evidenciam-se lucidamente os riscos subjacentes ao potencial expansivo desta jurisprudência, que aspira a uma legitimidade que vai muito além dos casos excepcionais julgados (...); são denunciadas com precisão a progressiva erosão da reserva de lei e a perda da legitimidade do direito penal; são expostas à luz todas as inevitáveis tensões que envolvem o fundamento democrático do direito penal, especialmente quando se aceita que este é definido por restrições punitivas geradas pelos direitos humanos que se multiplicam cada vez mais, numa época em que se registra – já faz algum tempo – a “floraison de la fodalmentalité”.*

*Vittorio Manes*



editora  
**D'PLÁCIDO**

ISBN 978-85-8425-998-4



9 788584 259984