

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

GUILHERME CARNEIRO DE REZENDE

**A EFETIVIDADE DO PROCESSO PENAL COMO DIREITO HUMANO DA VÍTIMA
DE CRIME: Uma análise a partir das diretrizes da Corte Interamericana de
Direitos Humanos**

**SÃO LEOPOLDO/RS
2021**

GUILHERME CARNEIRO DE REZENDE

**A EFETIVIDADE DO PROCESSO PENAL COMO DIREITO HUMANO DA VÍTIMA
DE CRIME: Uma análise a partir das diretrizes da Corte Interamericana de
Direitos Humanos**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Área de concentração: Sociedade, novos direitos e transnacionalização.

Orientadora: Profa Dra. Fernanda Frizzo Bragato

São Leopoldo/RS

2021

R467e Rezende, Guilherme Carneiro de
A efetividade do processo penal como direito humano da vítima de crime: Uma análise a partir das diretrizes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. / Guilherme Carneiro de Rezende -- 2021.
163 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.
Orientadora: Profa. Dra. Fernanda Frizzo Bragato.

1. Direitos humanos. 2. Obrigações processuais positivas. 3. Eficiência. 4. Processo penal. I. Título. II. Bragato, Fernanda Frizzo.

CDU 342.7

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "**A EFETIVIDADE DO PROCESSO PENAL COMO DIREITO HUMANO DA VÍTIMA DE CRIME: Uma análise a partir das diretrizes da Corte Interamericana de Direitos Humanos**" elaborada pelo mestrando **Guilherme Carneiro de Rezende**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 08 de junho de 2021.



Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Fernanda Frizzo Bragato _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dra. Melina Girardi Fachin _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Miguel Tedesco Wedy _____ *Participação por Webconferência*

AGRADECIMENTOS

À Deus, primeiramente, fonte de todo amor e energia.

Aos meus pais Ribamar e Marília, e ao meu irmão, Alfredo, que sempre estiveram ao meu lado em todas as jornadas da vida, oferecendo-me mãos para me erguer, ombros para chorar e sorrisos para compartilhar todas as alegrias desta vida. Desta vez não foi diferente, muito obrigado.

Aos meus filhos, Fernando e Valentina, formas sublimes de amor, que todos os dias me ensinam coisas novas. Isto é maravilhoso.

À minha esposa, Eliani: “Nunca se vence uma guerra lutando sozinho,” já dizia Raul Seixas. Mãe, mulher e esposa devota. O aprimoramento de meus estudos jamais teria acontecido sem a sua ajuda, sobretudo durante a pandemia, em que nos desdobramos para atender família, trabalho e estudos.

Ao meu irmão de coração, Willian, para quem sempre digo, com Shakespeare: “amigos são a família que nos permitiram escolher,” um agradecimento pelos conselhos da vida.

Aos colegas Ângelo, Alex, Guilherme e Ana, irmãos de armas, que se dispuseram a me auxiliar para que eu pudesse concluir os créditos. O primeiro, além de tudo, é exemplo de Promotor que um dia quero me tornar, como já lhe disse, “nem todo herói veste capa”.

Ao Marcelo e ao Alex, amigos com quem divido as “angústias” do direito penal. Pessoas que muito contribuíram e contribuem ao meu amadurecimento profissional. À Filomar, um exemplo de pessoa, mãe, filha, colega e principalmente de juíza, muito humana e sempre disposta a fazer o bem, e que nunca mediu esforços na gestão da pauta, a fim de me auxiliar na conclusão dos créditos: Ainda faremos deste um processo penal melhor.

À fantástica equipe da 5ª Promotoria de Justiça.

Ao “meu” Ministério Público.

À Dra. Fernanda, minha orientadora, que com entusiasmo recebeu as minhas ideias e tão bem direcionou a pesquisa. Um exemplo de pesquisadora, que sempre me servirá de inspiração.

Por fim, à Prof. Viviana, a grande responsável a que eu retornasse à vida acadêmica. Obrigado pelo (re)despertar

*E agora?
A dor é do tamanho de um prédio
A casa sem ele vai ser um tédio
Não tem remédio, não tem explicação, não tem volta
Os amigos não aceitam, o irmão se revolta
A família não acredita no que aconteceu
Ninguém consegue entender porque o garoto morreu
Tiraram da gente um jovem tão inocente
E a sua avó que era crente hoje tem raiva de Deus
O seu pai ficou mais velho, mais sério e mais triste
E a mãe simplesmente não resiste
Além do filho, perdeu o seu amor pela vida
E a nora agora tem tendências suicidas
É a namoradinha com quem sonhava se casar
Todo mundo toda hora tem vontade de chorar
Quando se lembra dos planos que o garoto fazia
Ele dizia: 'Eu quero ser alguém um dia'
Sonhava com o futuro desde menino
Ninguém podia imaginar o seu destino
Mais uma vítima de um mundo violento
Se Deus é justo, então quem fez o julgamento?*

Gabriel, o Pensador

RESUMO

O presente trabalho busca apresentar uma abordagem do processo penal, à luz do DIDH, resgatando a figura da vítima. Faz uma leitura ampla dos direitos humanos, que ultrapassa o viés reducionista, de compreendê-los apenas como as obrigações negativas, para estudá-los também sob as perspectivas positiva e obrigacional (das obrigações processuais). Ocupa-se de uma revisão bibliográfica de escritos sobre o tema e aborda os julgados em que o Brasil foi demandado e condenado na Corte IDH, a fim de identificar os traços característicos de um processo que, à luz do entendimento do Sistema Regional Interamericano, representaria uma prestação jurisdicional adequada, ou um processo eficiente. O papel da vítima nos sistemas de justiça oscilou bastante na história da humanidade: do protagonismo, da era da justiça privada, ao esquecimento, típico da justiça pública, em que a vítima foi afastada do conflito, doravante estabelecido exclusivamente entre Estado e infrator, ela foi recentemente reencontrada pelo DIDH, no sentido de ter reconhecido como direito seu, uma resposta estatal à violação de direito humano. A centralidade do ser humano, proposta pelos documentos internacionais editados no pós 2ª Guerra Mundial, resgataram a preocupação com a vítima. No plano do direito internacional, o Sistema Regional Americano passou a reconhecer, baseado na leitura conjugada dos artigos 1.1, 8º e 25, da CADH, o direito à vítima de provocar as instâncias de controle em caso de violação dos direitos humanos, e não apenas isto, mas o direito de obter uma prestação adequada e célere, fixando em seus precedentes algumas diretrizes a serem observadas. Assim, em decorrência da supremacia das normas de DIDH, a projeção desta interpretação feita pelo Sistema Regional, impacta no processo penal interno, alçando a vítima a uma postura de destaque. Necessário conceber um processo penal, que, sem descuidar das garantias individuais do acusado, possa proporcionar uma resposta adequada à vítima, em busca de um equilíbrio entre eficiência e garantismo.

Palavras-chave: Direitos humanos. Obrigações processuais positivas. Eficiência. Processo penal.

ABSTRACT

This paper seeks to display an approach to criminal procedure, in view of the International Human Rights Law, focusing on the victim. It produces a wide reading of human rights, which goes beyond the reductionist bias of comprehending them only as negative obligations, in order to study such rights from a positive and obligatory perspective (of procedural obligations). The study tackles a bibliographic review of manuscripts on the subject and addresses the judgments in which Brazil was sued and convicted in the Inter-American Court of Human Rights, for the sake of identifying the characteristic traits of a lawsuit that, in the light of the Inter-American Regional System's understanding, would represent adequate legal practice, or an efficient legal action. The victim's role in justice systems has been remodeled considerably in History: from protagonism, deriving out of the era of private justice, to ostracism, typical of public justice, in which the victim was removed from conflict, henceforth established exclusively between State and offender, the injured party has recently been rediscovered by the International Human Rights Law, in the sense of having a state response to the violation of human rights recognized as a right of the victim. The centrality of the human being, proposed by international documents published after World War II, rescued the concern with the victim. In terms of international law, the American Regional System has come to acknowledge, according to the combined reading of articles 1.1, 8º and 25, from American Convention on Human Rights, not only the right for the victim to incite the instances of control in the event of human rights violations, but also the right to obtain adequate and prompt legal practice, setting in its precedents a set of guidelines to be observed. Thus, due to the supremacy of DIDH rules, the projection of such interpretation, rendered by the Regional System, impacts the internal criminal procedure, raising the victim to a prominent position. It is necessary to conceive criminal procedure, which, without neglecting the individual guarantees of the defendant, is able to provide adequate responses to the victim, in search of a balance between efficiency and assurance.

Keywords: Human rights. Positive procedural obligations. Efficiency. Criminal procedure.

LISTA DE SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CADH ou Convenção	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
HC	<i>Habeas Corpus</i>
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	CONTEXTUALIZANDO: QUEM É A VÍTIMA?	15
2.1	O <i>Status</i> da Vítima.....	18
2.2	A Vitimização e seus Graus	23
2.3	A Vítima no Direito Brasileiro	25
2.3.1	A Constituição Federal de 1988.....	26
2.3.2	O Código de Processo Penal.....	27
2.3.3	A Lei 9.099/95.....	39
2.3.4	A Lei Maria da Penha.....	41
2.3.5	O Ato Nacional dos Direitos das Vítimas e o Projeto de Lei Mariana Ferrer... 43	
2.4	A Vítima no Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos.....	46
2.5	A Realidade da Justiça Criminal Brasileira e o Perfil das Vítimas de Violações de Direitos Humanos	51
3	A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO PELA INFRAÇÃO AO DEVER DE PROTEGER A VÍTIMA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS	57
3.1	Os Direitos Humanos.....	57
3.1.1	O que são os Direitos Humanos?	59
3.1.2	Quais as Funções dos Direitos Humanos?.....	62
3.2	<i>Status</i> dos Tratados de Direitos Humanos no Direito Doméstico	68
3.3	O Controle de Convencionalidade	71
3.4	A Tradição Brasileira em Relação aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos	77
3.5	A Responsabilidade Internacional do Estado.....	80
3.5.1	A Perspectiva Obrigacional dos Direitos Humanos.....	82
3.5.2	A Violação às Fontes de Direito Internacional de Direitos Humanos e a Responsabilidade Internacional do Estado.....	85
3.6	O Direito Penal (e Processual Penal) como Ferramenta de Tutela dos Direitos Humanos	92
3.6.1	O Estado Social de Direito e a Proibição da Proteção Deficiente.....	98

4	A CASUÍSTICA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ENVOLVENDO O BRASIL EM RELAÇÃO À PROTEÇÃO DA VÍTIMA: EM BUSCA DE DIRETRIZES PARA A CONCEPÇÃO DE UM PROCESSO EFICIENTE	103
4.1	A Casuística.....	103
4.1.1	Caso Ximenes Lopes (Fato 4 de outubro de 1999, sentença em 4 de julho de 2006).....	104
4.1.2	Caso Escher e Outros (Fato abril de 2009, sentença em 6 de julho de 2009).....	106
4.1.3	Caso Garibaldi (Fato 27 de novembro de 1998, sentença em 23 de setembro de 2009).....	107
4.1.4	Caso Gomes Lund (Fatos ocorridos entre 1972 e 1975, sentença em 24 de novembro de 2010).....	113
4.1.5	Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil (Fatos ocorridos a partir de 1989, sentença de 20 de outubro de 2016).....	115
4.1.6	Caso Favela Nova Brasília (Fatos 18 de outubro de 1994 e 8 de maio de 1995, sentença em 17 fev. 2017).....	117
4.1.7	Caso Herzog (Fato 25 de outubro de 1975, sentença em 15 de março de 2018).....	119
4.1.8	Caso do Povo Indígena Xucuru e seus Membros vs. Brasil (Fato 1998, sentença de 5 fev. 2018).....	121
4.1.9	Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil (Fato ocorrido em 11 de dezembro de 1988 e sentença de 15 de julho de 2020).....	122
4.1.10	Caso Marcia Barbosa de Souza e familiares.....	123
4.2	Estabelecendo um Denominador Comum: A Jurisprudência da Corte IDH, os Aportes do DIDH, e a Proteção da Vítima por Meio de um Processo Penal Eficiente.....	126
4.2.1	Os Problemas Causados pela Impunidade.....	138
4.3	A Crítica Formulada à Doutrina do “Neopunitivismo”.....	140
5	CONCLUSÃO	151
	REFERÊNCIAS	154

1 INTRODUÇÃO

O processo penal é composto por um conjunto de normas que disciplinam a persecução penal, desde a prática criminosa até o trânsito em julgado da decisão judicial. Estas fontes não se resumem ao direito codificado, é dizer, à normativa do Código de Processo Penal e da legislação extravagante, que regram os meandros da persecução (investigação, ação penal, recursos, ações autônomas de impugnação e meios de produção da prova), compreendendo também os tratados internacionais e a Constituição Federal.

Importa acrescentar, que o Código de Processo Penal brasileiro data de 3 de outubro de 1941, tendo sido editado enquanto, no plano internacional, vivia-se a 2ª Grande Guerra, e, no plano interno, o Estado Novo, com características marcadamente autoritárias.

A lógica que orientou a edição do Código de Processo Penal era outra, totalmente diversa da qual se vive atualmente. Concebia-se o processo exclusivamente como um instrumento de defesa do acusado, aliás, os direitos humanos eram enxergados ainda sob a perspectiva do liberalismo burguês, como instrumento de proteção do indivíduo contra a prepotência do Estado.

Neste contexto, a vítima foi deixada à margem do conflito havido como decorrência da infração penal, estabelecido e mantido apenas entre o infrator e o Estado. A violação da norma e o atingimento do bem jurídico por ela protegido era de interesse do Estado, que detinha e detém o monopólio da jurisdição, vedando a autotutela. A necessidade de afastamento da vítima deste cenário, fundamentou-se no propósito de assegurar com que a aplicação da lei fosse feita de modo sereno, livre de paixões.

O Direito penal e a criminologia focaram o seu estudo na figura do crime e do criminoso. A preocupação voltou-se à análise do crime, dos motivos que levam à prática do crime, às finalidades da pena etc. O conflito em si foi despersonalizado, pois as faces vistas na situação jurídico processual eram, de um lado a do Estado, acusando e, de outro, o réu.

A academia, e de sorte grande parte da literatura dos manuais de processo penal brasileiro, reservam pouco de seu tempo a se ocupar da vítima, limitando-se a

a ela se referir como uma fonte de prova. Os operadores do direito da mesma forma. Tanto assim, que o direito do ofendido de ser comunicado acerca dos atos processuais praticados no curso da persecução, passou a ser expressamente contemplado no Código de Processo Penal apenas em 2008, por força de reforma implementada pela lei 11.690. A revitimização – decorrente do agravamento das consequências vivenciadas pela vítima, em decorrência de seu contato com as instâncias de controle, onde deveriam reencontrar a suas esperanças – é uma constante.

Em pleno ano de 2020 o Brasil assistiu atônito a um massacre verbal promovido por um advogado à suposta vítima de um crime contra a liberdade sexual. O caso ganhou espaço nas redes sociais e foi sistematicamente divulgado pela mídia nacional. Durante a sua oitiva, a ofendida foi submetida pelo patrono que a inquiria a toda sorte de constrangimento e humilhação, em nome de uma defesa adequada do réu, aparentemente com a conivência do Estado, ali apresentado pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário que, segundo sistematicamente veiculado, nenhuma providência adotaram.

Notícia a imprensa¹ que a jovem Mariana Ferrer, então com 21 anos de idade, uma promotora de eventos em Santa Catarina, teria sido estuprada numa casa noturna em Florianópolis, em 15 de dezembro de 2018.

A situação narrada refere-se à audiência de instrução e julgamento, ocasião em que a ofendida estava sendo ouvida pelo Juízo.

Pouco tempo depois, às vésperas do Natal, no Estado do Rio de Janeiro, um marido matou a esposa, Viviane Vieira do Amaral Arronzenzi, uma juíza, a facadas diante das filhas. A imprensa² noticiou que a vítima tinha em seu favor as medidas protetivas de proibição de contato com a ofendida e de afastamento do lar conjugal, que lhe teriam sido deferidas em 15 de setembro do mesmo ano.

¹ ALVES, Schirlei. **Julgamento de influencer Mariana Ferrer termina com tese inédita de ‘estupro culposo’ e advogado humilhando jovem.** The Intercept Brasil, 3, de novembro de 2020. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/>. Acesso em: 6 fev. 2021.

² SERRA, Paolla. **Medida protetiva após ameaça de morte proibia que juíza e ex-marido tivessem qualquer tipo de contato.** Veja denúncias. Yahoo notícias, Rio de Janeiro, 27 de dezembro de 2020. Disponível em: https://br.noticias.yahoo.com/medida-protetiva-ap%C3%B3s-amea%C3%A7a-morte-073001610.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAINo_8UpXywXX-l6mTgHVL9ugs6re9NizuAnERjWwehM5FCWny5i8SQ1KJ-wJnmg8k6UWF_rZKoYRSIg5H2f_Tj_wA8elfKEFvNfhCB7v6yo-Txy6WAFVC7Z-O_oA36ip5lbhaiTviA0hla2HC-6Vk-1_hZrPPu2AonISYRssWFC. Acesso em: 6 fev. 2021.

Dois episódios que muito têm em comum e que denunciam as inconsistências do sistema de justiça brasileiro.

A primeira, após ter sido (supostamente) constrangida a ter conjunção carnal com terceiro, foi convocada ao processo e revitimizada: constrangida a novamente relatar todo o ocorrido, expondo as entranhas de sua intimidade e, ainda, submetida a uma verborragia promovida pelo defensor do acusado, aparentemente, segundo trechos do vídeo veiculado, sem intervenções por parte do Judiciário e do Ministério Público.

A segunda, já submetida a um constrangimento pelo ex-marido, acionou as instâncias de controle, obteve em seu favor as medidas protetivas, e foi agredida e morta pelo seu algoz.

Ambas, confiantes de que algo lhes fosse resgatado, tiveram na justiça a sua trágica decepção. A primeira delas, teve a sua honra totalmente devastada. A segunda, perdeu a vida.

A despeito destes e de outros episódios, em 1995, o direito brasileiro começou um movimento de alteração desta perspectiva de tratamento da vítima, com a edição da lei 9.099, a alcunhada Lei dos Juizados Especiais, e, de lá para cá, outras normas foram promulgadas, inclusive uma pontual reforma no Código de Processo Penal, promovida pela lei 11.690, de 2008, que introduziu tímida alteração no artigo 203.

Os direitos humanos, outrora tidos como instrumentos de defesa, passaram a ser concebidos, com a leva dos direitos de segunda geração ou dimensão, também como direitos de proteção, exigindo-se uma atuação estatal positiva. Assim, o postulado da proporcionalidade, antes visto apenas sob o viés da proibição de excesso, como um limitador da atuação estatal, passou a ser visto (também) sob uma nova faceta, a da proibição da proteção deficiente.

Paralelamente, fontes do DIDH passaram a focar a sua atenção sobre a vítima, não apenas para lhe garantir direitos substanciais, mas também, e sobretudo, o direito a um recurso adequado contra violação de direitos. A jurisprudência da Corte IDH se consolidou no sentido de reconhecer o dever estatal de processar, investigar a punir os infratores, que produzam violações aos direitos humanos.

Ao vivenciar toda esta revolução de ideias no plano do tratamento dos direitos humanos, e sobretudo da vítima, que produz indiscutível influxo no direito doméstico, dada a primazia das normas de DIDH, necessário que se faça uma releitura do

processo penal interno, conformando-os às orientações das fontes de DIDH, buscando estabelecer um novo referencial de processo.

Assim, buscaremos com a presente pesquisa avaliar a possibilidade de uma convivência harmônica entre as garantias processuais e a eficiência do processo, para aquilatar se o processo há que ser concebido unicamente como ferramenta de tutela do acusado, parte reconhecidamente débil na relação jurídico processual, ou se, ao revés, o processo também pode constituir espaço de proteção e promoção da dignidade da vítima de crime, por meio das obrigações processuais positivas, consoante tem reconhecido a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Faremos uma leitura crítica da concepção reducionista dos direitos humanos unicamente como promotores de obrigações negativas – obrigação de não fazer, tendo como destinatário o Estado – para compreendê-los no campo das obrigações positivas e processuais positivas, atuando com a finalidade de promover uma proteção adequada dos direitos humanos, seja legislando, seja aprimorando os mecanismos internos de atuação.

A pesquisa terá caráter crítico-descritivo e partirá da análise da legislação doméstica que disciplina a tutela da vítima, buscando compreender o seu alcance à luz da Direito Internacional dos Direitos Humanos, notadamente sob a perspectiva da dignidade humana.

Será realizado um estudo dos casos em que o Brasil foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, em decorrência de uma inadequada prestação jurisdicional no campo penal, e seus reflexos no campo dos direitos humanos, aqui compreendidos sob a perspectiva da vítima.

Como plano de trabalho, buscaremos identificar quem é a vítima, o seu *status* ao longo da história e o seu posicionamento no direito brasileiro e no Sistema Global dos Direitos Humanos.

Num segundo momento, buscaremos abordar o conceito, as funções e a perspectiva das obrigações geradas pelos direitos humanos, bem assim o *status* das normas de direitos humanos no direito brasileiro e o controle de convencionalidade, que busca estabelecer a conformação do direito interno às normas de direito internacional, para, ao final, tratar da responsabilidade internacional do Estado em decorrência do descumprimento do dever de proteger a vítima de violação de direitos humanos.

Em seguida abordaremos a realidade da justiça criminal brasileira, bem assim a casuística envolvendo o Estado brasileiro na Corte IDH pelo descumprimento do dever de proteção da vítima, buscando estabelecer uma relação entre o direito penal e o processo penal como ferramentas de proteção dos direitos humanos.

No capítulo subsequente estabeleceremos um denominador comum sobre as normas de DIDH e a jurisprudência da CIDH acerca do processo penal que seja adequado, para no derradeiro tópico buscar rebater as críticas formuladas à leitura proposta.

2 CONTEXTUALIZANDO: QUEM É A VÍTIMA?

O dicionário Michaelis ensina que a palavra vítima advém do latim *victima*, e a conceitua como sendo “qualquer ser ou coisa que sofre algum tipo de prejuízo”, ou “pessoa contra quem se comete um crime.”³

Na acepção jurídica, o conceito de vítima pode variar conforme o ramo do Direito, sendo possível vislumbrá-la no Direito Civil, no Direito penal, no Direito Trabalhista, no Direito Ambiental etc.

O Direito Civil, ao tratar dos atos ilícitos estabelece que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito,” conforme se depreende da leitura do artigo 186. No mesmo sentido está o artigo 927, que trata da responsabilidade civil, mais especificamente da obrigação de indenizar. Este “outrem”, a que se referem os dispositivos, é exatamente a vítima.

O artigo 945, do Código Civil, reforça o tratamento da vítima enquanto lesado, ao consagrar a concorrência de culpas, estabelecendo a possibilidade de limitação do valor da indenização, acaso a vítima tenha, dalguma forma, contribuído ao evento lesivo. Perceba-se que o legislador utilizou a expressão vítima, referindo-se à parte lesada.

Importante destacar que o Estatuto Civil traz a obrigação de reparar todo e qualquer tipo de dano, e não apenas o material, de sorte que qualquer um que experimente uma lesão a um direito da personalidade, sem que isso implique necessariamente uma repercussão patrimonial, passa a ser titular de uma pretensão ressarcitória.

Assim, a caracterização da figura da vítima, para efeitos de direito civil, prescinde de que ocorra alguma espécie de prejuízo pecuniário.

³ VÍTIMA. In: **Michaelis**. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/v%C3%ADtima/>. Acesso em: 6 fev. 2021.

O Direito penal, que constitui o ramo mais drástico do direito, estipula sanções variadas, dentre elas a pena corporal, a quem viola os preceitos vazados em suas normas incriminadoras.

Justamente em decorrência da magnitude da intervenção produzida à esfera de liberdade do indivíduo é que o Direito penal figura como *ultima ratio*, limitando-se a coibir as ofensas mais graves aos bens jurídicos mais importantes.

Os bens jurídicos, por seu turno, são “aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social.”⁴

Roxin, de igual modo, ensina que por bens jurídicos compreendem-se “todos os dados necessários para uma convivência livre e pacífica dos cidadãos sob a égide dos direitos fundamentais”.⁵

Aran e Munhoz Conde sustentam que

Para conseguir la protección de bienes jurídicos que la norma penal persigue, se desencadenan en los individuos determinados procesos psicológicos que les inducen a respetar dichos bienes jurídicos. [...] El principal medio de *coacción jurídica*, la pena, sirve, pues, para motivar comportamientos en los individuos. La norma penal cumple, por tanto, esa función motivadora que señalábamos al principio, amenazando con una pena la realización de determinados comportamientos considerados por las autoridades de una sociedad como no deseables.⁶

O Direito Repressivo trata dos sujeitos do crime, subdividindo-os em ativo e passivo. No que nos interessa mais de perto, o sujeito passivo seria o “titular do bem jurídico lesionado ou colocado em perigo”,⁷ que, por sua vez, difere do sujeito passivo da ação, que é a pessoa sobre a qual recai a conduta. Scarance Fernandes assevera que a vítima criminal é o sujeito passivo da infração penal, lembrando que

[...] não se pode manter mais uma visão meramente abstrata de vítima, considerada como mero sujeito passivo do delito, forçado a colaborar com a Justiça criminal. É ela, antes de tudo, um sujeito de direitos que deve ter no mesmo processo meios de defendê-los de maneira concreta e eficaz, sejam direitos ligados a interesses civis e criminais,

⁴ ARÁN, Mercedes Garcia; CONDE, Francisco Munoz. **Derecho penal**. Parte General. 8. ed. Valência: Tirant lo Blach, 2010. p. 59.

⁵ ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, IBCCRIM, p. 34. 112, 2015.

⁶ ARÁN, Mercedes Garcia; CONDE, Francisco Munoz, op. cit. p. 62.

⁷ CABRAL, R. L. F.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; BUSATO, P. C. **Compêndio de direito penal brasileiro**. Parte geral. 1. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2017. v. 1. 478 p. p. 288.

seja mesmo direito à tranquilidade, à sua vida privada, à sua intimidade.⁸

No plano internacional, a Assembleia Geral da ONU editou, em 1985, a Resolução 40/34, a Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para Vítimas de Delitos e Abuso de Poder, conceituando em seus dispositivos inaugurais a vítima como sendo:

[...] las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.⁹

No item 2, o documento consignou que por vítima também se compreendem os familiares ou pessoas que tenham relação imediata com a vítima direta e as pessoas que tenham sofrido danos ao intervir para assistir a vítima em perigo ou para proibir a vitimização.¹⁰

Em 2005, a mesma Assembleia editou a Resolução 60/147, que trata sobre os Princípios e Diretrizes Básicos sobre o Direito das Vítimas de Violações Manifestas das Normas Internacionais de Direitos humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário. O item 8 declara que

[...] se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, el término 'víctima' también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir

⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre os princípios fundamentais de justiça para vítimas de delitos e abuso de poder**. Resolução 40/34, da Assembleia Geral, de 29 de novembro de 1985. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/victimsofcrimeandabuseofpower.aspx#:~:text=Se%20entender%C3%A1%20por%20%22v%C3%ADctimas%22%20las,legislaci%C3%B3n%20penal%20vigente%20en%20los>. Acesso em: 7 fev. 2021.

¹⁰ Id. *Ibidem*.

para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización.¹¹

Como se vê, o conceito apresenta algumas variações, sendo possível, entretanto, extrair elementos mínimos de identidade, a fim de elaborar um referencial que será adotado para fins de pesquisa.

Segundo o direito internacional, a vítima é, pois, a pessoa que sofreu, direta ou indiretamente, alguma espécie de lesão ou perigo de lesão. Digno de registro é o avanço da normativa internacional, que contempla na concepção de vítima, também as pessoas (terceiros) que, ainda que reflexamente, tenham sofrido danos, como por exemplo os familiares da vítima.

É salutar compreendê-los neste conceito, afinal de contas um ato lesivo (ou com potencial de lesividade), espraia efeitos para além do eixo autor-prejudicado, atingindo familiares e pessoas mais próximas. É intuitivo que um homicídio atinja as pessoas próximas da vítima, não apenas do ponto de vista patrimonial, mas também e sobretudo psicológico.

E por vítima, estamos a nos referir, à pessoa individualmente considerada, vulnerável, em decorrência da violação de direitos humanos (direito à vida, à liberdade, à integridade etc), não ignorando, porém, que há infrações penais que ofendem bem jurídico titularizado por uma comunidade ou coletividade, a exemplo dos crimes contra a fé pública, contra a ordem econômica e financeira, contra a ordem tributária etc.

Considerando, outrossim, a perspectiva adotada para fins de pesquisa, levando em consideração os aportes do DIDH, adotaremos como referencial ao tratamento da vítima neste trabalho, a pessoa (individual) atingida pela violação de direitos humanos.

2.1 O Status da Vítima

A vítima ocupou variados *status* ao longo da história. Do protagonismo ao esquecimento, até o seu mais recente reencontro.

¹¹ NACIONES UNIDAS. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. **Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones**. Resolución 60/147, da Assembleia Geral, aprovada em 16 de dezembro de 2005. Disponível em: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>. Acesso em: 7 fev. 2021.

Na “idade de ouro”¹² (protagonismo), período compreendido entre os primórdios da humanidade até a Idade Média, a vítima ocupava um papel de destaque. Vivia-se a época da vingança privada, tolerada e estimulada, que tinha reconhecida dimensão social, como mecanismo de controle.

Greco leciona que “o único fundamento da vingança era a pura e simples retribuição a alguém pelo mal que havia praticado”.¹³ Rodrigues acrescenta que o castigo resultante da vingança privada não encontrava limites, ensejando, muitas das vezes, revide, por parte da vítima, resultando num círculo de violência, que se autoalimentava. Surge, pois, como marco limitador da vingança privada a Lei do Talião, presente no Código de Hammurabi.¹⁴

Num momento subsequente, ainda na Idade Média, porém já com concentração de poder em núcleos regionalizados – primeiramente nos feudos e em seguida nos Estados Nacionais (queda do Império Romano e ascensão dos feudos), a vingança, outrora privada, titularizada pela vítima, passou a ser institucionalizada, desempenhada exclusivamente pelo Estado, detentor do *jus puniendi*, relegando-se à vítima a um papel secundário.

Rodrigues assevera que:

A ofensa dirigia-se, destarte, não à vítima (ou, ao menos, não em primeiro plano), mas sim ao Estado. O desvio social – a infração – representava, pois, um ato de desafio ao Rei e a seu Direito. E, como tal, merecia uma resposta à altura, resposta deliberadamente desproporcional, que fizeste despertar nos súditos a certeza de sua inferioridade em face da supremacia do poder de seu Monarca.¹⁵

Gomes e Molina asseveram que após a “idade de ouro”, a vítima experimentou um “secular e deliberado abandono.”¹⁶

¹² Expressão utilizada por Gomes e Molina, porém, segundo eles, cunhada por Shafer, conforme rodapé 20, da página 78, da obra **Criminologia**.

¹³ GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 84.

¹⁴ RODRIGUES, Roger de Melo. **A vítima e o processo penal brasileiro: novas perspectivas**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 19.

¹⁵ RODRIGUES, Roger de Melo, op. cit. p. 26.

¹⁶ GOMES, Luiz Flavio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 78.

Rodrigues lembra que, em seguida, veio o Século das Luzes, XVIII.¹⁷ Expoente do iluminismo penal, o Marques de Beccaria, autor da magna obra “Dos delitos e das penas” (anos de 1738 a 1793), referencial e marco teórico à ideia de humanização das penas, sustentou que o direito de punir se baseia “na necessidade de defender o depósito da salvação pública das usurpações particulares.”¹⁸

Em sua obra, a preocupação de Beccaria recai sobre a legitimação do poder punitivo estatal e as balizas que devem ser observadas à aplicação da pena, sempre garantindo a proporcionalidade entre a gravidade da conduta e a magnitude da resposta dada pelo corpo político.

O direito penal e a criminologia focaram-se na figura do delito e no delinquente. Os sistemas legais mundo afora (Códigos Penais e de Processo Penal da América Latina, por exemplo) passam a definir o crime, tipificar condutas, estabelecer a forma como o processo-crime deve se desenvolver, regulamentar as situações de privação da liberdade, estabelecer o *status* e os direitos do infrator, a ressocialização etc, limitando-se a tratar da vítima como uma simples fonte de prova (“testemunhal”).

A este propósito Cançado Trindade assevera que:

Recorde-se que o direito penal estatal se orientou, em sua evolução, rumo à figura do delinqüente, relegando a vítima a uma posição marginal; este enfoque se refletiu, por algum tempo, no próprio coletivo social, que passou a demonstrar maior interesse pela figura do criminoso do que pelas de suas vítimas, abandonadas ao esquecimento. Como já bem o advertia o Eclesiastes, ‘as lágrimas dos oprimidos não há quem as console’.¹⁹

Constatou-se a necessidade de se afastar a vítima do processo penal, com o propósito de garantir a aplicação da lei, livre de paixões ou pré-disposições (a resposta dada ao delito deve ser distante, imparcial, pública, desapaixonada²⁰).

Beccaria inclusive reforça a preocupação de isenção na aplicação da lei, ao afirmar que o corpo político não age por paixões, ao contrário, é moderador das

¹⁷ RODRIGUES, Roger de Melo. op. cit. p. 27.

¹⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 28.

¹⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 23, n. 90, p. 233-288, abril/junho 1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181722>. Acesso em: 27 fev. 2021. p. 435.

²⁰ GOMES, Luiz Flavio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 79.

paixões particulares, para evitar a indevida utilização da pena como instrumento do furor e do fanatismo ou dos fracos tiranos.²¹

Como decorrência deste distanciamento, forjou-se uma ambiência de insensibilidade, rechaço, falta de solidariedade e indiferença, que se observa tanto na comunidade, como no poder público, como ainda no sistema legal.

O conflito entre agressor e vítima foi despersonalizado, tanto assim que a relação ou situação jurídico processual contempla em seus polos, de um lado o Estado, e de outro o suposto autor do crime. A vítima é referida abstratamente, como aquela que teve o bem jurídico violado,²² servindo basicamente como testemunha.

Este movimento desenhou o seguinte cenário: O infrator, na qualidade de réu e posteriormente de condenado, passa a manter uma relação única e exclusiva com o Estado (Estado-juiz), já que as obrigações contraídas, decorrentes da sentença penal condenatória, tem como destinatário o Estado. Perceba-se que a vítima não ocupa nenhum espaço neste contexto.

Por outro lado, a vítima se sente esquecida, maltratada. A sua única participação em toda a perseguição se limita a “testemunhar” os fatos que presenciou.

As implicações desta estrutura construída pelo sistema, segundo Molina, traz consequências graves. Uma delas se refere à percepção que a vítima forma sobre o sistema de justiça e seus atores. E “el sistema legal no puede ser indiferente a las percepciones y actitudes de la víctima del delito respecto a la policía, los jueces, fiscales, abogados, etc”.²³

²¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 52.

²² Guaragni e Santana apontam que o movimento de neutralização da vítima foi observado no âmbito da dogmática penal, ao tratar do conceito de bem jurídico. Ao discorrer sobre o bem jurídico, Birnbaum asseverou que o direito penal ao punir, não tem por meta defender direitos subjetivos, até porque o a prática delituosa não os afeta. Apenas a título de exemplo, citam os autores, o crime de furto. Quando alguém tem o seu patrimônio desfalcado em razão de ser vítima de um crime de furto, esta pessoa continua a ter íntegro o seu direito subjetivo ao patrimônio. O direito penal protege, outrossim, a coisa (o patrimônio), circunstância que obscurece a pessoa, enquanto meta de proteção do direito penal. Parafraseando-os, “o ser humano que padeceu não tem um espaço para ser lembrado. Fica num ‘ponto-cego’, atrás da ‘coisa’ atingida pelo crime”. Em seguida, no século XIX, vem Binding, que assevera que o bem é jurídico, quando é tutelado pela norma, de sorte que antes de ofender o bem, o crime atinge a norma que tutela o bem. A vítima sempre será o estado e “aquela que sofre na carne é varrida para baixo do tapete, ainda outra vez”. GUARAGNI, Fábio André; SANTANA, Vanesta Milene de. Princípio da vedação deficiente de vítimas em matéria penal: dois casos emblemáticos da corte interamericana de direitos humanos. *In*: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (coord.). **Ministério Público e princípio da proteção eficiente**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 176.

²³ MOLINA, Antonio Garcia- Pablos de. **Tratado de criminologia**. 3. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 167.

As informações trazidas pela vítima são valiosas à identificação e resolução dos problemas gerados pela criminalidade. E toda a burocracia e morosidade da justiça criminal, aliada ao sentimento de impotência e vulnerabilidade acabam por gerar uma alienação do ofendido em relação ao sistema, levando, obviamente, a que se coíba o denunciamento. Eclode o problema da cifra negra.

O autor aponta que:

Sin duda alguna, el ciudadano —y la víctima, en particular— no están satisfechos con una Justicia criminal «ciega, sorda, muda y que ciñe espada». Una Justicia criminal burocratizada, tecnocrática, despersonalizada, pendiente más de castigar al culpable —y de su rendimiento racional o productividad - que de la solución de los conflictos.

Una Justicia poco o nada participativa, sin sentido comunitario, distante de los valores éticos, de la propia experiencia humana y el sentido común. Una Justicia en la que la víctima del delito no se siente comprendida, ni escuchada, ni crea un marco mínimo que permita a aquélla, al menos, expresar sus vivencias y emociones legítimas.²⁴

O Estado não pode ser insensível a todo o sofrimento causado à vítima pela ação delitiva e, ainda assim, impingir-lhe, por meio do processo, um outro sofrimento, consistente na vitimização secundária.

O marco temporal ao redescobrimento da vítima foi exatamente a 2ª Grande Guerra Mundial. Rodrigues rememora que

[...] o século XX presenciou o início de um volver generalizado dos olhares para os direitos humanos, extensível à situação das vítimas em geral, o que ensejou a deflagração de uma nova fase, a fase de redescoberta da vítima, porém denominada de movimento vitimológico.²⁵

Cuaresma, por seu turno, assevera que

A vitimologia moderna não pretende uma inviável regressão aos tempos passados, à vingança privada e à represália, eis que uma resposta institucional e serena ao delito não pode seguir os ditados emocionais da vítima, pois estaríamos exterminando o problema apenas sob a ótica de um de seus protagonistas.²⁶

²⁴ MOLINA, Antonio Garcia- Pablos de. op. cit. p. 167.

²⁵ RODRIGUES, Roger de Melo. op. cit. p. 28.

²⁶ CUARESMA, Sergio. La victimologia. In: Caçado Trindade (et al) **Estudios básicos de derechos humanos V**. São José da Costa Rica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 304.

A preocupação evidentemente foi quanto o surgimento de posturas antigarantistas, que, a pretexto de salvaguardar os anseios da vítima, poderia colocar em risco os direitos do acusado na persecução penal, como se eles não pudessem conviver harmonicamente. Por isso, Molina diz que é necessária uma análise cautelosa sobre o redescobrimto, longe de interpretações antigarantistas e sem um indevido sublinhado mercantil de suas expectativas:

Nada más pernicioso que asociar la victimología a una lectura antigarantista de la respuesta al delito, o a un, defensismo políticocriminal a ultranza, aunque tales riesgos se hallan presentes en algunas formulaciones criminológicas radicales.²⁷

A preservação dos direitos e interesses da vítima, dando-lhe a devida importância no cenário do Direito penal (e do processo penal), aqui compreendido com a redescoberta da vítima – que sai de uma postura neutra e se revela titular de direitos na persecução penal, como detentora do direito a uma adequada e tempestiva resposta estatal –, em nada interfere no exercício de todos os direitos e garantias processuais por parte do acusado.

Não há que se falar, por óbvio, em abreviar ritos processuais, cercear a produção de provas, em nome da brevidade processual, muito menos suprimir garantias, para poder prover, a todo custo, os direitos da vítima. Há que se buscar um meio termo.

2.2 A Vitimização e seus Graus

Jorge²⁸ esclarece que a vitimização é o processo pelo qual alguém se torna vítima de sua própria conduta ou da conduta de terceiro. A vitimização, segundo a autora, pode decorrer de características pessoais, como a raça, sexo, idade, condição social ou opção sexual, ou por meio de acidente, miséria etc.

²⁷ MOLINA, Antonio Garcia- Pablos de. op. cit. p. 120.

²⁸ JORGE, Aline Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal**. Uma tentativa de demonstrar os reais interesses das vítimas de crimes, desde a participação na persecução criminal à reparação do dano, e de se propor alternativas para a melhor satisfação destas. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002. p. 39.

O processo de vitimização pode ocorrer em diversas esferas sociais, inclusive na própria família. A historicidade dos direitos humanos revela a árdua luta de afirmação destes (direitos), que reflete (um combate a) a vitimização.

No tocante à vítima de crime, observa-se que as consequências deletérias por ela sofridas em decorrência de uma prática criminosa, ultrapassam a barreira patrimonial. Aliás, em muitas ocasiões, os danos psicológicos são ainda mais graves do que o desfalque econômico, pois que irremediáveis.

Além de enfrentar as agruras do crime, a vítima ainda passa por um verdadeiro calvário nas (ditas) instâncias formais de controle, desde o registro do boletim de ocorrência até a prolação da sentença, eis que, a teor do artigo 203, do CPP, deve obrigatoriamente ser ouvida em juízo.

O impacto da criminalidade, reflete no desenvolvimento e na arquitetura das cidades. É possível perceber o crescimento vertical das grandes urbes, para possibilitar a edificação de condomínios fechados, que, em tese, são capazes de oferecer mais segurança aos moradores. As casas sempre cercadas por muros, concertinas, sem área ao ar livre, para evitar crimes contra o patrimônio.

As 100 Regras de Brasília²⁹ asseveram a necessidade de que se estimulem medidas adequadas para mitigar os efeitos negativos do delito, indicando-os (estes efeitos) como sendo a vitimização primária.

Já a vitimização secundária consiste, segundo o aludido documento, no incremento do dano sofrido pela vítima em decorrência de seu contato com o sistema de justiça (peritos, policiais, membros do Ministério Público, advogados, juízes). Beristain sublinha que “durante o processo, a vítima é, no mais, um convidado de pedra. Outras vezes, nem convidado.”³⁰

²⁹ Elaboradas com o apoio do Projecto Eurosocial Justiça, por um Grupo de Trabalho constituído no seio da Conferência Judicial Ibero-americana, na qual também participaram a Associação Ibero-americana de Ministérios Públicos (AIAMP), a Associação Inter americana de Defensores Públicos (AIDEF), a Federação Ibero-americana de Ombudsman (FIO) e a União Ibero-americana de Colégios e Agrupamentos de Advogados (UIBA). As Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade foram aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, que teve lugar em Brasília durante os dias 4 a 6 de março de 2008. As outras Redes antes citadas iniciaram o processo para as submeter à aprovação dos seus respectivos órgãos de governo. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2021.

³⁰ BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. 194 p. p. 105.

A vitimização terciária, por sua vez, “emerge como resultado das vivências e dos processos de atribuição e rotulação, como consequência ou ‘valor acrescentado’ das vitimizações primária e secundária precedentes”.³¹

Ela decorre da pecha que recai sobre o indivíduo como consequência das demais vitimizações: o drogadicto, o traficante, a estuprada etc.

2.3 A Vítima no Direito Brasileiro

Freitas³² aponta que, com a redescoberta da vítima no período pós-2ª Guerra Mundial e a aprovação, pela ONU, em 1985, da Declaração Universal dos Direitos das Vítimas de Crime e Abuso de Poder, a legislação brasileira passou a prever medidas afirmativas de assistência e proteção à vítima ofendida.

As normas contemplam medidas de ordem econômica, destinadas à reparação do dano; política, consistentes em providências assistenciais; e processual, objetivando garantir espaço para a participação da vítima na persecução penal, conforme se verá adiante.

Barros anota que:

Deve-se destacar que as leis processuais brasileiras têm, desde o final da década de 90 do século passado, se preocupado com a figura da vítima no processo penal [...]. Admite-se, assim, o início de uma tentativa de reconhecimento da vítima como sujeito de direitos e legitimada a participar do processo penal, por um lado, e destinatária de políticas públicas específicas, por outro lado.³³

Como se nota, as medidas de proteção à vítima no direito brasileiro são deveras tardias, tendo sido implementadas apenas a partir da década de 1990. Até então, a previsão legal existente se resumia à disciplina de sua oitiva, como objeto da prova (portanto no campo da prova).

Scarance lembra que para a vítima

³¹ BERISTAIN, Antonio. op. cit. p. 109.

³² FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; ORDEIRO, Euller Xavier (Org.); FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão (Org.); BORGES, Paulo César Corrêa (Org.); VIEIRA, A. L. V. (Org.); SOUZA, Marcos Rogério de (Org.). **Estudos contemporâneos de vitimologia**. 1. ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011. 127 p. p. 10.

³³ BARROS, F de M. A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 13, p. 310, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/407/171>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

[...] não está assegurado o direito ao silêncio, não há direito de se ausentar da audiência, não há direito à assistência jurídica, não há direito a habeas corpus para assegurar seu ir e vir ou evitar uma injusta prisão por denúncia caluniosa.³⁴

Ela prossegue, asseverando que

Esta pessoa – denominada VÍTIMA – não está no processo por escolha própria. O crime não é sua responsabilidade por dolo ou culpa. A lei a ignora, autoridades a destratam e desconhecem a sua dor. É invisível e revitimizada. (destaque consta do original)³⁵

De fato, a (justa) preocupação com os direitos do acusado na persecução penal (justa, porque num Estado Democrático de Direito, somente lhe pode ser reservado o papel de sujeito de direitos), acabou conduzindo a vítima a uma indesejada invisibilidade, que foi remediada por reformas pontuais à legislação, que, entretanto, não lhe dão um tratamento adequado, conforme veremos abaixo.

2.3.1 A Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 245, trouxe a previsão de que a lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.

O dispositivo diz menos do que deveria, asseverando que o fundo dará assistência apenas em caso de pessoas vitimadas por crime doloso, quando poderia ter contemplado todas as vítimas de crime.

A norma responsável por disciplinar as hipóteses e condições, passados mais de trinta anos de vigência da Constituição ainda não foi elaborada.

Há um projeto de lei, o PL 3503, de 2004, de autoria de José Sarney, que define os direitos das vítimas de ações criminosas e regulamenta o artigo 245, da Constituição Federal, para criar o Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos (FUNAV), além de outras providências.

³⁴ FERNANDES, Valéria Dias Scarance. O papel do processo penal na proteção da vítima. *In*: VAZ, Denise Provasi et al (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes**. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 17.

³⁵ *Id.* *Ibidem*. p. 17.

O último andamento dado ao referido projeto data de agosto do ano de 2015, conforme se extrai do sitio eletrônico da Câmara dos Deputados: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=252323>.

2.3.2 O Código de Processo Penal

O Direito Processual Penal constitui ramo do direito que contempla normas que disciplinam o devido processo legal, é dizer, as regras a serem observadas para a apuração da responsabilidade criminal e eventual aplicação da sanção penal. É o meio pelo qual o Estado exerce o *jus puniendi*, derivado da violação de uma norma penal incriminadora.

Tiedemann assevera que

Do ponto de vista do Direito Constitucional, portanto, o Direito Processual Penal regula sobretudo o tipo e a extensão – e, com isso, em última instância, a legalidade – de intervenções nos direitos fundamentais disponibilizando autorizações (limitadas) para tais intervenções.³⁶

O referido autor adverte que, diferentemente do Direito Civil, em que há a possibilidade de que autor e réu acordem quanto a solução decorrente da violação de um direito, é dizer, a norma sancionadora do princípio processual penal necessariamente há de ser aplicada pelo magistrado, seu destinatário, afinal o Estado detém o monopólio punitivo. E conclui asseverando que “a jurisprudência não reconhece a proteção da vítima como objetivo (secundário) do processo penal”.³⁷

No mesmo norte, assevera Lopes Júnior:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo deste caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias

³⁶ ARTZ, Gunter; TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 258 p. p. 149.

³⁷ Id. *Ibidem*. p. 147.

constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).³⁸

Guaragni e Santana chegam a afirmar que os princípios jurídico-penais delineados na Filosofia da Ilustração “dão conta de formar um cinturão de garantias em torno do indivíduo réu contra o poder punitivo estatal”.³⁹ Como consequência desta tradição herdada do Iluminismo, no Código de Processo Penal, poucas são as referências feitas à vítima. Aliás, a reforma introduzida pela lei 11.690, do ano de 2008, modificou substancialmente a disciplina do tema, com a alteração do artigo 201, do CPP, que passou a contemplar à vítima o direito de informação sobre determinados atos processuais, direito de atendimento e assistência etc.

À análise do tratamento dado à vítima pelo CPP:

a) a possibilidade de deflagração da persecução penal *in judicio*:

O Estado reserva a si o *jus puniendi*, entregando a um organismo oficial (princípio da autoridade ou da oficialidade) o dever de promover, privativamente, a ação penal, é dizer o poder-dever de disparar mecanismos para ver aplicada a sanção penal vazada no preceito secundário do tipo penal.

A atuação do estado independe, como regra, de provocação de quem quer que seja, orientando-se, pois, pelo princípio da oficiosidade. Deflui, naturalmente, do interesse estatal de garantir a paz social, evitando-se a vingança privada.

Isso fica bastante claro, até por conta da tipificação do crime de exercício arbitrário das próprias razões, esculpido no artigo 345, do CP, assim redigido: “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite.”

Em situações excepcionais transfere-se à vítima, seu representante e, na falta destes, ao cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão, o poder de a) deflagrar a persecução penal, nos crimes de ação penal privada, como por exemplo nos crimes contra a honra, *ex vi* do artigo 145, do CP (somente se procede mediante queixa); e b) autorizar a sua deflagração (por meio de institutos condicionantes, como a representação e a requisição do Ministro da Justiça), nos crimes de ação penal

³⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformação constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 72.

³⁹ GUARAGNI, Fábio André; SANTANA, Vanesta Milene de. **Princípio da vedação deficiente de vítimas em matéria penal**: dois casos emblemáticos da corte interamericana de direitos humanos. *In*: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (coord). **Ministério Público e princípio da proteção eficiente**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 173.

pública condicionada, como por exemplo no caso do parágrafo único do artigo 145, do CP (crime contra a honra praticado contra o Presidente da República ou contra chefe de governo estrangeiro) e do artigo 147, do CP (crime de ameaça).

O Código Penal, em seu artigo 100, estabelece que a ação penal é, em regra pública, salvo quando a lei expressamente a declarar privativa do ofendido.

Assim, quando a propositura da ação puder resultar constrangimento maior à vítima, do que o seu próprio processamento (da ação), é dizer, o interesse do ofendido se sobrepor ao do Estado, de ver punido o autor de crime, a possibilidade de exercício da ação se transfere à vítima, *ex vi* do §4º, do artigo 100, do CP e artigo 30, do CPP.

Alencar e Tavora explicam que

Nestas hipóteses, a persecução criminal é transferida excepcionalmente ao particular, que atua em nome próprio, na tutela de interesse alheio. O fundamento é evitar o constrangimento do processo (*strepitus iudicii*), podendo a vítima optar entre expor a sua intimidade em juízo ou quedar-se inerte, pois muitas vezes, o sofrimento causado pela exposição ao processo é maior do que a própria impunidade do criminoso. Ação penal de iniciativa privada tem assim o fito de proteger o ofendido contra a 'vitimização secundária' (ou efeito vitimizador), que muitas vezes é provocada por meio de novos danos e exposições decorrentes das investigações levadas a cabo pelos órgãos da persecução penal estatal.⁴⁰

Noutras situações, a titularidade da ação contínua nas mãos do Estado, porém a movimentação do aparato estatal depende de um ato de vontade da vítima, a representação, ou de requisição do Ministro da Justiça, conforme §1º, do artigo 100, do CP e artigo 24, do CPP.

Impende destacar que, em caso de inércia do Estado em promover a ação penal, violando, outrossim, a obrigação internacional de investigar, processar e punir, a vítima pode a ele se substituir e manejar a denominada ação penal privada subsidiária da pública, instrumento que revela que embora o *jus puniendi* tenha sido entregue ao estado, a satisfação deste (do *jus puniendi*) interessa diretamente ao ofendido. É o que se depreende do §3º, do artigo 100, do CP e do artigo 29, do CPP.

Observa-se, portanto que a vítima reserva a si, nalgumas situações, o poder de disparar a persecução penal, conforme artigos 24 e 30, do Código de Processo Penal.

⁴⁰ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TAVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 281/282.

A vítima também tem o direito de, no curso da investigação preliminar realizada por meio de inquérito policial, requerer diligências, que serão ou não realizadas, a juízo da Autoridade Policial (conforme artigo 14, do CPP). Para as perícias em geral, pode ele formular quesitos e indicar assistente técnico (consoante §3º, do artigo 159, do CPP).

b) a possibilidade de ingresso do processo, na qualidade de assistente:

Uma vez deflagrada a ação penal e enquanto não sobrevier o trânsito em julgado da sentença, o ofendido pode figurar como assistente do Ministério Público (artigo 268, do CPP), podendo, nesta condição, propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio (artigo 271, do CPP).

A figura da assistência consagra a possibilidade de participação da vítima no processo penal. Esta possibilidade de intervenção gerou, noutros tempos, importantes discussões, notadamente por tocar à finalidade do processo.

Lima⁴¹ indica que uma primeira posição sustenta a incompatibilidade da assistência com a Constituição, ao argumento de que a participação do ofendido transformaria o processo num espaço de vingança privada. Ademais, prescindível esta intromissão, já que o Ministério Público é plenamente capaz de exercer o seu *munus*, prescindindo da atuação de qualquer coadjuvante. Neste norte está o magistério de Alencar e Tavora⁴²:

[...] a participação da vítima no processo penal conflita com as garantias fundamentais do imputado, bem como com a ideia de que o advento do processo moderno veio a substituir a vetusta vingança privada. Realmente, a permissão de habilitação do assistente do Ministério Público, além de agigantar a acusação, insere o elemento vindita no processo penal. Por outro lado, caso seja a hipótese de permitir a intervenção da vítima no processo, como assistente do Ministério Público, sua atuação deve visar tão somente a obtenção de um título executivo para fins indenizatórios.⁴³

⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 806/807.

⁴² Os aludidos autores citam também como partidários desta corrente Amilton Bueno Carvalho, conforme se vê na obra *Curso de Direito Processual Penal*, p. 633. Também neste sentido: LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, p. 570.

⁴³ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TAVORA, Nestor. op. cit. p. 633.

Uma segunda corrente sustenta que a intervenção do assistente se justifica única e exclusivamente para fins patrimoniais, buscando a adequada reparação dos danos sofridos. Neste sentido Tourinho Filho, que assevera que “a razão de se permitir a ingerência do ofendido em todos os termos da ação penal pública, ao lado do Ministério Público, repousa na influência decisiva que a sentença da sede penal exerce na sede civil.”⁴⁴

Para uma terceira posição, inclusive partilhada por Lima, a vítima tem direito a uma “justa e proporcional aplicação da lei”.⁴⁵ A intervenção se legitima não por questões patrimoniais, já que esta pretensão pode ser exercida independentemente da resposta penal, e mesmo da prévia habilitação, por meio de ação de indenização. Neste sentido também Greco Filho, que sustenta que:

O fundamento da possibilidade de sua intervenção é o seu interesse na reparação civil, mas o assistente atua, em colaboração com a acusação pública no sentido da aplicação da lei penal.⁴⁶

A este propósito, trazemos a colação aresto emanado do Superior Tribunal de Justiça:

RESP - RECURSO - ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO - o Processo penal, complexo de relações jurídicas que têm por objetivo a aplicação da lei penal.

Não há partes, pedido ou lide, nos termos empregados no processo civil. Juridicamente, acusação e defesa conjugam esforços, decorrência do contraditório e defesa ampla, para esclarecimento da verdade real. Ninguém pode ser condenado sem o devido processo legal. O assistente também, interessado na averiguação da verdade substancial. O interesse não se restringe aquisição de título executório para reparação de perdas e danos. O direito de recorrer, não o fazendo o Ministério Público, se dá quando a sentença absolveu o réu, ou postulado aumento da pena. A hipótese não se confunde com a justiça privada. A vítima, como o réu, tem direito a decisão justa. A pena, por seu turno, a medida jurídica do dano social decorrente do crime.⁴⁷

⁴⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 2. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 602.

⁴⁵ LIMA, Renato Brasileiro de, op. cit. p. 807.

⁴⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 299.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 135.549/RJ**. RESP - Recurso - Assistente de acusação - o processo penal, complexo de relações jurídicas que têm por objetivo a aplicação da lei penal. [...]. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em 02 de abril de 1998, publicado em 26 de outubro de 1998. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=199700400212>. Acesso em: 22 fev. 2021.

Noutro julgado, o mesmo STJ reconheceu como admissível a possibilidade de o assistente interpor recurso com o fim de majorar a pena aplicada, o que reafirma que a participação do assistente não se resume a questões patrimoniais, *verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. DESCLASSIFICAÇÃO. ESTELIONATO. ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL. LIMITAÇÃO AO PLEITO CONDENATÓRIO MINISTERIAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Ministério Público, na qualidade de dominus litis, não está vinculado ao pedido feito na denúncia e pode requerer a condenação do réu por outro delito nas alegações finais.

2. A jurisprudência do STJ assentou que o assistente da acusação pode recorrer nas hipóteses do art. 271 do CPP - absolvição, extinção da punibilidade e impronúncia - e para majorar a reprimenda fixada na sentença.

3. Nestes autos, o assistente da acusação requer a desclassificação da conduta para furto qualificado, tal como consta na denúncia, a despeito de o Parquet haver requerido, em alegações finais, a condenação por estelionato.

4. A legitimidade recursal do assistente da acusação é limitada ao pleito condenatório ministerial, inclusive o manifestado em alegações finais, e exclui a possibilidade de requerimento desclassificatório, pois implica a imposição de outra pena, que não se confunde com o mero agravamento da anterior.

5. Agravo regimental não provido.

(grifo nosso)⁴⁸

c) a possibilidade de participação no *iter* do arquivamento do expediente investigatório:

A vítima passou a contar com outra importante ferramenta para interferir no direcionamento da persecução penal. O Pacote Anticrime, lei 13.964/2019, deu nova redação ao artigo 28, do CPP, suspensa por força da ADI 6305,⁴⁹ reconhecendo ao

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AgRg no AREsp 886.752/RJ**. Agravo regimental no agravo regimental em recurso especial. Furto qualificado. Desclassificação. Estelionato. Assistente da acusação. [...]. Relator: Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Julgado em 10 de março de 2020, publicado em 17 de março de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201600936887>. Acesso em: 22 fev. 2021.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6305**. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Relator: Min. Fux, medida cautelar concedida em 22 de janeiro de

ofendido a possibilidade de acionar o órgão de revisão do Ministério Público, contra a decisão que determina o arquivamento do inquérito policial.

Esta medida não era contemplada na antiga redação do dispositivo, que estabelecia a sistemática do arquivamento, sem contemplar nenhuma medida de comunicação ao ofendido, que muitas das vezes sequer tomava conhecimento sobre os rumos da persecução.

A este propósito, cabe destacar que, em 2006, a Comissão IDH apreciou o Caso Simone André Diniz,⁵⁰ referente a um anúncio jornalístico publicado no jornal A Folha de São Paulo, em 2 de março de 1997, em que Aparecida Gisele Mota da Silva procurava empregada doméstica, indicando preferência por candidata branca. Simone, de cor negra, se candidatou à vaga, porém foi recusada sob o argumento de que não preenchia os requisitos exigidos para o emprego, e, então registrou a ocorrência.⁵¹

A Polícia Civil instaurou inquérito e procedeu às investigações necessárias, remetendo o expediente ao Ministério Público, que, em 2 de abril do mesmo ano, promoveu o seu arquivamento, o que foi homologado pelo Juízo do Departamento de Inquéritos Policiais.

A Comissão IDH ponderou que nas relações entre particulares devem ser observados e respeitados os direitos humanos (§40), e que o Estado tem a obrigação de velar para que nestas relações sejam respeitados os direitos humanos, não apenas para prevenir violações, mas também para buscar, diligentemente, investigar, processar e sancionar autores de eventuais violações (§ 43).

Prosseguindo, a CIDH entendeu que o arquivamento do expediente investigatório impossibilitou Simone de aceder à justiça, por meio de recurso eficaz, para ver amparado seu direito contra o ato de racismo sofrido, por conta da irrecorribilidade da decisão de arquivamento do inquérito promovida pelo Ministério Público (§ 111). Sublinhou que a deliberação do órgão ministerial foi incongruente com o princípio da inafastabilidade da jurisdição (§ 122).

2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1064344/false>. Acesso em: 7 fev. 2021.

⁵⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Simone André Diniz**. Recomendação de 21 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2006port/brasil.12001port.htm>. Acesso em: 23 fev. 2021.

⁵¹ Conforme consta do relatório do caso.

Como se nota, já àquela época, em 2006, a Comissão IDH fez importante registro a respeito da impossibilidade de a vítima participar dos rumos da persecução penal, já que a deliberação adotada pelo *dominus litis* é irrecorrível, submetendo-se apenas e tão somente a um controle anômalo por parte do Poder Judiciário, que, em caso de discordância, poderia devolver os autos ao (próprio) Ministério Público, agora à instância de revisão, para nova deliberação.

Em novembro do ano de 2019, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução 201, que promoveu alterações nas resoluções 129, de 2015 e 181, de 2017, com o objetivo de adequá-las às disposições do Direito Internacional dos Direitos Humanos, especialmente à decisão do Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, da Corte Interamericana de Direitos Humanos,⁵² que será oportunamente analisado.

O caso trata de falhas e demoras na investigação e punição de responsáveis por execuções extrajudiciais de vinte e seis pessoas na Favela Nova Brasília, no estado do Rio de Janeiro, pela Polícia Civil carioca.

Na data de 18 de outubro de 1994, Policiais adentraram a Favela e invadiram casas, dispararam contra ocupantes, além de cometer atos de violência sexual contra três jovens. Do ato resultaram treze mortos, dos quais quatro eram crianças.

Em 8 de maio de 1995 um grupo de quatorze Policiais Civis realizou nova incursão na Favela, com apoio de helicópteros, com o objetivo de deter um carregamento de armas. Houve troca de tiros e como resultado três policiais foram feridos e treze homens da comunidade foram mortos.

Para adequar a normativa que trata do exercício do controle externo da investigação de morte decorrente de intervenção policial (Resolução 129, de 2015), o Conselho dispôs ser obrigatória a comunicação à vítima e/ou seus familiares sobre o pronunciamento de arquivamento das investigações criminais.

Já no tocante à disciplina da instauração e tramitação de procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, o Conselho impôs a necessidade de comunicação da vítima ou, na ausência desta, dos familiares sobre o oferecimento de ação penal.

⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso favela Nova Brasília vs. Brasil**. Presidente Eduardo Mac-Gregor Poisot. Sentença de 16 fev. 2017. Disponível em: https://www.CorteIDH.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 23 fev. 2021.

d) a reparação dos danos:

Outra preocupação do legislador foi quanto a reparação do dano. Ele dedicou espaço a tratar especificamente da ação civil, e, em 2008, passou a prever que, em caso de condenação, deve o juiz fixar o valor mínimo de indenização.

A ação civil encontra-se prevista nos artigos 63 e seguintes, do Código de Processo Penal, e pode ser proposta no juízo cível tão logo transitada em julgado a sentença condenatória, objetivando a reparação do dano.

O valor mínimo da indenização passou a ser considerado como tópico da sentença penal condenatória, consoante inciso IV, do artigo 387, do CPP, com redação dada pela lei 11.719, de 2018.

Importante destacar que, para que seja fixado o valor, é necessário, segundo entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, pedido expresso do Ministério Público, conforme se colhe do aresto abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. APLICAÇÃO DO ART. 91, I, DO CP. EFEITO EXTRAPENAL. ART. 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS SOFRIDOS PELO OFENDIDO. NECESSIDADE DE PEDIDO EXPRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Consoante dispõe o art. 91, I, do Código Penal: 'são efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime'. Referido dispositivo trata do efeito extrapenal genérico da condenação, de efeito automático, pois não necessita ser expressamente pronunciado pelo juiz na sentença condenatória para se tornar título executivo judicial a embasar eventual propositura da ação civil *ex delicto*.

2. Com a alteração instituída pela Lei Federal n. 11.719/08, o inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal - CPP possibilitou que o juiz, ao proferir a sentença condenatória, fixe valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. Assim, o aludido dispositivo apenas permitiu a antecipação do momento processual para fixação de um valor mínimo para reparação de danos causados por uma infração penal.

3. Esta Corte Superior de Justiça entende que 'a aplicação do instituto disposto no art. 387, IV, do CPP, referente à reparação de natureza cível, na prolação da sentença condenatória, requer a dedução de um pedido expresso do querelante ou do Ministério Público, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa' (AgRg no AREsp 1309078/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 16/11/2018).

4. Agravo regimental desprovido.⁵³

Importante acrescer o avanço da jurisprudência do STJ, no tocante à fixação de danos morais à mulher vítima de violência doméstica, independentemente de instrução probatória, desde que haja pedido expresso, seja do Ministério Público, seja da ofendida, conforme se depreende da seguinte tese fixada no tema/repetitivo 983:

TESE: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.⁵⁴

e) o papel “testemunhal”:

As partes desempenham no processo uma atividade de (contribuir à) formação do convencimento do juiz. O destinatário imediato das provas e, de sorte, da argumentação despendida no bojo do processo é o magistrado, responsável por apresentar uma solução à contenda.

O CPP adotou o sistema do livre convencimento motivado, significando, por ele, que o julgador tem liberdade para apreciar as provas e valorá-las de acordo com o contexto dos autos, assumindo como ônus, o dever de fundamentar a sua decisão, como forma de prestar contas sobre a sua atuação jurisdicional. É o que se extrai da leitura do artigo 155, do CPP.

A demonstração dos fatos alegados pelas partes é feita por meio de provas, e a este propósito, o Código adotou como referencial o princípio da liberdade dos meios de prova. Pode-se afirmar, nesta esteira, que o rol de provas previsto na legislação processual penal não é exaustivo, sendo admitidas as denominadas provas atípicas ou inominadas. O balizador desta liberdade são as provas vedadas, conforme se depreende do inciso LVI, do artigo 5º, da CF.

O ofendido constitui fonte de prova. Dele emana uma informação útil e relevante ao deslinde da causa. O artigo 201, do Código de Processo Penal, em

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EDcl no AREsp 1296627/PR**. Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial [...]. Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK. Publicado em 1º de fev. de 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201801201606>. Acesso em: 21 fev. 2021.

⁵⁴ Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em: 22 fev. 2021.

capítulo próprio, no título que trata da prova, traz expressa a previsão sobre as declarações do ofendido.

A cabeça do dispositivo trata de sua oitiva, asseverando que sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

Vale registrar que a contribuição da vítima ao esclarecimento dos fatos é fundamental. A sua palavra tem sido fartamente reconhecida como importante elemento de prova, conforme se vê abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSO PENAL. ARTIGOS 214 C/C ARTIGO 224, ALÍNEA 'A', E ARTIGO 226, INCISO II, NA FORMA DO ARTIGO 71, TODOS DO CP. CONDENAÇÃO. PROVA SUFICIENTE. VERIFICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVANTE DO ARTIGO 61, INCISO II, ALÍNEA 'C' DO CP. INCIDÊNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA APLICADA NO PATAMAR DE 2/3 COM BASE NO LONGO PERÍODO DA VIOLÊNCIA. LEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Tribunal a quo, em decisão devidamente motivada, entendeu pela manutenção da condenação do acusado pela prática delitativa. em razão do vasto material probatório dos autos, como depoimentos da vítima e de testemunhas, boletim de ocorrência e relatório informativo elaborado pelo CREAS III, órgão especializado no atendimento psicossocial de crianças e adolescentes vítimas de violência. Assim, rever tais fundamentos, para concluir pela absolvição do envolvido, em razão da ausência de prova concreta para a condenação, como requer a parte recorrente, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, segundo óbice da Súmula n. 7/STJ.

2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, em razão das dificuldades que envolvem a obtenção de provas de crimes contra a liberdade sexual - praticados, na maioria das vezes, longe dos olhos de testemunhas e, normalmente, sem vestígios físicos que permitam a comprovação dos eventos - a palavra da vítima adquire relevo diferenciado (AgRg no REsp n. 1.774.080/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 15/02/2019).

[...] (grifo nosso)⁵⁵

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no ARES 1733280/PR**. Processo penal. Artigos 214 C/C Artigo 224, Alínea "A", e Artigo 226, Inciso II, na forma do Artigo 71, todos do CP. Condenação. Prova suficiente. Verificação. Súmula 7/STJ. Pena-base [...] Agravante: MV. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, em 17 de novembro de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica®istro=202001844916>. Acesso em: 6 fev. 2021.

A validade desta fonte de prova é reconhecida notadamente nos crimes praticados à clandestinidade, quando inexistem indicativos de que vítima e autor do fato sejam desafetos e quando a versão por ela apresentada encontra-se roborada por outros elementos de convicção.

No §1º, do artigo 201, do CPP, está consignada a possibilidade de condução coercitiva do ofendido, em caso de não comparecimento injustificado.

f) demais direitos:

A partir do parágrafo segundo, do artigo 201, do CPP, estão previstos alguns direitos que assistem à vítima: de comunicação de atos processuais, que envolvem o agressor, de acomodação em local adequado antes da audiência, de atendimento multidisciplinar, bem assim de possibilidade de providências à garantia da intimidade, vida privada e honra do ofendido, como por exemplo a determinação de segredo de justiça a atos processuais.

Dois importantes registros merecem ser feitos em relação ao tão-falado artigo 201, do CPP. O primeiro diz respeito à sua localização topológica: inserido no título que trata da prova no processo. Veja-se que os direitos da vítima foram tratados de forma secundária, sem qualquer destaque no processo penal. Talvez isso resulte dos inúmeros recortes feitos no Código ao longo destes mais de setenta anos de vigência.

O segundo é que a providência é deveras recente: data de 2008, da minirreforma proposta pela lei 11.690. Até então, o Código tratava do ofendido única e exclusivamente como uma fonte de prova, disciplinando o modo de se proceder à sua oitiva.

Por fim, no artigo 217, do Código, com a redação dada pela lei 11.690, de 2008, está prevista a possibilidade de realização do interrogatório por videoconferência, ou a retirada do réu da sala de audiência, caso a sua presença possa causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido.

No tocante às cautelares, a vítima tem legitimidade para pleitear medidas assecuratórias (artigo 127, do CPP) para assegurar o ressarcimento do prejuízo advindo da conduta, bem assim a decretação de prisão preventiva (artigo 311, do CPP).

2.3.3 A Lei 9.099/95

A lei 9.099/95 trouxe importantes inovações no campo do processo, dentre elas a instituição de um modelo de justiça penal negociada, institucionalizando: a) a possibilidade de um acordo de composição entre autor do fato e vítima para pôr fim à demanda, b) de um acordo entre Ministério Público e autor do fato para evitar o *full trial* (transação penal e suspensão condicional do processo); e c) a necessidade do oferecimento de representação para o processamento do crime de lesões corporais leves e as lesões culposas.

A norma foi responsável por dar voz à vítima nestas infrações ditas de menor potencial ofensivo – cuja pena máxima seja igual ou inferior a dois anos, ou no caso de contravenções penais, conforme artigo 61, da lei 9.099/95 –, condicionando o processamento do autor à sua manifestação de vontade.

O processo foi desburocratizado pela adoção dos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, conforme prescrição do artigo 2º, tornando-se mais acessível ao ofendido, sobretudo pela adoção de medidas de conciliação.

Grinover, Gomes Filho, Fernandes e Gomes asseveram que

indiscutivelmente a via mais promissora da tão esperada desburocratização da Justiça criminal (grande parte do movimento forense criminal já foi reduzido), ao mesmo tempo em que permite a pronta resposta estatal ao delito, a imediata (se bem que na medida do possível) reparação dos danos à vítima, o fim das prescrições (esta não corre durante a suspensão), a ressocialização do autor dos fatos, sua não-reincidência, uma fenomenal economia de papéis, horas de trabalho etc.⁵⁶

Em seu artigo 74, a lei 9.099/95 trouxe a figura da composição civil dos danos, buscando uma aproximação entre a vítima e o autor do fato, consignando, inclusive, que nas ações privadas e nas públicas condicionadas a representação, a homologação do acordo implicaria renúncia ao direito de queixa e de representação.

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 45.

No artigo 89, ao tratar da suspensão condicional do processo, a referida norma consignou expressamente que a reparação do dano constitui condição obrigatória à celebração do acordo, ressalvada a impossibilidade de fazê-lo.

Trata-se de situação que mitiga o princípio da indisponibilidade da ação penal, autorizando com que o Ministério Público convencie a suspensão do processo, mediante o cumprimento de condições, dentre as quais a reparação do prejuízo causado à vítima.

Já mais recentemente, em 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução 181, alterada pela Resolução 183, de 2018, e o Pacote Anticrime, lei 13.964, de 2019, disciplinaram o acordo de não persecução, com previsão semelhante.

É possível que o Ministério Público deixe de promover a persecução penal, em caso de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 anos, desde que o investigado conteste formal e circunstancialmente a prática de infração penal, mediante o cumprimento de condições, dentre as quais a reparação do dano.

Insta salientar que os dois últimos institutos tratados não se reservam exclusivamente às infrações de menor potencial ofensivo, tampouco aplicam-se apenas aos feitos de competência dos Juizados Especiais Criminais. Ao revés, tem parâmetros outros para aplicação, baseados na pena mínima abstratamente cominada ao delito.

Importante consignar ainda, que a persecução penal ficou condicionada à manifestação de vontade do ofendido no caso de lesões corporais leves e culposas, salvo se praticadas no âmbito das relações domésticas ou ainda, nas situações do artigo 291, §1º, do Código de Trânsito Brasileiro, lei 9.503, de 1997.

A primeira delas, por conta da incidência da lei 11.340, de 2006, a Lei Maria da Penha, que afasta peremptoriamente a incidência da lei 9.099/95. O Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento, que se encontra plasmado no verbete sumular 542, *verbis*: “A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”.

A segunda se refere às lesões culposas praticadas na direção de veículo automotor, quando o condutor estiver a) sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; b) participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de

perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; e c) transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora).

Trata-se de opção de política criminal.

2.3.4 A Lei Maria da Penha

Em 13 de março de 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos, publicou o Relatório 54/01, referente ao Caso 12.051, de Maria da Penha Maia Fernandes.⁵⁷

O Estado brasileiro foi acionado sob o argumento de que as instâncias internas de controle não teriam providenciado o adequado enfrentamento da situação que atingiu a Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de violência perpetrada no âmbito das relações domésticas, por seu então esposo, Marco Antônio Heredia Viveiros.

Segundo consta dos autos, em 29 de maio de 1983, o agressor teria efetuado disparo contra a ofendida, o que retrataria uma dura realidade por ela vivenciada durante a sua vida matrimonial. A vítima teria sofrido diversas lesões, além de ter sido submetida a intervenções cirúrgicas, padecendo de paraplegia irreversível e outros traumas físicos e psicológicos.

Ainda de acordo com o relatório, ao regressar do hospital, em fase de recuperação, Maria foi vítima de um novo atentado, ocasião em que Marco Antônio tentou eletrocutá-la, enquanto ela se banhava, fato que resultou na separação judicial do casal.

O Ministério Público ofereceu denúncia contra o agressor em 28 de setembro de 1984 e o réu foi condenado em maio de 1991, a 10 (dez) anos de prisão.

Em 1995, o Tribunal de Alçada do Estado do Ceará apreciou o recurso de apelação manejado pelo sentenciado, anulando a decisão do Júri. O agressor foi submetido a novo julgamento, em 1996, ocasião em que condenado a 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de prisão.

⁵⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Maria da Penha Maia Fernandes**. Recomendação de 4 de abril de 2001. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 7 fev. 2021.

Em 1997, novo recurso foi interposto, sem, contudo, que o Tribunal de Justiça tivesse, até a data em que provocada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em agosto de 1998, a uma solução definitiva.

O caso rendeu ao Brasil uma recomendação constante do tão-falado Relatório, que resultou na edição, em 2006, da Lei 11.340, que, dentre outros, cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, a alcunhada Lei Maria da Penha.

Freitas anota que

O avanço é extraordinário. Consolida-se com esta lei o reconhecimento de que a violência de gênero é um problema social e político que transcende a esfera privada das relações pessoais, exigindo a intervenção dos poderes públicos e da sociedade. Caminha-se, assim, para a superação do senso comum que tem legitimado a violência contra a mulher e justificado a agressividade masculina, conseqüente da histórica discriminação da mulher, desconstruindo o modelo patriarcal de dominação e construindo outro, baseado na igualdade e no respeito entre os gêneros.⁵⁸

Após trazer uma série de conceitos, que constituem premissas básicas à incidência da norma especial, ela dedica um capítulo à disciplina da assistência da mulher, estabelecendo a necessidade de articulação de atores, inclusão em programas assistenciais, além de uma série de medidas destinadas ao seu atendimento; um capítulo a regulamentar o atendimento pela Autoridade Policial; disciplina as medidas protetivas de urgência etc.

O aludido microssistema traz importantes diretrizes a serem observadas para conferir suporte à vítima, considerando o seu quadro de vulnerabilidade.

Aliás, a CADH protege a vida, a integridade pessoal e liberdade da pessoa, e, nada obstante, a Convenção de Belém do Pará, promulgada no Brasil pelo Decreto 1.972, de 1996, assegura a toda mulher o reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos, consoante anela o artigo 4º.

Pelo aludido documento, os Estados-partes condenaram as formas de violência contra mulher e se obrigaram a adotar medidas tendentes a prevenir, investigar a punir a violência contra a mulher (artigo 7º).

⁵⁸ FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; ORDEIRO, Euller Xavier (Org.); FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão (Org.); BORGES, Paulo César Corrêa (Org.); VIEIRA, A. L. V. (Org.); SOUZA, Marcos Rogério de (Org.). **Estudos contemporâneos de vitimologia**. 1. ed. São Paulo/SP: Cultura Acadêmica, 2011. 127p. p. 21.

Sobre o caso vertente (Maria da Penha), a Comissão IDH sublinhou que:

Esta 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 estas práticas degradantes. Esta 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 estes atos.

O que se nota é que todas as iniciativas tendentes a proteger a vítima, à exceção da reparação patrimonial, surgiram mais recentemente, em 1995, com a Lei dos Juizados Especiais, e culminaram na alteração, tímida, do Código de Processo Penal, em 2008, conforme ressaltado alhures.

A vítima tinha um papel quase que exclusivamente testemunhal, podendo inclusive ser submetida à violência da condução coercitiva para ser submetida a depoimento. *Pari passu*, nenhuma assistência lhe era prestada para garantia do resgate da higidez de corpo, alma e mente, igualmente considerados direitos humanos.

2.3.5 O Ato Nacional dos Direitos das Vítimas e o Projeto de Lei Mariana Ferrer

Tramita no Senado Federal um projeto de lei, tombado sob o número 65, de 2016, de autoria do então Senador Ricardo de Rezende Ferração, do Estado do Espírito Santo, atualmente fora de exercício, segundo nos informa o sítio eletrônico do Senado Federal,⁵⁹ que cria o Ato Nacional dos Direitos das Vítimas de Crimes, que tem por objetivo garantir com que a vítima de crimes, incluindo atos infracionais, se beneficiem de informação, apoio e proteção necessários, obtendo direito ao ressarcimento e o direito de participar ativamente da investigação, do processo e da execução penal, como forma de proteção dos direitos humanos.

Consoante sítio eletrônico do Senado, o projeto encontra-se aguardando pauta para a votação na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, desde 6 de agosto de 2019.⁶⁰

⁵⁹ BRASIL. Senado Federal. Projeto de lei Nº 65, de 2016. Cria o Ato Nacional dos Direitos das Vítimas de Crimes e altera o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Autoria: Senador Ricardo Ferração (PSDB/ES). Brasília – DF: Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/senadores/senador/-/perfil/635>. Acesso em: 11 abr. 2021.

⁶⁰ Id. *Ibidem*.

A justificação apresentada pelo parlamentar proponente faz uma incursão no histórico dos direitos humanos, asseverando que o Brasil vive a “era dos direitos tardia,” em razão da retardada positivação de direitos diversos, pretendendo, outrossim, que se impeça que “a letargia seja a marca do Estado brasileiro em relação ao tema da tutela dos direitos das vítimas.”

Prossegue o congressista, sublinhando a necessidade de alinhamento do Estado brasileiro à contemporânea compreensão de tutela dos direitos humanos, que no âmbito do direito penal não podem servir apenas e tão somente ao Estado e ao autor do crime, mas também o ofendido.

Ainda, a justificação pondera que foco do processo recai sobre o acusado, havendo uma série de direitos que lhe são conferidos, a fim de se resguardar um julgamento justo e um tratamento digno, ao passo que a vítima ainda não conquistou este espaço, e “continua sendo objeto de um tratamento desumano e degradante pelo sistema político e jurídico pátrio.”

Lembra o autor que

A história do Direito penal e Processual Penal partiu inicialmente de um sistema desproporcional, desumano e autoritário, evoluiu para a proporcionalidade e o respeito aos direitos humanos e à dignidade do réu, coibindo abusos por parte do Estado e neste século sinaliza para melhor proteção àquela que, talvez por acaso, restou esquecida: a vítima.

No Título I do projeto constam disposições gerais, com a apresentação de conceitos, tais como o de vítima familiares, criança, adolescente, justiça restaurativa etc.

Neste particular, cabe observar que a norma amplia o conceito de vítima, para abranger a vítima direta, como sendo a “pessoa física que tenha sofrido dano físico, moral ou emocional, ou prejuízo material decorrente de crime praticado por outrem,” e a vítima indireta, que seriam “os parentes de pessoa cuja morte ou desaparecimento tenha sido diretamente causada por um crime e que tenham sofrido dano em consequência da morte desta pessoa,” em franco compasso com as diretrizes internacionais.

A proposta enumera no Título II, de forma exemplificativa, os direitos das vítimas, registrando o diálogo das fontes e a manutenção e ampliação do catálogo em decorrência dos direitos e deveres consagrados em outras leis específicas, *ex vi* do artigo 4º.

À vítima pretende se assegurar o direito à informação, de comunicação, buscando-se com que a vítima compreenda e seja compreendida, desde o primeiro contato com as autoridades competentes do âmbito da investigação, do processo e da execução penal. Busca resguardar também o direito à consulta jurídica e à assistência judiciária, direito à proteção, direito à indenização e restituição de bens, direito à prevenção da vitimização secundária, e direito de acesso aos serviços de apoio.

Em Título próprio o projeto enfrenta o direito à participação no processo penal e na investigação, resguardando-lhe o direito de ser ouvida e de participar da rotina de arquivamento do expediente investigatório, de proteção durante as investigações penais, de avaliação individual para identificar as suas necessidades específicas de proteção,

Há a previsão, ainda, de criação de um portal da vítima, garantindo-lhe que tenha acesso, consulta e alerta acerca de direitos, dados e informações quanto ao processo e medidas de proteção.

Também na Câmara dos Deputados tramita o projeto de lei 5.096/2020,⁶¹ de autoria da Deputada Federal Lídice da Mata e outros, que propõe alterações na legislação penal de regência, objetivando coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas, batizada Lei Mariana Ferrer, em alusão à digital *influencer* que foi severamente constrangida em audiência, na qual era ouvida na qualidade de vítima de crime contra a dignidade sexual.⁶²

A este projeto foram apensados outros cinco projetos, tombados sob os números 5238/2020, 5219/2020, 5535/2020 e 159/2021, que respectivamente instituem o tipo penal de violência institucional no curso do processo, estendem às vítimas de crimes contra a dignidade sexual o atendimento especializado destinado às vítimas de violência doméstica, normatizam a escuta especializada e o depoimento especial da mulher vítima ou testemunha de violência, incluem regra para inquirição

⁶¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Nº 5096, de 5 de novembro de 2020**. Altera o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a audiência de instrução e julgamento nos casos de crimes contra a dignidade sexual. Autoria: Deputado Lídice da Mata (PSB/BA). Apresentado em 05/11/2020. Brasília – DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2265028>. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁶² ALVES, Schirlei. **Julgamento de influencer Mariana Ferrer termina com tese inédita de ‘estupro culposo’ e advogado humilhando jovem**. The Intercept Brasil, 3, de novembro de 2020. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/>. Acesso em: 6 fev. 2021.

de vítima de crimes contra a dignidade sexual, durante a audiência de instrução e julgamento, e possibilitam a realização de depoimento especial para vítima de violência sexual.

O projeto foi aprovado com alterações no Plenário em 18 de março de 2021 e seguiu a apreciação pelo Senado Federal.⁶³

2.4 A Vítima no Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos

Cançado Trindade conceitua o Direito Internacional dos Direitos Humanos como o “*corpus juris* de salvaguarda do ser humano.”⁶⁴ Ele é composto de normas, princípios, conceitos elaborados e definidos em tratados e convenções, e resoluções, além de práticas encetadas pelos Tribunais Internacionais.

O DIDH orienta-se essencialmente à condição das vítimas, e, nas palavras de Cançado Trindade, “tem em muito contribuído a restituir-lhes a posição central que hoje ocupam no mundo do Direito, - o que tem sua razão de ser”.⁶⁵

A DUDH assevera em seu dispositivo inaugural que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos (artigo 1º). Prossegue, esclarecendo que todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (artigo 3º), vedando a escravatura e a servidão, a tortura e as penas e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes (artigos 4º e 5º). Assegura o direito à propriedade (artigo 17).

As liberdades são desdobradas nos artigos subsequentes, assegurando-se o direito à liberdade de opinião e de expressão (artigo 19), de reunião (artigo 20), e à livre escolha do trabalho (artigo 23).

⁶³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Nº 5096, de 5 de novembro de 2020**. Altera o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para dispor sobre a audiência de instrução e julgamento nos casos de crimes contra a dignidade sexual. Aprovado em 18/03/2021. Autoria: Deputado Lídice da Mata (PSB/BA). Brasília – DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2265028>. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁶⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 23, n. 90, p. 233-288, abril/junho 1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181722>. Acesso em: 27 fev. 2021. p. 412.

⁶⁵ Id. *Ibidem*. p. 430.

Em seu artigo 8º, garante a toda pessoa o recurso efetivo à jurisdição nacional por atos que violem direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição e pela lei. Consagra garantias judiciais, dentre as quais a do juiz natural, da presunção ou estado de inocência, da publicidade do processo etc. (artigo 7º).

Estes mesmos direitos vêm assegurados no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, promulgado no Brasil por meio do Decreto 592, de 1992, conforme artigos 2ª (direito a um recurso efetivo), 6º (direito à vida), 7º (vedação da tortura e tratamentos cruéis), 8º (vedação da escravidão), 9º (direito à liberdade e à segurança pessoais), 14 (garantias judiciais) etc.

Não obstante, a vítima goza de proteção específica na ONU, por meio da Resolução 60/147,⁶⁶ que trata sobre os Princípios e Diretrizes Básicos sobre o Direito das Vítimas de Violações Manifestas das Normas Internacionais de Direitos humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário.

Com estrutura semelhante à do PIDCP, a CADH, – que, diga-se de passagem representa um verdadeiro avanço na tutela destes direitos, notadamente por trazer referência expressa aos direitos econômicos, sociais e culturais – consagra uma série de direitos, enumerados dentre os direitos civis e políticos (direito à vida, à integridade pessoal, à proibição da escravidão e da servidão, à liberdade pessoal, as garantias judiciais, à indenização, à proteção da honra e da dignidade, à liberdade de consciência e de religião, de pensamento e de expressão, de retificação ou resposta, de reunião, de associação etc.) e direitos econômicos, sociais e culturais.

Enumerado no rol dos direitos civis e políticos está o direito à proteção judicial, ex vi do artigo 25, da CADH (e similar artigo 2º, do PIDCP), que garante ao indivíduo um recurso simples e rápido contra ato que viole direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela Convenção.

Destarte, qualquer violação aos direitos consagrados nos Sistemas Global e Regional de Direitos Humanos é capaz de transformar o seu titular em vítima, sendo esta ofensa sindicável, seja pelo Estado-parte, no plano doméstico, seja pelo Sistema Internacional.

⁶⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Princípios e diretrizes básicos sobre o direito das vítimas de violações manifestas das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direito internacional humanitário.** Resolução 60/147, da Assembleia Geral, aprovada em 16 de dezembro de 2005. Disponível em: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>. Acesso em: 7 fev. 2021.

Assim, tanto a DUDH, quanto a CADH e o PIDCP, garantem aos indivíduos o acesso aos órgãos internos e aos organismos internacionais (pelos seus Sistemas Global e Regional), buscando a cessação e a reparação de eventual violação provocada a direito humano.

No âmbito do Sistema Regional Americano, a Comissão IDH e a Corte IDH sustentam este direito de acesso à justiça, com base na conjugação dos artigos XVIII da DUDH, com os artigos 8º e 25, da CADH, que estabelecem o direito ao acesso a recursos judiciais e a ser ouvida por autoridade ou tribunal competente em caso de violação de direitos, reafirmado pelo direito à justiça, todos eles vinculados à obrigação prevista no artigo 1.1, da Convenção.⁶⁷

Reconhece-se que o Estado fica obrigado a investigar as situações de violação de direitos humanos, de sorte que a impunidade representa o descumprimento do dever estatal de garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição o exercício livre e pleno de seus direitos.⁶⁸

Importa acrescentar que no julgamento do caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*,⁶⁹ Cançado Trindade consignou que o acesso à justiça está compreendido no espectro do *jus cogens*:

47. No meu entender, na presente Sentença no caso *Ximenes Lopes*, ao determinar as violações não só dos artigos 4 e 5 da Convenção (reconhecidas pelo próprio Estado), mas também dos artigos 8(1) e 25 da Convenção, deveria ter ido mais além quanto a estes últimos, estendendo o domínio do *jus cogens* também ao direito de acesso à justiça lato sensu, aí compreendidas as garantias do devido processo legal.

Ao lamentar que a Corte IDH não tenha enfrentado com maior rigor a questão do *status* das normas de acesso à justiça (se de *jus cogens* ou *soft law*), e preocupado com a impunidade, o (então) magistrado sublinhou que

Espero tenha a Corte o valor de vir em breve a dar este novo salto qualitativo em sua construção jurisprudencial, já que não o fez na presente Sentença no caso *Ximenes Lopes*. A partir do dia em que o

⁶⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Maria da Penha Maia Fernandes**. Recomendação de 4 de abril de 2001. Conforme §§ 37 a 42. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 7 fev. 2021.

⁶⁸ Id. *Ibidem*.

⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Presidente: Sergio Garcia Ramirez Presidente. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: https://www.CorteIDH.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

fizer - espero que muito em breve - estará contribuindo a tornar mais difícil que se repitam histórias como as de Electra e Irene em meio à impunidade. (§ 47)

Destarte, para além da obrigação de garantir o direito substancial em si, abstendo-se de condutas que possam lesioná-lo, e de promover condições ao seu livre exercício, o Estado ainda tem por obrigação garantir com que terceiros não interfiram no exercício deste direito, ou, dalguma forma, possam afetá-lo. Neste contexto que os direitos humanos são trabalhados na perspectiva obrigacional.

Apenas a título de exemplo, no Caso Ximenes Lopes vs. Brasil,⁷⁰ a Comissão IDH asseverou que houve uma violação ao direito à vida, porque o Estado deixou de cumprir sua obrigação de proteger e preservar a vida da vítima, bem assim porque deixou de promover uma investigação séria e a punição dos responsáveis.

Em suas considerações, a Corte IDH afirmou que

124 [...] o direito à vida é um direito humano fundamental, cujo gozo constitui um pré-requisito para o desfrute de todos os demais direitos humanos. Em razão do caráter fundamental do direito à vida, não são admissíveis enfoques restritivos a tal direito.

No parágrafo subsequente, a Corte registrou que a) os Estados têm a obrigação de garantir a criação de condições necessárias para que não se produzam violações a este direito, impedindo com que seus agentes intentem contra ele; b) que os Estados tem a obrigação de criar um marco normativo adequado que dissuada ameaças contra o direito à vida, por meio de um sistema de justiça

[...] efetivo, capaz de investigar, castigar e reparar toda privação da vida por parte de agentes estatais ou particulares; e salvaguardar o direito de que não se impeça o acesso a condições que assegurem uma vida digna, o que inclui a adoção de medidas positivas para prevenir a violação deste direito.

Fischer e Pereira rememoram que tanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos como a Convenção Europeia impõem aos Estados obrigações de respeitar e fazer valer direitos e liberdades públicas, que refletem obrigações negativas, no

⁷⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**. Presidente: Sergio Garcia Ramírez Presidente. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: https://www.CorteIDH.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021).

sentido de não intervir na esfera individual, e obrigações positivas, que demandam um agir no sentido de promovê-las.⁷¹

Nesta ordem de ideias afirmam que

É neste contexto que são reconhecidas obrigações estatais de penalizar condutas lesivas aos direitos humanos, tanto para prevenir a sua ocorrência, mediante tipos penais adequados que permitam dissuadir a prática de crimes, que são as chamadas obrigações substanciais, com projeção primordial no plano legislativo, como para, uma vez constatados, investigar e punir os atos ilícitos de modo efetivo, que se constituem nas obrigações processuais positivas.⁷²

Nada obstante, a CADH dispõe em seu artigo 8º sobre as garantias judiciais, donde se extrai o direito de participação da vítima, tanto em processos domésticos, quanto em feitos internacionais, em que se apure a responsabilidade de indivíduos envolvidos em graves violações de direitos humanos.

A leitura isolada do dispositivo parece transparecer que as garantias ali previstas se destinam a proteger unicamente o acusado, contemplando a figura do juiz natural, do estado de inocência, do privilégio contra a autoincriminação etc.

Osmo e Martin-Chenut, entretanto, anotam que

[...] o artigo 8 não prevê explicitamente o direito de participação das vítimas, dizendo respeito, mais diretamente, às garantias dos acusados. Sem consagração expressa, o direito de participar parece ser uma construção da Corte, relacionada ao reconhecimento de outro direito, de titularidade das vítimas e familiares, de serem investigadas as práticas contra si perpetradas, e os autores destas processados e punidos.⁷³

De fato, julgados emanados da Corte tem reconhecido fartamente o direito de participação, usando como fundamento o já mencionado artigo 8º.

Osmo e Martin- Chenut mais uma vez sublinham que:

Um direito que emergiu de forma pioneira na jurisprudência interamericana no contexto do movimento de luta contra a impunidade,

⁷¹ FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações processuais penais positivas segundo as cortes europeia e interamericana de direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 96.

⁷² Id. *Ibidem*. p. 97.

⁷³ OSMO, Carla; MARTIN-CHENUT, Kathia. A participação das vítimas no sistema interamericano: fundamento e significado do direito de participar. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1463, junho de 2017. <https://doi.org/10.12957/dep.2017.28031>. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000201455&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 2 fev. 2021.

compreendida como a falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por violações dos direitos protegidos pela Convenção.⁷⁴

A Corte IDH reconheceu, pois, o direito de participação das vítimas, a fim de evitar a impunidade, reconhecendo o direito de acesso à justiça e de reparação (nem sempre pecuniária).

Aliás, esta reparação, segundo lembra Palacios, pode ser

Pecuniarias; De servicios (educación, vivienda, salud, psicológicos; como forma de retribuir en alguna medida las oportunidades perdidas); De fortalecimiento institucional (reconstrucción de redes sociales, económicas); De justicia, que implica conocer la verdad de los hechos, verdad que por cierto en el ordenamiento peruano a través de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Genaro Villegas Namuche, es consagrado como un 'nuevo' derecho humano, autónomo, de naturaleza individual y colectiva, consistente en conocer no sólo los hechos en sí, sino las causas que lo ocasionaron, quiénes ejecutaron directa e indirectamente los hechos, así como el derecho a saber dónde se encuentra ubicado el cuerpo no hallado; De memoria; De garantías de no repetición, las mismas que implican reformas institucionales estructurales.⁷⁵

Ainda que se se trate de uma construção jurisprudencial, trata-se de uma leitura sistematizada da Convenção, e representativa de um posicionamento já consolidado da Corte. Mais do que o direito de participar, a vítima tem o direito já reconhecido de ver julgado o agressor, de obter uma adequada prestação jurisdicional. O que se nota é que, na esteira do que leciona Cançado Trindade,

Estas últimas (as vítimas) deixam de figurar, como na doutrina clássica, como 'objeto neutro' da relação jurídica causada pelo fato delitivo, e irrompem como titulares dos direitos violados, como sujeitos de direito vitimados por um conflito humano.⁷⁶

2.5 A Realidade da Justiça Criminal Brasileira e o Perfil das Vítimas de Violações de Direitos Humanos

⁷⁴ Id. *Ibidem*. p. 1463.

⁷⁵ PALACIOS, David Lovatón. Atención integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Algunos apuntes desde la victimología. **Revista IIDH**, São José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985. n. 1, p. 222/223, enero/junio 1985.

⁷⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 23, n. 90, p. 233-288, abril/junho 1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181722>. Acesso em: 27 fev. 2021. p. 435.

Segundo relatório Justiça em Números 2020,⁷⁷ do CNJ, em 2019 ingressaram no Judiciário 2,4 milhões de novos casos criminais.

O tempo médio de tramitação de um processo criminal na justiça estadual é de quatro anos e um mês, chegando a nove anos e seis meses no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. No âmbito da justiça federal esta média cai para dois anos e um mês.

Neste tempo de tramitação não está computada a etapa pré-processual, destinada à coleta de elementos de informação, destinados a subsidiar a *opinio delicti*, é dizer, o destino a ser dado pelo Ministério Público à persecução penal.

As varas criminais, segundo o levantamento feito, são as que apresentam a maior taxa de congestionamento, atingindo 70%.⁷⁸

O instituto Sou da Paz elaborou estudo denominado “Onde mora a impunidade?”⁷⁹ em que buscou reunir informações acerca do índice de esclarecimento de homicídios no Brasil, relativo ao ano de 2017.

Trata-se de recorte que representa apenas um dos muitos crimes previstos pela ordem jurídica, tendentes a proteger os mais variados bens jurídicos, que contemplam (ou podem contemplar) direitos humanos.

A primeira dificuldade encontrada pelo instituto foi quanto a obtenção de dados precisos nalgumas unidades da federação, mais precisamente em seis delas, e na obtenção de dados incompletos noutras, num total de dez estados.

Quanto as informações obtidas e sistematizadas, a conclusão é de que cerca de 11% dos crimes são elucidados no ano em que ocorreu, enquanto que outros 22% no ano seguinte, revelando que, no geral, a eficácia de esclarecimento até o oferecimento de denúncia varia entre baixa e média. No Rio de Janeiro, 88,90% dos homicídios ocorridos em 2017 ainda não haviam sido denunciados até 31/12/2018.

⁷⁷ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Justiça em números 2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2021.

⁷⁸ A taxa de congestionamento mede a efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base, conforme o próprio CNJ explica em PULIDO, Carlos Bernal. O princípio da proporcionalidade da legislação penal. *In*: PULIDO, Carlos Bernal. O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 120. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/missao-visao-e-valores-do-poder-judiciario/indicadores/03-taxa-de-congestionamento/>. Acesso em: 26 de abril de 2021.

⁷⁹ INSTITUTO SOU DA PAZ. **Onde mora a impunidade**. 3. ed. 2020. Disponível em: <http://soudapaz.org/o-que-fazemos/conhecer/pesquisas/politicas-de-seguranca-publica/controle-de-homicidios/?show=documentos#3969>. Acesso em: 7 fev. 2021.

Estes dados, que embora representem um pequeno recorte correspondente aos crimes de homicídio ocorridos em onze estados da federação, revelam as dificuldades estruturais enfrentadas pelas instâncias de controle, que naturalmente vão do sucateamento de recursos materiais ao escasso número de pessoal.

Como decorrência destes (e de outros) fatores, o Relatório ICJ Brasil, da FGV,⁸⁰ aponta que o índice de confiança do Poder Judiciário em 2017 era de 24%, o da Polícia, 26% e o do Ministério Público, 28%, que representam aproximadamente um quarto da população brasileira.

Segundo o relatório houve uma redução de dez pontos percentuais do ano de 2013 ao ano de 2017, e que a avaliação feita foi de que o “Judiciário é lento, caro e difícil de utilizar.”

A pesquisa constatou que “este diagnóstico tem se repetido ao longo dos anos. A principal dimensão que afeta a confiança no Judiciário é a morosidade na prestação jurisdicional.”

Coelho assevera que

A sensação é a de que o Estado brasileiro vem perdendo a guerra contra a violência, salvo poucos índices de melhoria em locais e momentos isolados do território nacional. Há falhas que vão desde a prevenção do crime (v.g., desigualdades sociais gritantes, ausência de policiamento ostensivo, precárias condições materiais de investigação, baixos índices de escolaridade etc.), passam pelos órgãos legiferantes, de persecução e jurisdição penal, e terminam no caótico e desacreditado sistema de execução penal.⁸¹

O baixo índice de sucesso nas investigações e a deficitária prestação jurisdicional, que invariavelmente conduzem à impunidade, vulneram direitos humanos, tanto quanto um processo penal autoritário, arbitrário, marcado pela indevida restrição de direitos humanos fundamentais.

Em seu relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, em 2021, a Comissão IDH externou preocupação em relação ao Brasil, asseverando ter recebido abundante informação sobre a impunidade dos responsáveis por violações de direitos

⁸⁰ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. Direito SP. **Relatório ICJ Brasil**. 1º semestre/2017. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 7 fev. 2021.

⁸¹ COELHO, Marcial Duarte. Direito fundamental à segurança e o princípio da proibição da proteção deficiente: a necessária releitura do art. 152, CPP. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, v. 2, n. 2. p. 11, 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/1426>. Acesso em: 6 fev. 2021.

humanos, salientando que ela se mantém “[...] por práticas e estruturas institucionais corruptas que impedem a efetivação de justiça nestes casos e fragilizam o estado de direito e a democracia”.⁸²

O Cadastro Nacional de Presos, do Conselho Nacional de Justiça, datado de 2018 (último disponível),⁸³ informa que do total de presos no país, 600.669, 0,11% são presos civis; 0,15% são pessoas cumprindo medida de segurança na modalidade internação; e 99,74% são pessoas presas em processo de natureza penal. Do total dos presos de natureza penal, 24,72 % estão em execução provisória, e 35,15 %, em execução definitiva. Este mesmo levantamento indica os tipos penais mais recorrentes imputados às pessoas privadas de liberdade: roubo 27,58%; tráfico de drogas 24,74%, homicídio 11,27%, furto 8,63%; posse, porte, disparo e comércio de arma de fogo ilegal 4,88 %; estupro 3,34%, receptação 2,31%; Estatuto da Criança e do Adolescente 2,11%; Crimes contra a fé pública 1,46%; Crimes contra administração pública 1,46% e associação criminosa 1,38%.⁸⁴

Eis o perfil das infrações punidas no Brasil, valendo registro que de julho a dezembro de 2019, segundo o Departamento Penitenciário Nacional, foram registrados um total de 982.263 infrações, das quais 50,96% são crimes contra o patrimônio, 20,28%, crimes da lei 11.343, de 2006 (Lei de Drogas), e 16%, de crimes contra a vida.

Por sua vez, no âmbito da Corte IDH, é possível identificar que as violações a direitos humanos mais perscrutadas são aquelas que tem como vítima desaparecidos forçados, povos indígenas, mulheres, crianças, pessoas com deficiência, comunidade LGBTI, refugiados, migrantes, pessoas em situação de rua etc., conforme observa Mazzuoli, ao investigar os direitos humanos na jurisprudência internacional⁸⁵ Ao sublinhar a importância da jurisprudência emanada da Corte, o autor assevera que

⁸² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. p. 131.

⁸³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP**. Cadastro Nacional de Presos. Brasília-DF, CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁸⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional -DEPEN. **Presos em unidades prisionais no Brasil**. Julho - dezembro de 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZWl2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmlyZjFjZGQ0liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThIMSJ9>. Acesso em: 15 abr. 2021.

⁸⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos na jurisprudência internacional**: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1.

“esse *corpus juris* jurisprudencial da Corte é praticamente desconhecido no Brasil, dada a pouca tradição do nosso país de engajamento em temas de direito internacional dos direitos humanos”⁸⁶

Dos casos que serão aqui abordados, objeto de decisão por parte da Corte, envolvendo o Estado brasileiro, a) um se refere a vítima portadora de deficiência (caso Ximenes Lopes), b) dois sobre desaparecimento forçado (Gomes Lund e Herzog), c) um sobre trabalho escravo, envolvendo várias vítimas (Fazenda Brasil Verde), d) dois sobre violência policial (Escher e outros e Favela Nova Brasília), e) um envolvendo morte em contexto de conflito agrário (caso Garibaldi), f) um sobre trabalho infantil, trabalho em condições insalubres, que resultou em trágico episódio de morte de 60 trabalhadores (Caso empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares); e g) um sobre povos indígenas (Caso do povo indígena Xucuru e seus membros). Estes dados revelam algo bastante importante: um, a condição de vulnerabilidade das vítimas envolvidas, muitas das vezes pertencentes a grupos não-dominantes; e dois, a omissão estatal, que talvez guarde relação com o primeiro dado/constatação.

A faceta negativa dos direitos humanos, como garantia de abstenção do Estado na esfera das liberdades individuais, protege contra abusos estatais. Por outro lado, há uma necessidade de atuação deste mesmo Estado, no sentido de assegurar a proteção aos direitos humanos, por meio de uma prestação jurisdicional adequada, que resguarde os interesses da vítima.

Os excessos devem ser combatidos na mesma medida que a proteção deficiente. São extremos indesejados. Se por um lado busca-se evitar a intromissão indevida do Estado nos direitos humanos, por outro pretende-se que este mesmo Estado garanta uma adequada tutela destes direitos humanos.

Trata-se do de um ponto de convergência entre o direito penal e os direitos humanos, ensejador das prestações positivas e das obrigações processuais, decorrentes do dever de proteção.

A situação vivenciada pelo direito brasileiro representa vulneração não apenas de direitos no plano interno, como também e sobretudo no direito internacional, o que

⁸⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. op. cit. p. 1.

justifica o esforço feito acerca dos direitos humanos e o seu *status* como normas de direito interno, por força da previsão contida na Constituição Federal.

No plano do direito internacional observa-se enorme avanço no sentido de reconhecer as obrigações processuais como direitos humanos, sendo pródiga a jurisprudência neste sentido.

3 A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO PELA INFRAÇÃO AO DEVER DE PROTEGER A VÍTIMA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

No presente capítulo trataremos da responsabilidade internacional do Estado, porém antes de ingressar especificamente no assunto, buscaremos apresentar brevemente o conceito, as funções e as obrigações (e os seus destinatários) decorrentes dos direitos humanos, que constituem premissa à adequada compreensão sobre as consequências jurídicas impostas ao Estado no plano internacional, pelo descumprimento de suas obrigações.

Importante que se registre também as consequências de eventual descumprimento das obrigações (negativas, positivas e processuais) no plano do direito interno, o que demanda o estudo da força normativa do DIDH (no direito doméstico) e da possibilidade de utilização destas fontes internacionais como referencial à atuação dos órgãos integrantes do sistema de justiça brasileiro.

3.1 Os Direitos Humanos

Frequentemente as expressões direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais são utilizadas como sinônimas.

Peterke⁸⁷ afirma que há autores que diferenciam os direitos humanos dos direitos fundamentais, asseverando que os primeiros seriam os direitos individuais e coletivos reconhecidos no plano internacional, enquanto os segundos seriam os direitos garantidos no plano doméstico.

Mazzuoli⁸⁸ leciona que os direitos humanos são aqueles previstos no direito interno ou no direito internacional, os direitos fundamentais seriam aqueles previstos nos textos constitucionais, enquanto os direitos humanos seriam os direitos previstos em normas internacionais, em especial nos tratados. Daí decorrem importantes

⁸⁷ PETERKE, Sven (coord.). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. 374 p. p. 87.

⁸⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book* (não paginado).

consequências, destacando-se principalmente o âmbito de proteção de cada qual, que neste caso (dos direitos humanos) é mais amplo, do que os direitos fundamentais.

Ele próprio registra a existência de uma confusão terminológica, já que no âmbito da União Europeia convencionou-se a utilização do termo direitos fundamentais para se referir tanto aos direitos internacionais, quanto aos direitos domésticos.

Sarlet⁸⁹ reconhece que plano internacional a terminologia mais utilizada é direitos humanos, enquanto no plano interno direitos fundamentais, até porque a Constituição de 1988 fez expressa opção por esta segunda terminologia (Título II – Dos direitos e garantias fundamentais).

Destaca, porém, que há diferenças entre os institutos, muito embora sejam, ambos, direitos titularizados pelo ser humano, já que os direitos humanos se caracterizam pela sua validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, ao passo que os direitos fundamentais nascem e acabam com as constituições. Ele sublinha, porém, que

Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948 quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que a sucederam, de tal sorte que – no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais – está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (não exclusivamente – embora principalmente – no campo dos direitos humanos e fundamentais) um direito constitucional internacional.⁹⁰

Não se pode olvidar que o constituinte se referiu aos direitos fundamentais ao tratar do catálogo contido no artigo 5º, sem prejuízo da menção textual aos direitos humanos no §3º, do artigo 5º, ao disciplinar o *status* tratados e convenções internacionais, fazendo clara referência àqueles direitos consagrados no plano internacional. Com isto, institucionalizou uma diferenciação entre um e outro.

Trata-se de importante registro, até porque no decorrer do presente estudo, em diversas citações serão feitas referências aos direitos fundamentais, sem prejuízo da

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang (et. al.). **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book* (não paginado).

⁹⁰ Id. *Ibidem*.

validade indiscutível das premissas apresentadas, ao transportar o raciocínio para o campo dos direitos humanos, dada esta imbricação entre os institutos.

3.1.1 O que são os Direitos Humanos?

Conceituar direitos humanos e delimitar o seu âmbito de abrangência é tarefa assaz dificultosa.

Trata-se de pretensão quiçá impossível, ou no mínimo audaciosa, diante das inúmeras variáveis, que a despeito da universalidade que lhes é típica, vão ter significado distinto em cada época e em cada sociedade, muito embora se tenha um consenso relativo em torno do seu núcleo mínimo, que foi expressado na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Talvez o porquê de Rocha, ao comentar o aludido documento, assevera que

Homem é ser capaz. É sujeito que cria e se impõe ao direito e se propõe ao direito. O instinto de vida, que se sobrepõe à ingratidão dos desfavores da morte, é sinal da capacidade do homem de querer ser feliz, quando tudo parece conspirar contra. A vida conspira, sempre, a favor do homem, de sua capacidade de fazer brotar de novo em si a esperança de que as coisas mudem, melhorem, que amanhã será mais fácil, quem sabe até vai dar para ser feliz.⁹¹

No caso *Bámaca Velásquez*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos consignou que

28. Los derechos humanos universales encuentran respaldo en la espiritualidad de todas las culturas y religiones¹⁶⁰, están arraigados en el propio espíritu humano; como tales, no son la expresión de una determinada cultura (occidental o cualquier otra), sino de la propia conciencia jurídica universal.⁹²

No âmbito da doutrina nacional, Mazzuoli assevera que:

Os direitos humanos são, portanto, direitos protegidos pela ordem internacional (especialmente por meio de tratados multilaterais, globais ou regionais) contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição. São direitos indispensáveis a uma vida digna e que, por isso, estabelecem

⁹¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direito de para todos**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 25.

⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala**. Presidente Antônio A. Cançado Trindade. Sentença de 25 de novembro de 2000. Disponível em: https://www.CorteIDH.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

um nível protetivo (standard) mínimo que todos os Estados devem respeitar, sob pena de responsabilidade internacional.⁹³

Já Ramos diz que “os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade”, concluindo que “são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna.”⁹⁴

As conceituações propostas encontram-se alinhadas ao preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que constitui filtro hermenêutico à leitura de todo o documento internacional, conjugando os elementos igualdade, liberdade, justiça, paz e dignidade, que compõem um núcleo essencial de uma vida digna. A este propósito ensina Bragato:

No que se refere aos bens tutelados e à finalidade, sob a categoria de direitos humanos são abrangidos aqueles bens considerados imprescindíveis para propiciar uma vida ou uma existência decente. A relação destes bens – que, por muitos, é considerada extensa – compreende tão-somente aqueles que são básicos para cumprir a finalidade dos direitos humanos. Assim, cada vez mais bens são reconhecidos como tais: nas últimas décadas, é o caso do patrimônio genético, do meio ambiente saudável e equilibrado, da paz, os quais vieram a se somar às liberdades, à vida, aos direitos sociais e econômicos e outros.⁹⁵

Segundo Mazzuoli,⁹⁶ os direitos humanos compreendem a inviolabilidade, a autonomia e a dignidade da pessoa, radicando seu espírito nos ideários que iluminaram o pós-guerra, período fecundo ao surgimento de um robusto espectro de tutela da pessoa humana, tão aviltada em período pretérito.

Ainda de acordo com o aludido autor, estes direitos têm como característica a historicidade, a universalidade (para toda pessoa humana), a essencialidade, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade, a inexauribilidade, a imprescritibilidade, e a vedação do retrocesso.

Assim, os direitos decorrem de conquistas históricas, marcadas por processos de afirmação, o que se pode perceber, por exemplo, no estudo das gerações ou

⁹³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁹⁴ RAMOS, Andre de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁹⁵ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Contribuições teóricas latino-americanas para a universalização dos direitos humanos. **Revista Jurídica**, Brasília - DF, v. 13, p. 11-31, 2011. p. 13.

⁹⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

dimensões dos direitos humanos: a primeira geração (ou dimensão) foi fruto de dura luta contra o absolutismo, representando uma reação à prepotência estatal, enquanto os de segunda geração (ou dimensão) revelam uma luta pela justiça distributiva, num ambiente de farta desigualdade.

A consagração dos direitos humanos em textos normativos resultou de uma longa gestação em situação de luta e afirmação, carregando consigo uma história, representativa de todo este processo. Basta que se leia o preâmbulo da DUDH, que indica que o “desconhecimento e o desprezo do Homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade”, ou o Estatuto de Roma,⁹⁷ que também em seu preâmbulo ressalta que “no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade”.

São direitos que derivam da única condição de ser pessoa humana, independentemente de onde estejam, de qual credo professem, de qual cor tenham. São da essência da pessoa e por isso não se esgotam naqueles previstos em documentos positivados, podendo naturalmente ser expandidos ou ampliados a qualquer tempo.

E deles não pode se desapegar o ser humano, alienar ou renunciar, tampouco são suscetíveis de prescrever em decorrência da inércia de seu titular. Qualquer que seja a situação concreta, pode a pessoa humana deles se valer, seja qual for o objetivo: buscar a sua defesa ou a promoção de meios a uma vida digna.

Acerca da imprescritibilidade, o STJ reconheceu que a violação aos direitos humanos em decorrência de tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar enseja ação de reparação imprescritível, sob o argumento de que “[...] não há falar em prescrição de ação que visa implementar um dos pilares da República, máxime porque a Constituição não estipulou lapso prescricional ao direito de agir correspondente ao direito inalienável à dignidade”.⁹⁸ Este entendimento encontra-se, hoje, plasmado no verbete sumular 646, do aludido tribunal.

⁹⁷ Promulgada pelo Decreto 4.388, de 2002.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 816209/RJ**. Processual civil. Administrativo. Indenização. Reparação de danos materiais e morais. Regime militar. Relator: Min. Luiz Fux, publicado em 3 de setembro de 2007. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=200600229321>. Acesso em: 12 mar. 2021.

São também insuscetíveis de retrocesso, de modo que uma vez estipulado um padrão de tutela ou um nível de concretização, não pode mais haver piora. Trata-se de situação amplamente reconhecida na jurisprudência brasileira, conforme se vê por exemplo no RE 581352 AgR,⁹⁹ do Supremo Tribunal Federal.¹⁰⁰

3.1.2 Quais as Funções dos Direitos Humanos?

Buscando a adequada compreensão acerca das obrigações decorrentes dos direitos humanos, necessário analisar as funções por ele desempenhadas. Adotamos, neste tópico, o referencial proposto por Canotilho,¹⁰¹ que apresenta quatro funções dos direitos fundamentais:¹⁰² a) de defesa ou liberdade, b) de prestação social, c) de proteção perante terceiros e d) de não discriminação.

A primeira delas constitui (a) na defesa da pessoa humana perante o Estado ou outros mecanismos coativos. O autor esclarece que esta defesa ocorre sob duas perspectivas, sendo uma por meio de normas de competência negativa, que proíbem o Estado de interferir na esfera individual (plano jurídico-objetivo); e a outra, permitindo com que os indivíduos exerçam seus direitos, livres de ingerências estatais (plano jurídico-subjetivo).

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgR RE 581352**. Ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais – Dever estatal de assistência materno-infantil Resultante de norma constitucional – Obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao poder público, Inclusive aos estados-membros [...]. Agravante: Estado do Amazonas. Agravado: Ministério Público do Estado do Amazonas. Relator: Min. Celso de Melo, 29 de outubro de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur249260/false>. Acesso em: 6 fev. 2021.

¹⁰⁰ A propósito, consignou o Min. Celso de Mello no aludido julgamento: “**Para além de todas as considerações** que venho de fazer, **há, ainda, um outro** parâmetro constitucional **que merece ser invocado** no caso ora em julgamento. **Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso**, que, **em tema de direitos fundamentais** de caráter social, **impede que sejam desconstituídas** as conquistas **já alcançadas** pelo cidadão **ou** pela formação social em que ele vive, **consoante adverte** autorizado magistério doutrinário. **Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso** em matéria social **traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa** pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (**como** o direito à saúde), **impedindo, em consequência, que os níveis** de concretização destas prerrogativas, **uma vez atingidos**, venham a ser reduzidos **ou** suprimidos, **exceto** na hipótese – *de todo inócua na espécie* – **em que políticas compensatórias** venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais”. (grifo do autor)

¹⁰¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 407.

¹⁰² Ao inaugurar o capítulo que trata do sistema dos direitos fundamentais, Canotilho apresenta uma distinção entre direitos do homem e direitos fundamentais, asseverando que aqueles seriam “válidos para todos os povos e em todos os tempos”, enquanto que estes seriam “os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (p. 393). Apesar da distinção, as funções por ele apresentadas são comuns aos direitos humanos.

Nesta perspectiva os direitos fundamentais definem competências negativas do Poder Público, que se obriga a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente (e convencionalmente) assegurado.¹⁰³ Estabelece-se, assim, um núcleo indevassável de liberdades individuais, que deve ser observado e respeitado pelo Estado, por meio de uma abstenção.

O Legislativo, no exercício de seu mister, deve observar os chamados “limites dos limites”, respeitando o núcleo essencial e o princípio da proporcionalidade. Em outras palavras, está ele legitimado a impor restrições às liberdades individuais, devendo obediência aos limites estabelecidos pela Constituição para a imposição destas limitações. Também se encontra vinculado sob uma dimensão positiva, no sentido de ser obrigado a legislar no sentido de implementar condições à concretização e exercício destes direitos.

O Executivo deve direcionar a elaboração e execução das políticas públicas, objetivando sempre a satisfação dos direitos fundamentais. O Judiciário, de igual modo, encontra-se vinculado aos direitos fundamentais, devendo “guardar estrita obediência aos chamados direitos fundamentais de caráter judicial, mas também o de assegurar a efetiva aplicação do direito, especialmente dos direitos fundamentais [...]”¹⁰⁴

Em voto proferido no HC 87585,¹⁰⁵ o então Min. Celso de Mello averbou que

O Juiz, no plano de nossa organização institucional, representa o órgão estatal incumbido de concretizar as liberdades públicas proclamadas pela declaração constitucional de direitos e reconhecidas pelos atos e convenções internacionais fundados no direito das gentes. Assiste, deste modo, ao Magistrado, o dever de atuar como instrumento da Constituição - e garante de sua supremacia - na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Esta é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 2, n. 14, 2000. n. p.

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas: análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, v. 7, n. 27, p. 33-44, abr./jun. 1999. p. 41.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 87585/TO**. Depositário infiel - Prisão. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. Paciente: Alberto Ribamar Ramos Costa. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado em 26 de junho de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur127/false>. Acesso em: 7 fev. 2021.

impõe aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular.

É dever dos órgãos do Poder Público - e notadamente dos juízes e Tribunais - respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana.

A segunda função, (b) de prestação social, consiste na obtenção, por parte do indivíduo, de prestações estatais, associadas aos direitos sociais.

O Estado é Estado prestacional, que no escólio de Haberle que “atua ofensivamente em favor dos direitos fundamentais enquanto o Estado de direito burguês permaneceu defensivo.”¹⁰⁶

A terceira, (c) de proteção perante terceiros, trata do dever do Estado de proteger o titular de direitos de eventuais agressões advindas de terceiros. Enquanto o esquema da função de defesa se observa entre o indivíduo e o Estado, na proteção perante terceiros, a intervenção incide numa relação entre indivíduo-indivíduo.

Sarlet nos lembra que a edição da Lei Fundamental Alemã, em 1949 constituiu um marco decisivo no sentido de se reconhecer a eficácia objetiva dos direitos fundamentais, com a posterior decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal, no caso “Luth”, consignando que

[...] os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.¹⁰⁷

Não se pode perder de vista, outrossim, que os direitos fundamentais têm uma dimensão objetiva, e aplicam-se imediatamente, obrigando todos os Poderes do

¹⁰⁶ HABERLE, Peter. **Direitos fundamentais no estado prestacional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 96.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o Direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 4, n. 7, p. 170, jun. 2006. ISSN 2447-6641. Doi: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v4i7.p160-209.2006>. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655>>. Acesso em: 29 jan. 2021.

Estado. Ostentam uma eficácia dirigente, endossando ao estado uma “obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais”.¹⁰⁸

O constitucionalista luso consigna que

[...] da garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado adoptar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante actividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros.¹⁰⁹

Não é demais lembrar que terceiros também podem ser responsáveis pela lesão aos direitos fundamentais, emergindo, neste contexto, a eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares, estabelecendo, outrossim, um dever de proteção ao Estado.

No caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a eficácia dos direitos humanos nas relações entre particulares, responsabilizando o Estado brasileiro pela falta de uma proteção adequada em relação à atuação de terceiros. Colha-se do § 86:

86. As hipóteses de responsabilidade estatal por violação dos direitos consagrados na Convenção podem ser tanto as ações ou omissões atribuíveis a órgãos ou funcionários do Estado quanto a omissão do Estado em evitar que terceiros violem os bens jurídicos que protegem os direitos humanos. Entre estes dois extremos de responsabilidade, no entanto, se encontra a conduta descrita na resolução da Comissão de Direito Internacional, de uma pessoa ou entidade que, embora não seja órgão estatal, está autorizada pela legislação do Estado a exercer atribuições de autoridade governamental. Esta conduta, seja de pessoa física ou jurídica, deve ser considerada um ato do Estado, desde que praticada em tal capacidade.

Resumidamente, versa o caso sobre a situação de *Ximenes Lopes*, portador de uma deficiência mental, que foi internado na Clínica de Repouso Guararapes, no município de Sobral, Estado do Ceará, e submetido a condições desumanas e degradantes, além de ter sofrido ataques contra a sua integridade pessoal, por funcionários do estabelecimento, que lhe causaram a morte.

Sarlet nos lembra que os direitos fundamentais nesta perspectiva (objetiva) justificam a imposição de limitações aos direitos subjetivos individuais, contribuindo

¹⁰⁸ Id. *Ibidem*. p. 74.

¹⁰⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 409.

para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, preservando-se o seu núcleo essencial.¹¹⁰

Daniel Sarmento sublinha que os direitos fundamentais não se esgotam numa limitação jurídica ao poder estatal, convertendo-se, ao revés, num norte de atuação do Estado. Ele assevera que a doutrina contemporânea reconhece

[...] a existência de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, porque estes constituem, simultaneamente, fonte de direitos subjetivos que podem ser reclama dos em juízo e as bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem para todo o direito positivo. Abrem-se, desta feita, novos caminhos e potencialidades para a proteção e promoção dos ideais humanitários que alicerçam os direitos fundamentais, os quais serão enriquecidos com o reconhecimento da sua dimensão objetiva.¹¹¹

E arremata, dizendo que

[...] passa-se a entender que não basta que os Poderes Públicos se abstenham de violar tais direitos, exigindo-se que eles os protejam ativamente contra agressões e ameaças provindas de terceiros. Além disso, cabe rá também ao estado assegurar no mundo da vida as condições materiais mínimas para o exercício efetivo das liberdades constitucionais, sem as quais tais direitos, para os despossuídos, não passariam de promessas vãs. ademais, o estado tem o dever de formatar seus órgãos e os respectivos procedimentos de um modo que propicie a proteção e efetivação mais ampla possível aos direitos fundamentais.¹¹²

Ao abordar a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o STF reconheceu a sua eficácia horizontal, conforme se vê do aresto abaixo colacionado:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 4, n. 7, p. 173, jun. 2006. ISSN 2447-6641. Doi: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v4i7.p160-209.2006>. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655>>. Acesso em: 29 jan. 2021.

¹¹¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 132.

¹¹² Id. *Ibidem*.

entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. **A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.** III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.¹¹³ (grifado)

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 201819**. Sociedade civil sem fins lucrativos. União Brasileira de Compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório [...]. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Min. Ellen Gracie, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7704/false>. Acesso em: 6 fev. 2021.

O estado sai da posição de adversário para a posição de guardião, como bem assevera Mendes.¹¹⁴

Por fim, há (d) a função de não discriminação, que impõe ao estado a obrigação de tratar igualmente os indivíduos.

3.2 **Status dos Tratados de Direitos Humanos no Direito Doméstico**

Até a edição da Emenda Constitucional 45, de 2004, havia discussão em torno da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no plano do direito interno. A questão foi revisitada pelo Supremo Tribunal Federal em 2008,¹¹⁵ no julgamento do RE 349.703, de relatoria do Min. Gilmar Mendes,¹¹⁶ em que se discutia a validade da prisão civil do depositário infiel, e resultou na posterior edição da súmula vinculante 25, com a seguinte redação: “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.”

Na oportunidade, debatia-se a validade da medida constritiva da prisão civil do depositário infiel, autorizada por meio de norma interna, porém vedada expressamente no artigo 7^a, item 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos.

Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes propôs uma revisão crítica da jurisprudência do STF, que adotava o *status* legal dos tratados, ponderando os inconvenientes de se admitir o tratado com força de lei ordinária e a possibilidade de que eventual conflito pudesse justificar o descumprimento, no plano interno, desta avença. O Min. sublinhou que a discussão foi sepultada pela Emenda 45, que incluiu o §3º, ao artigo 5º, da Constituição, assim redigido:

Art. 5º

¹¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas: análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, v. 7, n. 27, p. 33-44, abr./jun. 1999.

¹¹⁵ Veja-se, a propósito, que em 2007, o Min. Luiz Fux, enquanto integrante do STJ, em seu voto no julgamento do Resp 816209/RJ, asseverou que as convenções internacionais “adjuntam-se” à lei interna.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 349703**. Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do Art. 5º da Constituição Brasileira de 1988 [...] Recorrente: Banco Itau S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator: Min. Carlos Britto, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87952/false>. Acesso em: 6 fev. 2021.

§ 3º 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.

Ele sustentou que

[...] a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Afirmou que os tratados já ratificados pelo Brasil antes da aludida emenda, porém não submetidos ao processo legislativo especial, não podem ser comparados às normas constitucionais, acenando, porém, para a impossibilidade de se lhe atribuir o *status* de lei ordinária, em sentido lato (tese da legalidade ordinária). Sublinhou que tratados desta natureza, que passam por um processo de ratificação, paralisam a eficácia jurídica da disciplina infraconstitucional que lhe é contrária.

O ilustrado Ministro asseverou que vivemos a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais, numa ambiência de cooperação entre os Estados, notadamente para a proteção dos direitos humanos. A este propósito, ele cita exemplificativamente o artigo 4º, o §2º, do artigo 5º, e os §§3º e 4º, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Em conclusão, pois, o STF sedimentou a questão, passando a sustentar o *status* supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, posição esta que foi reafirmada noutros julgados.

Importante observar, na linha do que sustenta Mauês, que apesar da tese de supralegalidade, o STF esvaziou a força normativa da previsão constitucional que autorizava a prisão civil do depositário infiel. Em outras palavras, “o que o STF fez, ao proibir que o legislador ordinário decida sobre a matéria, foi impedir que a norma constitucional seja aplicada.”¹¹⁷ Sublinha o autor que não apenas a legislação ordinária, mas a própria Constituição foi interpretada à luz da CADH.¹¹⁸ O STF utilizou, outrossim, os tratados de direitos humanos como parâmetro de interpretação constitucional.

¹¹⁷ MAUÊS, A. M. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. Sur. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 10, p. 219, 2013.

¹¹⁸ Id. *Ibidem*. p. 220.

Posteriormente, em 2009, no julgamento do HC 87585/TO, o Ministro Celso de Mello teceu importantes considerações sobre o *status* dos tratados, reconhecendo a supralegalidade dos que versam de direitos humanos, e a legalidade dos que dispõem sobre matérias diversas, conforme abaixo:

As razões invocadas neste julgamento, no entanto, Senhora Presidente, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de ‘supralegalidade’, como sustenta o eminente Ministro GILMAR MENDES, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer), e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias).¹¹⁹

Pertinentes as considerações apresentadas pelo então juiz Cançado Trindade, da Corte IDH, em seu voto em separado no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, ao enfrentar a aplicabilidade direta da CADH no direito interno. Ele sublinhou que o já referido §3º, do artigo 5º, foi “mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição [...],” concluindo que o dispositivo ignora as conquistas do DIDH. Em lapidar passagem, o magistrado sublinhou que

Os triunfalistas da recente inserção do parágrafo 3 no artigo 5 da Constituição Federal brasileira, reféns de um direito formalista e esquecidos do Direito material, não parecem se dar conta de que, do prisma do Direito Internacional, um tratado como a Convenção Americana ratificado por um Estado o vincula ipso jure, aplicando-se de imediato e diretamente, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna, - ou, ainda menos, de *interna corporis*, - são simples fatos do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do prisma jurídico-internacional e da responsabilidade internacional do Estado, inteiramente irrelevantes. (§ 34).¹²⁰

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 87585/TO**. Depositário infiel - Prisão. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. Paciente: Alberto Ribamar Ramos Costa. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicado em 26 de junho de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur127/false>. Acesso em: 7 fev. 2021.

¹²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Presidente: Sergio Garcia Ramírez Presidente. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

A discussão em torno do *status* do DIDH no direito interno parece, de fato, estéril se se considerar que o Brasil adota como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana, regendo-se em suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, que longe de constituírem providência meramente retórica, produzem consequências inabaláveis.

Assim, quer como norma ordinária, quer como norma supralegal ou constitucional, a violação aos direitos humanos será sempre sindicável no direito interno e no direito internacional, importando responsabilização internacional do Estado, afinal, como sinala Cançado Trindade, “[...] a proteção internacional dos direitos humanos constitui uma conquista humana irreversível, e não se deixará abalar por melancólicos acidentes de percurso do gênero.” (§ 35).

Nada obstante, há que se reconhecer a força normativa dos aludidos instrumentos, independentemente do *status* que se lhe atribua, pena de que o Estado seja reputado inadimplente em relação aos seus compromissos internacionais, e, outrossim, responsabilizado.

3.3 O Controle de Convencionalidade

Em 2009, portanto quase cinco anos após a edição da Emenda 45 (de dezembro de 2004), Mazzuoli já alertava para o fato de que a doutrina brasileira ainda não havia se dado conta, e assim explorado, as consequências advindas da novidade contida no §3º, do artigo 5º, da Constituição Federal.¹²¹¹²²

Ele sustentou que não apenas os tratados sobre direitos humanos, mas também os tratados comuns têm *status* supralegal, em decorrência da “supremacia do direito internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda normatividade interna, seja ela anterior seja posterior.”¹²³

Já no que concerne aos tratados de direitos humanos, sublinha o autor que estes têm *status* de norma constitucional, mesmo que não sejam submetidos a um

¹²¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. v. 46, n. 181, p. 113, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194897>. Acesso em: 1º/02/2021.

¹²² Aparentemente tanto o inciso II, do artigo 4º e no §2º, do artigo 5º, ambos da Constituição, já autorizavam o controle de convencionalidade, pela primazia da pessoa humana.

¹²³ Id. *Ibidem*. p. 121.

quórum qualificado de aprovação, por força do cunhado Estado Constitucional e Humanista de Direito.

Em decorrência destas premissas, o autor alude que as normas internas devem ser submetidas a um duplo filtro: de um lado ao exame de compatibilidade com a Constituição Federal e os tratados de direitos humanos, e de outro, ao exame da compatibilidade com os tratados comuns.

Na primeira filtragem, teríamos o controle de convencionalidade, ao passo que na segunda o controle de legalidade. A validade da norma estaria condicionada a esta dupla compatibilidade, além, é claro, da compatibilidade formal.

Assim, a produção normativa interna deve obediência não apenas às regras previstas explicitamente na Constituição, como também àquelas implícitas (cunhadas de “de difícil visualização”¹²⁴), decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição.

Deve obediência, igualmente, à interpretação dada pela Corte IDH, intérprete final da CADH, conforme lembram Magalhães e Maués.¹²⁵ A eficácia vinculante da jurisprudência da Corte foi por ela própria reafirmada no julgamento do Caso Gelman vs. Uruguai, que, ao tratar do controle de convencionalidade, reafirmou que “Nesta tarefa devem considerar não apenas o tratado, mas também sua interpretação realizada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”. (§193)

Neste norte está a observação consignada pela CIDH:

[...] los Estados deben concretar la obligación de garantizar los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con las obligaciones interamericanas en materia de derechos humanos.¹²⁶

¹²⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. v. 46, n. 181, p. 113, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194897>. Acesso em: 1º/02/2021. p. 125.

¹²⁵ Conceitos operativos. In: MAGALHÃES, Breno Baía; MAUÉS, Antonio Moreira (orgs). **O controle de convencionalidade na América Latina: experiências comparadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. XI.

¹²⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. **Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 11 25 enero 2021. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiNyuf4p7wAhV1HLkGHXuXDhgQFjAAegQIBBAD&url=http%3A%2F%2Fwww.oas.org%2Fes%2Fcidh%2Finformes%2Fpdfs%2FCompedioobligacionesEstados-es.pdf&usg=AOvVaw2_r_2UotUwchH5o7GFgqJGy. Acesso em: 15 de abril 2021. p. 9.

Assim, “[...] o poder judiciário está obrigado a declarar a invalidade (ou inefetividade) dos atos normativos internos que contrariem o texto da CADH ou a jurisprudência da Corte IDH ou atribuir interpretação conforme os mesmos parâmetros a estes atos”.¹²⁷

Ao tratar do tema, Heeman e Paiva afirmam que o controle de convencionalidade teve a sua inauguração formal no continente americano, com o julgamento do Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, esclarecendo que:

O controle de convencionalidade consiste no processo de verificação da compatibilidade de uma norma ou prática interna em face de normas internacionais de proteção dos direitos humanos, sendo a expressão normas empregada aqui num sentido mais amplo, abrangendo não apenas os tratados, mas também a jurisprudência internacional e em alguns casos até mesmo outras fontes de Direito Internacional dos Direitos Humanos, como o costume internacional e as normas *soft law*.¹²⁸

Trata-se, no escólio dos autores, de precedente que impôs a realização do controle de convencionalidade como dever de ordem pública.

A obrigação de que os juízes e tribunais realizem o controle de convencionalidade ficou também consignada no caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, consoante §408:

408. Em primeiro lugar, a Corte recorda que determinou que os Estados têm uma obrigação que vincula todos os poderes e órgãos estatais em seu conjunto, os quais se encontram obrigados a exercer um controle de convencionalidade *ex officio* entre suas normas internas e a Convenção Americana, no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais correspondentes.

Também no Caso Herzog, a Corte Interamericana reforçou a necessidade de que as autoridades jurisdicionais do Estado realizem o controle de convencionalidade, afirmando que o Supremo Tribunal Federal, ao confirmar a validade da lei 6.683/79 (Lei de Anistia) desconsiderou as obrigações internacionais assumidas voluntaria e soberanamente pelo Brasil.

¹²⁷ Id. *Ibidem*. p. X.

¹²⁸ HEEMANN, Thimotie Aragon; PAIVA, Caio. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 181.

A este propósito, reafirma a CIDH:

Quando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, legisladores y otros representantes estatales están sometidos a esos instrumentos, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de los tratados de derechos humanos no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Estado, en el marco de sus respectivas competencias deben ejercer un control ex officio entre las normas internas y los instrumentos interamericanos.¹²⁹

Magalhães e Maués asseveram, demais disso, que no Caso Gelman vs. Uruguai,¹³⁰ a Corte IDH afirmou que todos os órgãos estatais devem realizar o controle de convencionalidade e não apenas o Poder Judiciário.¹³¹ É o que se extrai do § 239, da sentença:

A legitimação democrática de determinados fatos ou atos numa sociedade está limitada pelas normas e obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana, de modo que a existência de um verdadeiro regime democrático está determinada por suas características tanto formais como substantivas, motivo pelo qual particularmente em casos de graves violações às normas do Direito Internacional, a proteção dos direitos humanos constitui um limite intransponível à regra de maiorias, isto é, à esfera do ‘suscetível de ser decidido’ por parte das maiorias em instâncias democráticas, nas quais também deve primar um ‘controle de convencionalidade’ (par. 193 supra), **que é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do Poder Judiciário.** (grifo nosso).

Heeman e Paiva esclarecem, demais disso, que o controle em questão rege-se por princípios como o da a) presunção relativa de convencionalidade dos atos normativos, b) interpretação conforme os direitos humanos, c) progressividade (ou máxima integridade dos direitos humanos), d) interpretação internacionalista, e) atipicidade dos meios de controle de convencionalidade e o f) da interpretação *pro persona* ou *pro homine*.

Os atos do direito interno são tidos como presumidamente convencionais, é dizer, alinhados às fontes do DIDH. Assim, o direito doméstico deve obediência não

¹²⁹ Conceitos operativos. op. cit.p.20.

¹³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman vs. Uruguay.** Presidente Diego Garcia-Sayan. Sentença de 24 fev. 2011. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em: 1 abr. 2021.

¹³¹ Conceitos operativos. op. cit. p. XI.

apenas à Constituição, como também à normativa internacional. Nada obstante, o regramento interno deve ser interpretado e aplicado em consonância com as fontes do DIDH, buscando-se ainda a máxima extensão destes direitos humanos.

Importa consignar que no direito internacional não há um procedimento ou processo próprio reservado ao exercício do controle de convencionalidade (podendo ser feito no plano internacional ou no plano interno, e neste caso, tanto de modo difuso, quanto de modo concentrado), pelo que se fala em atipicidade dos meios de controle.

Sobre princípio internacional *pro homine* ensina Mazzuoli:

Segundo entendemos, quer no plano do direito interno, quer no plano internacional, o princípio internacional *pro homine* pode ser considerado um princípio geral de direito. Seu conteúdo expansivo atribui primazia à norma que, no caso concreto, mais proteja os interesses da pessoa em causa. Em outras palavras, por meio dele fica assegurada ao ser humano a aplicação da norma mais protetiva e mais garantidora dos seus direitos, encontrada como resultado do 'diálogo' travado entre as fontes no quadro de uma situação jurídica real.¹³²

Garante-se por meio dele a aplicação, no caso concreto, da norma que mais ou melhor proteja o ser humano, como decorrência da força expansiva dos direitos humanos, conforme anela o artigo 29, a Convenção Americana. Recomenda-se, por isso, que as normas de direito doméstico sejam interpretadas à luz dos tratados de direitos humanos.

Nos lembra Cançado Trindade que, sendo função das Convenções proteger os direitos da pessoa humana eles não podem ser interpretados restritivamente, afinal, "O indivíduo é aqui protegido *qua* indivíduo, não como nacional de qualquer Estado, mas como ser humano."¹³³

A propósito, veja-se como o STF tem aplicado o aludido princípio:

Não custa relembrar que, em matéria de direitos humanos, a interpretação jurídica há de considerar, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional, cujas prescrições tutelares revelam-se – na interconexão normativa que se estabelece entre tais ordens jurídicas – elementos de proteção vocacionados a

¹³² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 181, p. 125, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194897>. Acesso em: 1 fev. 2021.

¹³³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 23, n. 90, p. 263, abril/junho 1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181722>. Acesso em: 27 fev. 2021.

reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido. Em suma: os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no art. 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, neste processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, de modo a viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs (HC 93.280/SC, rel. min. Celso de Mello).¹³⁴

Mazuolli assevera que o referido princípio é composto da dignidade da pessoa humana, bem assim pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, esculpido no inciso II, do artigo 4º, da CF, permitindo a abertura do catálogo dos direitos.

Trata-se, demais disso, de um princípio de hermenêutica internacional, que

[...] faz comunicar a ordem jurídica internacional com a ordem interna, estabelecendo um critério hermenêutico de solução de antinomias que é a consagração do próprio princípio da norma mais favorável, a determinar que, em caso de conflito entre a ordem internacional e a ordem interna, a 'prevalência' – ou seja, a norma que terá primazia – deve ser sempre do ordenamento que melhor proteja os direitos humanos.¹³⁵

Ao tratar do aludido princípio, Henderson sublinha que

[...] en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos importa tener en cuenta una regla que está orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y, por lo tanto, adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano.¹³⁶

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Secretaria de documentação. Convenção Americana sobre Direitos Humanos interpretada pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Derechos Humanos. p. 94/95.

¹³⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 181, p. 128, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194897>. Acesso em: 1 fev. 2021.

¹³⁶ HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. **Revista IIDH**, v. 39, 2004, p. 87. Disponível em: <https://www.CorteIDH.or.cr/tablas/R06729-3.pdf>. Acesso em: 15 de fev. 2021.

O reconhecimento da inconvenção de uma norma de direito interno não tem, ou nem sempre terá, o condão de simplesmente aniquilá-la do ordenamento, a não ser ela também malfira também disposição constitucional, caso em que a sua inconstitucionalidade será igualmente declarada.

Certo, porém, que a inconvenção produz imediato efeito paralisante¹³⁷ em relação ao direito interno, que lhe é contrário. A este propósito está a percuciente observação feita por Maués ao comentar os efeitos da decisão proferida pelo STF, ao deliberar sobre o *status* dos tratados de direitos humanos, se supralegal ou constitucional, no caso da prisão civil do depositário infiel: “os tratados de direitos humanos passam a paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com eles conflitante.”¹³⁸

3.4 A Tradição Brasileira em Relação aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos

No decorrer de seu voto no julgamento do já referido RE 349.703¹³⁹, o Min. Gilmar Mendes observou que a mudança de tratamento dos direitos versados em documentos internacionais ocorreu de maneira lenta e gradual no direito internacional. Trata-se de importante observação, que merece registro, revelando, quiçá, um traço da cultura jurídica brasileira.

Veja-se, a propósito, que em pleno ano de 2008, portanto mais de trinta anos após a edição da CADH, e mais de dez anos após a sua promulgação, ocorrida em fevereiro de 1992 – que ao tratar do direito à liberdade pessoal, admitiu a custódia apenas do devedor de alimentos –, o Supremo Tribunal Federal ainda discutia a validade da prisão civil do depositário infiel.

¹³⁷ Quanto ao dito efeito paralisante, no julgamento do RE 349.703, o Min. Gilmar Mendes consignou que “diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”.

¹³⁸ MAUÉS, A. M. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 10, p. 219, 2013.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 349703**. Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do Art. 5º da Constituição Brasileira de 1988 [...] Recorrente: Banco Itau S/A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator: Min. Carlos Britto, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87952/false>. Acesso em: 6 fev. 2021.

Outra situação, não menos importante, versa sobre a implementação, no direito brasileiro, da audiência de custódia, decorrente da obrigação de imediata apresentação do indivíduo preso à Autoridade Judiciária ou autorizada por lei a exercer funções judiciais (conforme artigo 7.2, da CADH).

Ela foi regulamentada no plano interno, por meio da Resolução 213, de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, justificada, entre outros, pelo disposto no artigo 7.2 da CADH, e artigo 2.1, da Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

O que se nota é que há um grande lapso temporal entre a promulgação dos documentos internacionais referidos e a sua efetiva implementação (e regulamentação) no direito doméstico. A CADH data de 22 de novembro de 1969,¹⁴⁰ enquanto a Convenção Contra Tortura foi adotada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1984.¹⁴¹

A realização da audiência de custódia já havia sido reclamada por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347,¹⁴² e decidida cautelarmente pelo Min. Marco Aurélio, que em seu voto fez o seguinte registro:

O segundo pleito concerne à audiência de custódia, instrumento ao qual o ministro Ricardo Lewandowski, como Presidente do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, vem dando atenção especial, buscando torná-lo realidade concreta, no Judiciário, em diferentes unidades federativas e combatendo a cultura do encarceramento. A imposição da realização de audiências de custódia há de ser estendida a todo o Poder Judiciário do país. A medida está prevista nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, já internalizados no Brasil, o que lhes confere hierarquia legal. A providência conduzirá, de início, à redução da superlotação carcerária, além de implicar diminuição considerável dos gastos com a custódia cautelar – o custo médio mensal individual seria, aproximadamente, de R\$ 2.000,00. A pretensão também merece acolhimento.

¹⁴⁰ Promulgada no Brasil pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

¹⁴¹ Promulgada no Brasil pelo Decreto 40, de 15 fev. 1991.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Custodiado – Integridade física e moral – Sistema penitenciário – Arguição de descumprimento de preceito fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema Penitenciário Nacional [...]. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio, MC decidida em 9 de setembro de 2015, publicada em 19 de fev. de 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339101/false>. Acesso em: 8 fev. 2021.

Sublinhe-se que, após a edição de ato pelo CNJ, os Tribunais de Justiça Brasil afora regulamentaram o aludido ato processual, com pequenas adaptações para ajustá-lo à realidade local, tendo a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil proposto ação direta de inconstitucionalidade contra o ato emanado do Tribunal de São Paulo.¹⁴³ Aqui foi reafirmado o caráter supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos, valendo destaque trecho do voto do Min. Fux, relator:

Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação. [...]

Destarte, também o item 5 do artigo 7º da referida convenção deve ser tido por norma supralegal, sendo imperioso passar em revista a legislação ordinária à luz do seu conteúdo normativo.

Impende destacar que a positivação da audiência de custódia em lei no direito brasileiro somente ocorreu em 2020, por força do alcunhado Pacote Anticrime, lei 13.964, de 2019, que deu nova redação ao artigo 310, do CPP.

Registra-se, por oportuno, que a renitência do Estado brasileiro a se submeter ao Direito Internacional se verifica igualmente no que toca à autoridade das decisões emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No Caso Garibaldi,¹⁴⁴ por exemplo, o Estado brasileiro foi compelido a investigar, julgar e sancionar os responsáveis pela morte de Sétimo Garibaldi (por investigação séria, exaustiva, imparcial e efetiva), porém, a despeito da determinação vertente, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná trancou as investigações (retomadas a pedido do Ministério Público), deliberação esta que foi chancelada pelo Superior Tribunal de Justiça, no bojo do REsp 1351177/PR,¹⁴⁵ com a eloquente observação feita pelo Min. Cruz:

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240/SP**. Ação direta de inconstitucionalidade. provimento conjunto 03/2015 do tribunal de justiça de São Paulo. audiência de custódia. [...]. Requerente: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL-BRASIL. Relator: Min. Fux, julgada em 20 de agosto de 2015, publicada em 1 de fev. de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur336549/false>. Acesso em: 8 fev. 2021.

¹⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Garibaldi vs. Brasil**. Presidenta Cecilia Medina Quiroga. Sentença de 23 de setembro de 2009. Disponível em: https://www.CorteIDH.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

¹⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1351177/PR**. Recurso Especial. Processual penal. Art. 68, 1, C/C O Art. 28, 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Arts. 647 e 678 do CPP [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Morival Favoreto. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Data da publicação 18 de abril de 2016. Disponível em:

A realidade pretoriana vem sendo, progressivamente, alterada, mas a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ora examinada é uma demonstração de como estamos ainda distantes de internalizar a regra do **controle de convencionalidade, que há de caminhar *pari passu* com o controle de constitucionalidade de toda norma do direito positivo**, obrigação a que se sujeita todo magistrado ou órgão jurisdicional, de qualquer grau ou instância. (grifo nosso)

3.5 A Responsabilidade Internacional do Estado

A Convenção de Viena, concluída em 1969 e introduzida no plano interno por meio do Decreto 7.030, de 2009, com reserva aos artigos 25 e 66, regulamenta o Direito dos Tratados, reconhecendo a importância destes (dos Tratados) como fonte do Direito Internacional.

Baseada em recomendação das Nações Unidas, no sentido de criar condições à manutenção da Justiça e do respeito decorrente dos tratados, e levando em consideração o livre consentimento e a boa-fé dos Estados signatários, ela contempla uma série de regras que buscam garantir o adimplemento integral dos Tratados.

A obrigação de respeito às condições avançadas começa bem antes de sua entrada em vigor, quando o artigo 18 estipula que o Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado.

Amparada na máxima *pacta sunt servanda*, a Convenção estipula que as partes devem cumprir os tratados de boa-fé, asseverando, demais disso, que uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.

Apesar de toda esta disciplina, não há como evitar que, de alguma forma, as normas vazadas em Tratados sejam descumpridas, quando se fala, então, em responsabilidade internacional.

A este propósito, Resek sublinha que o Estado responsável pela prática de ato ilícito torna-se responsável por uma reparação adequada.¹⁴⁶

<https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201202255153>. Acesso em: 15 fev. 2021.

¹⁴⁶ RESEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book* (não paginado).

A responsabilidade, no escólio de Mazzuolli,¹⁴⁷ se ocupa de duas importantes finalidades, sendo a primeira a de dissuadir eventuais descumprimentos às normas de direito internacional (finalidade preventiva), e a segunda, a de proporcionar a reparação (finalidade repressiva), buscando, sempre que possível, o retorno ao *status quo ante*.

Sobre os elementos desta responsabilidade Resek aponta a existência de: a) ato ilícito, b) imputabilidade, e c) dano.¹⁴⁸

O ato ilícito consiste em ato que afronte uma norma de direito das gentes, seja princípio geral, seja regra costumeira, seja dispositivo de tratado em vigor, seja ainda, recomendação ou deliberação adotada pelos Sistemas Regionais ou Global de proteção dos direitos humanos. A imputabilidade subdivide-se em indireta e direta. A indireta decorre de ato praticado em território sob tutela ou protetorado do Estado, ao passo que a direta, versa sobre ato do próprio Estado ou de seus órgãos, nele incluindo ilícitos resultantes do exercício das competências legislativas e judiciárias. Outro pressuposto da responsabilidade internacional é que haja dano (resultante do ato ilícito), não necessariamente com expressão econômica.

Mazzuolli lembra que no âmbito internacional, desconhece-se a responsabilidade penal, reservada, de modo excepcional, aos casos de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade,¹⁴⁹ conforme previsão contida no artigo 5º, 1, do Estatuto de Roma, promulgado no Brasil por meio do Decreto 4.388, de setembro de 2002.

Importante consignar que as bases que justificaram a edição do aludido ato normativo, o Estatuto de Roma, constitui justamente o fato de que “crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade,”¹⁵⁰ que afetam a comunidade internacional em seu conjunto, e, assim, não devem ficar impune.

¹⁴⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book* (não paginado).

¹⁴⁸ RESEK, José Francisco. *op. cit.*

¹⁴⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book* (não paginado).

¹⁵⁰ Conforme preâmbulo do Estatuto de Roma.

3.5.1 A Perspectiva Obrigacional dos Direitos Humanos

As obrigações emanadas dos direitos humanos são classificadas por Peterke¹⁵¹ como a) negativas, b) positivas e c) processuais.

Os direitos humanos foram originariamente concebidos com o propósito de proteger o indivíduo contra a prepotência estatal, é dizer, contra investidas do próprio Estado. Nesta perspectiva, assumem a feição de (a) direito de defesa. O dever estatal é de abstenção, de um não fazer. O Estado deve se abster de qualquer conduta que possa interferir nos direitos do indivíduo, seja por meio de ações concretas, seja por meio da edição de leis (gerais e abstratas) que, dalguma forma, possam comprometer o livre exercício destes direitos. Nesta acepção, os direitos humanos representam obrigações negativas.

Estes direitos podem, doutra banda, representar (b) obrigações positivas, demandando do Estado uma postura ativa, no sentido de exigir a adoção de providências tendentes à sua proteção. Percebeu-se a insuficiência de uma concepção abstencionista do Estado, típica do liberalismo-burguês. O *Welfare State* passou a recomendar uma postura proativa do Estado, objetivando a consecução de seus objetivos elementares na tutela da pessoa humana. Surgem assim os deveres de respeito, proteção, garantia.

O Estado deve não apenas se abster de vulnerar direitos humanos, como também adotar posturas no sentido de coibir violações perpetradas tanto pelo próprio Estado, quanto por particulares. Ao agir no sentido de proteger o indivíduo contra estes ataques ou violações, o Estado cumpre o seu dever de proteção. Peterke aduz que três são os pressupostos gerais da violação do dever de proteção¹⁵²: ciência por parte do Estado, de um perigo concreto ou a obrigação de conhecê-lo, possibilidade objetiva de evitar a violação de direito (não se pode exigir do Estado o impossível, pois como bem ressalta Peterke, ele não é onipotente), e a omissão em tomar uma medida sensata e apropriada, balizada, igualmente, no DIDH.

O dever de proteção se verifica tanto em relação a perigos subjetivos, que são ocasionados diretamente por atores privados, quanto os perigos objetivos, que são ocasionados por forças da natureza.

¹⁵¹ PETERKE, Steven (coord.), op. cit., p. 87.

¹⁵² PETERKE, Sven (coord.). op. cit. p. 159.

A responsabilidade pela violação ao dever de proteção é cristalina no Caso Empregados da Fábrica de Fogos, no qual o Estado brasileiro, a despeito da periculosidade decorrente da atividade desempenhada pela empresa, concede-lhe autorização para funcionamento (tendo ciência do perigo concreto), abstendo-se entretanto de promover a fiscalização do funcionamento (possibilidade objetiva de evitar a violação de direito, mediante adequada fiscalização e controle, e omissão, quanto as providências), notadamente o respeito às normas de segurança, que resultaram em explosão (perigo objetivo).

Já o caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, a Corte IDH lembrou que os Estados devem respeitar e garantir direitos, e por garantir é necessário que se compreenda a supressão das normas e práticas de qualquer natureza que constituam violação a garantias e, ainda, expedir normas e desenvolver práticas que levem à observância destas garantias (§83).

Não é demais lembrar, na esteira do que leciona Pulido,¹⁵³ que os direitos fundamentais de segunda dimensão geram um novo tipo de vinculação, neste caso positiva, impondo ao Estado deveres de proteção. Os direitos fundamentais deixam de ser normas meramente programáticas, convertendo-se em direitos de se obter uma proteção efetiva. Os direitos humanos não têm a sua eficácia restrita à relação Estado – cidadão, espraiando efeitos também nas relações mantidas entre particulares.

O dever de garantia, por sua vez, abrange tanto facilitar, quanto prestar. Por facilitar compreende-se criar uma ambiência favorável à realização dos direitos. Por prestar, surge a necessidade de que o próprio Estado atue no sentido de promover condições ao exercício de direitos.

Não menos importante são as obrigações processuais, no sentido de “investigar, processar e punir de modo efetivo os autores de (presumíveis) violações de direitos humanos, o que implica um direito ao acesso à justiça pelo potencial vítima.”¹⁵⁴

Ao comentar a jurisprudência da Corte IDH, especificamente o Caso *Velásques vs. Guatemala*, Quiroga assevera que

De la obligación de garantizar emergió asimismo el deber de investigar, procesar y condenar, calificada por la Corte como una obligación de medio y no de resultado, en razón de que ciertas circunstancias –el

¹⁵³ PULIDO, Carlos Bernal. O princípio da proporcionalidade da legislação penal. In: PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 120.

¹⁵⁴ PETERKE, Steven (coord.), op. cit. p. 163.

transcurso del tiempo, la desaparición de los testigos, el temor de los testigos u otras— pueden hacer muy difícil la investigación.¹⁵⁵

A autora sublinha, a propósito, que a obrigação de investigar e de prevenir normalmente se confundem, motivo pelo qual a Corte IDH incluiu como medidas de prevenção tanto a persecução penal, quanto a investigação, que seriam vias fundamentais para prevenir futuras violações de direitos humanos.¹⁵⁶

A título de exemplo, para fins de ilustrar cada uma destas obrigações, no caso *Kawas Fernandes vs. Honduras*,¹⁵⁷¹⁵⁸¹⁵⁹ a Corte Interamericana reconheceu que nenhuma pessoa poderia ser privada de sua vida arbitrariamente (o que consistiria obrigação negativa), sendo que o Estado deveria adotar medidas apropriadas para proteger e preservar o direito à vida (que consistiria obrigação positiva), conforme o dever de garantir o pleno e livre exercício dos direitos pelas pessoas sob sua jurisdição.

Como dever de garantia está a obrigação positiva de adoção, pelo Estado, de

[...] una serie de conductas, dependiendo del derecho sustantivo específico de que se trate. En casos de muerte violenta como el presente, el Tribunal ha considerado que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de los derechos afectados por este tipo de situaciones.

¹⁵⁵ QUIROGA, Cecilia Medina. **Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana**. Disponível em: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/126735>. Acesso em: 28 fev. 2021. p. 23.

¹⁵⁶ *Id. Ibidem*. p. 25.

¹⁵⁷ Trata-se de caso em que a defensora ambientalista Blanca Jeannette Kawas Fernandes foi assassinada em 1995, enquanto trabalhava na companhia de sua assistente, em sua casa, por dois homens. Em 2003, quando acionada a Comissão Interamericana, o Estado ainda não teria dado um desfecho ao caso, sequer identificado os infratores.

¹⁵⁸ No mesmo sentido está o §112, da sentença do caso *Garibaldi vs. Brasil*: “A obrigação de investigar violações de direitos humanos está incluída nas medidas positivas que devem adotar os Estados para garantir os direitos reconhecidos na Convenção. A Corte tem sustentado que, para cumprir a obrigação de garantia, os Estados devem não só prevenir, mas também investigar as violações dos direitos humanos reconhecidos neste instrumento, como as alegadas no presente caso, e procurar, ademais, o restabelecimento, se é possível, do direito infringido e, se for o caso, a reparação dos danos produzidos pelas violações dos direitos humanos”.

¹⁵⁹ No mesmo norte está o §125, da sentença do caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*: “O artigo 4 da Convenção garante em essência não somente o direito de todo ser humano de não ser privado da vida arbitrariamente, mas também o dever dos Estados de adotar as medidas necessárias para criar um marco normativo adequado que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida; estabelecer um sistema de justiça efetivo, capaz de investigar, castigar e reparar toda privação da vida por parte de agentes estatais ou particulares; e salvaguardar o direito de que não se impeça o acesso a condições que assegurem uma vida digna, o que inclui a adoção de medidas positivas para prevenir a violação deste direito”.

Esta, a perspectiva obrigacional dos direitos humanos. Oportuno registrar que a violação aos direitos humanos, em quaisquer das perspectivas obrigacionais, enseja a responsabilização internacional do Estado.

Vale gizar, e que isso fique claro, que as obrigações processuais derivam das obrigações (em geral) assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional, consubstanciadas em documentos internacionais, que colocaram a pessoa humana no centro de suas atenções, e cuja violação enseja indiscutível responsabilidade internacional.

3.5.2 A Violação às Fontes de Direito Internacional de Direitos Humanos e a Responsabilidade Internacional do Estado

No tocante à violação dos direitos humanos, a sistemática de responsabilização é diversa. A responsabilidade internacional em casos tais, no escólio de Mazzuoli,¹⁶⁰ não decorre exclusivamente da violação de normas nas relações mantidas pelos Estados entre si, senão também nas relações mantidas entre o Estado e pessoas sujeitas a sua jurisdição, notadamente no que concerne às violações aos direitos humanos.

A responsabilidade internacional do Estado recai sobre a União (conforme artigo 21, I, da CF), e decorre, outrossim, tanto de atos praticados por órgãos e agentes integrantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de quaisquer esferas, quanto de atos praticados por particulares. Vale destacar que para o Direito Internacional, a divisão interna de atribuições é indiferente para fins de responsabilização, sendo o ato (violador de direitos) imputado indistintamente ao Estado-parte, conforme se extrai do artigo 1º, da CADH: “**Os Estados Partes** nesta convenção [...]” (grifo nosso).

Moreira lembra que a maioria dos casos de responsabilização internacional do Estado por violação aos direitos humanos decorre de atos praticados por órgãos e agentes do Poder Executivo, o que não exclui a possibilidade de que atos comissivos

¹⁶⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book* (não paginado).

dos demais Poderes também representem violações, e, outrossim, possam ser sindicados.¹⁶¹

No tocante aos atos do Poder Legislativo, ainda que estejam em consonância com a Constituição Federal, eles podem ser reputados anticonvencionais – contrários ao que dispõem os tratados e convenções –, circunstância que pode acarretar responsabilidade Estatal.¹⁶² Em relação ao Poder Judiciário, os magistrados devem zelar pelo efetivo cumprimento das fontes de Direito Internacional, sendo certo que

Os atos emanados do Poder Judiciário que vão ao sentido contrário da proteção internacional aos Direitos Humanos são considerados atos ilícitos internacionais e devem ser reprimidos por parte da jurisdição internacional.¹⁶³

Ramos acrescenta que a responsabilidade por atos do Poder Judiciário podem decorrer tanto da intempestividade/inexistência de prestação jurisdicional, como também quando a decisão é, em seu mérito, violadora de direito protegido.¹⁶⁴ Cabe registrar que o acionamento da Corte IDH não enseja reforma da decisão proferida no plano interno, mas a punição do Estado pelo descumprimento de seu dever de proteção dos direitos humanos, não servindo o Tribunal internacional como uma quarta instância.

Do mesmo modo, são os atos praticados pelo Ministério Público, que devem se alinhar ao DIDH, sob pena de ensejar a responsabilização do Estado. A CF entregou ao Ministério Público uma série de atribuições, reconhecendo-o como o guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, consoante dispõe o artigo 127. No desempenho de todas estas missões, há que se observar a prevalência dos direitos humanos. Ainda, na qualidade de titular privativo da ação penal, *ex vi* do artigo 129, I, da CF, o *Parquet* não pode se omitir de atuar no combate às violações de direitos humanos, desempenhando relevante papel de buscar a aplicação da lei penal ao caso concreto, dentre outras tantas funções desempenhadas pela Instituição.

Neste sentido está a lição de Ramos:

¹⁶¹ MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal – RN: EDUFRRN, 2015. p. 192.

¹⁶² MOREIRA, Thiago Oliveira. *op. cit.* p. 193.

¹⁶³ *Id. Ibidem.* p. 193.

¹⁶⁴ RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade Internacional do Estado por violação de Direitos Humanos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 29, p. 56, abr./jun., 2005.

[...] talvez para espanto de alguns, 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 seus violadores não mais terão a certeza da impunidade. Deste modo, a investigação de fatos e a persecução criminal dos responsáveis por violações de direitos humanos decorrem da obrigação de assegurar o respeito a estes direitos.¹⁶⁵

Pois bem. O DIDH é composto de um complexo de fontes, que compreendem tratados internacionais, convenções, resoluções de organismos internacionais e jurisprudência dos Tribunais Internacionais, que compõem o “*corpus juris* de salvaguarda do ser humano.”¹⁶⁶

Cançado Trindade ensina que a estrutura dos tratados e convenções de direitos humanos se difere da estrutura dos tratados que regulamentam temas diversos, pois

[...] não estamos aqui diante de convenções ou tratados do tipo clássico, compreendendo restritivamente concessões e compromissos recíprocos: os mecanismos das referidas Convenções transcendem os interesses individuais das partes, ao realçarem a predominância de um interesse geral ou *ordre public* e prescreverem obrigações de caráter essencialmente objetivo, a serem implementadas coletivamente.¹⁶⁷

Embora regulem em sua grande maioria a relação entre o Estado e o indivíduo, sua disciplina não se exaure neste eixo (Estado – indivíduo), compreendendo igualmente a proteção contra lesões provocadas por terceiros, conforme fartamente reconhecido pela Corte IDH, como por exemplo nos Casos Ximenes Lopes vs. Brasil, Escher e outros vs. Brasil, Gomes Lund vs. Brasil, Fazenda Brasil Verde vs. Brasil, Favela Nova Brasília vs. Brasil, Herzog vs. Brasil etc.

No Caso Simone, a Comissão IDH registrou que o DIDH objetiva proporcionar meios de proteção dos direitos humanos frente o Estado e frente a todos aqueles que atuam em seu nome, circunstância que torna responsável o Estado por atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos (§ 40). A Comissão asseverou que também entre particulares existe uma obrigação de respeito dos direitos humanos, sendo a CADH aplicável em relação a terceiros (*erga omnes*) (§ 41), concluindo que

¹⁶⁵ Id. *Ibidem*. p. 58.

¹⁶⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 23, n. 90, p. 233-288, abril/junho 1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181722>. Acesso em: 27 fev. 2021. p. 241.

¹⁶⁷ Id. *Ibidem*. p. 263.

A Corte também deixou claro que esta obrigação de respeito e garantia dos direitos humanos frente a terceiros se baseia também em que os Estados são os que determinam seu ordenamento jurídico, o qual regula as relações entre particulares e, portanto, o direito privado, pelo que devem também velar para que nestas relações privadas entre terceiros se respeitem os direitos humanos, já que do contrário o Estado pode resultar responsável pela violação dos direitos. (§ 42)¹⁶⁸

Assim, o Estado se torna responsável por violações de direitos humanos perpetradas por terceiros, quando se omite no dever de prevenir a sua ocorrência, ou mesmo quando deixa de investigar, processar e punir violações, para garantia de não-repetição. É o que ficou consignado, por exemplo, no julgamento do Caso Garibaldi vs. Brasil, pela Corte IDH:

112. A obrigação de investigar violações de direitos humanos está incluída nas medidas positivas que devem adotar os Estados para garantir os direitos reconhecidos na Convenção. A Corte tem sustentado que, para cumprir a obrigação de garantia, os Estados devem não só prevenir, mas também investigar as violações dos direitos humanos reconhecidos neste instrumento, como as alegadas no presente caso, e procurar, ademais, o restabelecimento, se é possível, do direito infringido e, se for o caso, a reparação dos danos produzidos pelas violações dos direitos humanos.¹⁶⁹

No Caso Empregados da Fábrica de Fogos, a responsabilidade do Estado foi reconhecida pela falta de fiscalização das atividades desenvolvidas (fabricação de fogos de artifício), já catalogadas pelo próprio Estado como perigosa. O Estado, apesar de conceder a licença, não exerceu posterior fiscalização, descumprindo obrigação “clara e exigível de supervisionar e fiscalizar seu funcionamento,” conforme consta do § 133, da sentença prolatada pela Corte.

Ramos assevera que “o ponto relevante é a responsabilização do Estado quando seus órgãos são omissos quanto à realização dos atos de particulares,”¹⁷⁰ esclarecendo que a omissão decorre do descumprimento de um de dois deveres: o de prevenção ou o de punição.

¹⁶⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Simone André Diniz**. Recomendação de 21 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2006port/brasil.12001port.htm>. Acesso em: 23 fev. 2021.

¹⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Garibaldi vs. Brasil**. Presidenta Cecilia Medina Quiroga. Sentença de 23 de setembro de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

¹⁷⁰ RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 29, p. 56, abr./jun., 2005.

Vale registro que nem todas as ações hostis entre particulares ensejam obrigatoriamente responsabilidade internacional, exigindo-se para tanto que o Estado falte com seus “deveres elementares de prevenção e repressão.”¹⁷¹

No caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil*,¹⁷² a Corte Interamericana sublinhou que o Estado não pode ser responsabilizado por toda e qualquer violação a direitos humanos cometidos entre particulares, afinal seus deveres de adotar medidas de prevenção e proteção estão “condicionados ao conhecimento de uma situação de risco real e imediato para um indivíduo ou grupo de indivíduos determinado e às possibilidades razoáveis de prevenir e evitar este risco”. (§ 323)

Vale transcrever trecho do voto em apartado do juiz Cançado Trindade, no Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, em que ele consignou que

A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas (como a criação de distintas modalidades de prévia aprovação parlamentar de determinados tratados com pretendidas conseqüências jurídicas, a previsão de pré-requisitos para a aplicabilidade direta de tratados humanitários no direito interno, dentre outros), que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos. (§ 35)¹⁷³

A respeito das violações aos Direitos Humanos, impende salientar que há sistemas regionais de solução de conflitos. Abordaremos nas linhas que se seguem apenas o Sistema Regional Interamericano, que é composto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão é responsável por promover os direitos estabelecidos na Carta da OEA e na DADH. Trata-se de órgão híbrido, integrante tanto da CADH, quanto da

¹⁷¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book* (não paginado)

¹⁷² Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Presidente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Disponível em: https://www.CorteIDH.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

¹⁷³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Presidente: Sergio Garcia Ramírez Presidente. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

Organização dos Estados Americanos. A Comissão IDH representa os Estados-membros da OEA e tem por função primordial a de promover a observância e a defesa dos direitos humanos no âmbito do Continente Americano, conforme se vê do artigo 106, da Carta da OEA.¹⁷⁴

Ela tem competência para processar denúncias ou queixas de violação da CADH por um Estado-parte,¹⁷⁵ podendo expedir proposições e recomendações que julgar adequadas.

Já a Corte IDH constitui Tribunal Internacional supranacional, sendo capaz de condenar (por sentença) Estados-partes pela violação de direitos humanos, sendo necessário o prévio esgotamento do processo perante a Comissão IDH. Por deliberação de seus membros pode ser determinado que se assegure ao prejudicado o gozo de seu direito ou liberdade violados e ainda a reparação das consequências da medida ou situação que haja configurado a violação destes direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada (competência contenciosa).

A decisão proferida tem natureza de sentença, tem caráter definitivo e inapelável, de cumprimento obrigatório pelos Estados-partes. As sentenças que fixam indenização poderão ser executadas no direito interno, pelo processo vigente para a execução de sentença (conforme artigo 68.2, da DADH).

Mauês lembra que

O desenvolvimento dos sistemas regionais de proteção cria uma dinâmica em que os órgãos nacionais não podem desconhecer o impacto das decisões tomadas pelos tribunais internacionais no âmbito do direito interno, sob pena de o Estado constantemente encontrar-se em situação de inadimplência perante a comunidade internacional.¹⁷⁶

Importante registrar que a própria Corte IDH asseverou a eficácia *erga omnes* de suas decisões, incluindo os fundamentos expendidos, a *ratio decidendi*, que

¹⁷⁴ Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria.

¹⁷⁵ Conforme artigo 44, da Convenção: Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.

¹⁷⁶ MAUÊS, A. M. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 10, p. 215-235, 2013. p. 227.

constituem parâmetro para o controle de convencionalidade, conforme sublinham Magalhães e Maués.¹⁷⁷

Indivíduos não podem postular diretamente junto à Corte, senão a Comissão, que lhe funcionou como instância preliminar, na qualidade de substituta processual.

Osmo e Martin-Chenut lembram que “os direitos humanos, para terem realização prática, dependem de mecanismos processuais de alcance dos indivíduos,”¹⁷⁸ asseverando que

A Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) reconhece a existência de um direito, de titularidade das vítimas de graves violações de derechos humanos e de seus familiares, de participar dos procesos movidos nos Estados contra os perpetradores das violaciones que elas sofreram, ‘com amplas posibilidades de ser ouvidos e atuar’, decorrente das ‘garantias judiciales’ contidas no artículo 8 da Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Paralelamente, este mesmo derecho é identificado pela Corte IDH como uma forma de reparación.¹⁷⁹

Ela também exerce uma função consultiva acerca da interpretação da Convención ou de outros tratados de derechos humanos.

Importa consignar que a satisfação dos derechos humanos não se esgota no acceso formal ao Sistema Regional, por meio de seus mecanismos de defensa e protección, exigindo-se, demais disso, “[...] la incorporación y debida aplicación de los estándares interamericanos por parte de las autoridades internas.”¹⁸⁰

A autoridade dos pronunciamentos emanados, seja da Corte, seja da CIDH, há que ser respeitada no plano do derecho interno de todos os Estados que se submeteram voluntariamente à sua jurisdicción, inclusive observando-se eventual necessidade de adequación da normativa interna aos estándares estabelecidos no plano internacional, conforme se extrai dos artículos 1, 2 e 29, da CADH. É certo que

[...] el ejercicio de esta obligación puede ser entendido como una operación necesaria para hacer efectivos los derechos y libertades

¹⁷⁷ Conceitos operativos. op. cit. p. XIV.

¹⁷⁸ OSMO, Carla; MARTIN-CHENUT, Kathia. op. cit. 1457.

¹⁷⁹ Id. *Ibidem*. 1462.

¹⁸⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. **Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 11 25 enero 2021. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiNyui4p7wAhV1HLkGHXuXDhgQFjAAegQIBBAD&url=http%3A%2F%2Fwww.oas.org%2Fes%2Fcidh%2Finformes%2Fpdfs%2FCompedioobligacionesEstados-es.pdf&usq=AOvVaw2_r_2UotUwchH5o7GFgqJGy. Acesso em: 15 de abril 2021. p. 9.

reconocidos en la normativa del Sistema Interamericano, a través de la remoción de aquellos obstáculos legales que impiden garantizar el efecto útil de dicha fuente normativa, lo que en última instancia permite garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos reconocidos en los instrumentos interamericanos.¹⁸¹

3.6 O Direito Penal (e Processual Penal) como Ferramenta de Tutela dos Direitos Humanos

A análise da relação mantida entre o Direito penal e os direitos humanos, não pode prescindir de uma incursão a respeito do princípio ou postulado da proporcionalidade, em suas duas facetas: a da proibição de excesso e a da proibição da proteção deficiente.

No presente capítulo estudaremos a atuação do Estado na tutela dos direitos fundamentais, e, por conseguinte, dos direitos humanos, resgatando o contexto histórico de surgimento dos direitos humanos e a sua evolução, do Estado Liberal até o *Welfare State*, que promoveu sensível alteração no papel por ele desempenhado na proteção de direitos: da postura abstencionista à postura promocional (e protetiva).

Buscaremos nos ater exclusivamente à utilização do postulado como fundamento e diretriz à atuação estatal pela via do Direito penal, na tutela dos direitos humanos, sem adentrar temas como a distinção entre regras e princípios etc. Com efeito.

¹⁸¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. **Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 11 25 enero 2021. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiNyui4p7wAhV1HLkGHXuXDhgQFjAAegQIBBAD&url=http%3A%2F%2Fwww.oas.org%2Fes%2Fcidh%2Finformes%2Fpdfs%2FCompedioobligacionesEstados-es.pdf&usg=AOvVaw2_r_2UotUwchH5o7GFgqJGy. Acesso em: 15 de abril 2021. p. 19.

Quer se conceba o Direito penal como instrumento destinado à proteção de bens jurídicos,¹⁸² quer como ferramenta apta a reafirmar a vigência da norma,¹⁸³ o fato é que ele não é autorrealizável, dependendo, para tanto, do processo penal.

Isso obviamente não lhe retira a importância, tampouco a autonomia enquanto ciência jurídica, porém a aplicação das ferramentas de coerção por ele estruturadas, demanda prévio desenrolar de um processo, no qual são exercidos direitos e faculdades.

Tiedemann assevera que

É apenas no processo penal que o Direito penal material é realmente aplicado, ou seja, é somente nele que é imposta a consequência jurídica cominada, isto é, a 'pena'. O processo penal, ante ao cumprimento desta função, pode ser qualificado como 'dinâmico' em relação ao Direito penal que é mais 'estático'.¹⁸⁴

Assim, de nada adianta a existência de um sistema penal estruturado em bases sólidas, sem que o processo penal correlato seja eficaz, capaz de garantir-lhe a adequada aplicação.

A lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico precisa ser devidamente apurada e processada, para que o Direito penal se realize em sua plenitude. E veja-se que, por realizar o Direito penal, não se está aqui a propor a indiscriminada aplicação da pena corporal. Ele se realiza quando, de modo adequado e tempestivo, responsabiliza o infrator, tanto pela via da solução negociada (institutos da transação penal, suspensão condicional ou acordo de não persecução penal), quanto pela via do *full trial*, aplicando

¹⁸² Neste sentido afirma Roxin, que “a finalidade do direito penal é a proteção de bens jurídicos” (Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, IBCCRIM, p. 34. v. 112, 2015.), acrescentando que “A ciência do Direito penal alemão do pós-guerra tentou limitar o poder de intervenção jurídico-penal na teoria do bem jurídico. A ideia principal foi que o Direito penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimento.” (**A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 14).

¹⁸³ Roxin aponta a existência de outra função, que não a proteção de bens jurídicos, a exemplo do que sustenta Jakobs: “[...] a função do Direito penal é a confirmação da vigência da norma, e não a proteção de bens jurídicos” (**A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 15). Jakobs, em seu *Direito penal do Inimigo*, assevera que “A pena é coação [...]. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade.” (**Direito penal do Inimigo**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 22).

¹⁸⁴ ARTZ, Gunter; TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus. op. cit. p. 146.

a pena cominada ao delito, seja ela privativa de liberdade, restritiva de direitos, ou pena de multa.

Nada de exageros. Não se pretende que o processo abdique de resguardar os direitos do acusado. Assim, ao mesmo tempo em que a justiça criminal serve como uma ferramenta de proteção ao indivíduo, que, a partir da codificação de uma série de normas que orientam o devido processo legal, evitando abusos por parte do Estado-acusação e do Estado-juiz, ela serve também à implementação do direito material, sendo bastante adequada a ilustração apresentada por Fischer e Pereira ao afirmar a sua dupla função (da justiça criminal) “de servir como escudo e como espada dos direitos fundamentais.”¹⁸⁵

Aliás, no plano internacional, a CADH dedica um artigo inteiro a tratar das garantias judiciais (artigo 8º), não sendo diferente no âmbito interno. Há toda uma plêiade de normas destinada a reger o exercício destas garantias, sistematizadas no Código de Processo Penal. O processo não pode, entretanto, conduzir à inefetividade do direito material. Não pode desguarnecer a vítima de uma proteção adequada, ou ainda “é imperiosa a disposição de um mecanismo processual que possibilite o esclarecimento dos fatos e a punição dos responsáveis, em última análise, que concretize a tutela judicial das vítimas.”¹⁸⁶

Não custa lembrar que a vítima também é sujeito de direitos, sujeito de direitos humanos. Ele também tem aviltado um direito seu: o bem jurídico que o Direito penal busca proteger. E este bem jurídico, muitas das vezes, se materializa num direito humano.

A propósito afirma Roxin que

[...] podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.¹⁸⁷

Como se pode observar, o aludido penalista calca o conceito de bem jurídico e, por conseguinte, a missão do Direito penal, nos direitos humanos e civis. O escólio de

¹⁸⁵ FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. op. cit. p. 18.

¹⁸⁶ Id. *Ibidem*. p. 107.

¹⁸⁷ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 18/19.

Pulido vem ao encontro desta assertiva, ecoando que “toda lei penal representa uma medida que o Estado adota para proteger os direitos fundamentais e os demais bens jurídicos que a Constituição ordena sejam otimizados”.¹⁸⁸

Aqui se percebe um ponto de convergência entre o direito penal e os direitos humanos. Os direitos humanos não se prestam única e exclusivamente a resguardar o indivíduo da atuação do Estado. Não representam sempre uma abstenção (um não fazer), reclamam, nalgumas ocasiões, um agir estatal (um fazer), que objetiva a proteção de direitos.

No caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, a Corte Interamericana após traçar importantes considerações acerca do direito à vida, asseverou que “os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições necessárias para que não se produzam violações a este direito inalienável”, sublinhando que eles têm o dever de estabelecer “um marco normativo adequado que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida”. (§125).

Ao tratar do princípio da proporcionalidade, Pulido ensina que

[...] o legislador penal não somente pode vulnerar os direitos fundamentais por um excesso de severidade de suas medidas (por exemplo, a vulneração do direito de liberdade por causa de uma pena exagerada), senão também porque a severidade de suas previsões não chegue a oferecer uma proteção suficiente aos direitos e demais bens constitucionais que ordenam.¹⁸⁹

Ramos chega a afirmar que se trata da faceta punitiva dos direitos humanos, “que ordena aos Estados que tipifiquem e punam criminalmente os autores de violações de direitos humanos.”¹⁹⁰

É correto afirmar, nesta esteira, que Constituição Federal e, de igual modo, tratados internacionais, nem sempre outorgam direitos, sendo que, nalguns casos, determinam a criminalização de condutas. Estes comandos expressos de criminalização decorrem naturalmente da magnitude do bem envolvido, evidenciando a feição objetiva dos direitos humanos.

¹⁸⁸ PULIDO, Carlos Bernal. O princípio da proporcionalidade da legislação penal. *In*: PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 120.

¹⁸⁹ *Id.* *Ibidem.* p. 111.

¹⁹⁰ RAMOS, Andre de Carvalho. 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**, v. 62. p. 9, set. 2006.

Assim, o Estado, no exercício de suas funções, não se obriga apenas a abster-se de condutas, com o propósito de resguardar direitos e liberdades individuais, mas também de atuar positivamente, no sentido de evitar agressões provenientes de terceiros.

Para alcançar este propósito existe uma ampla gama de alternativas à sua disposição, podendo ele se valer dos mais variados ramos do direito, como civil, o administrativo e inclusive o direito penal. Por vezes, o legislador ordinário dispõe de liberdade de conformação, porém nalgumas situações existe uma vinculação à utilização do Direito penal, por meio da obrigação de criminalização de condutas.

Importante lembrar que não é apenas o Estado que constitui responsável pela violação de direitos, senão também os particulares, donde surge ao Estado o dever de proteção. E é nesta perspectiva que se supera ideia de uma leitura dimensionada à compreensão da proporcionalidade exclusivamente como destinada a refrear excessos. Streck sublinha que

Como se sabe, a Constituição determina – explícita ou implicitamente – que a proteção de direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: a uma, protege o cidadão frente ao Estado; a duas, através do Estado – e inclusive através do direito punitivo – uma vez que o cidadão tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos, em face da violência de outros indivíduos.¹⁹¹

Como se percebe, os direitos humanos não raro impõem limitações à atuação do Estado, buscando refrear a sua atuação prepotente. Por outro lado, estes direitos impõem também deveres de proteção, conforme já reconhecido pelo STF, conforme se vê abaixo:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a

¹⁹¹ STRECK, L. L. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre/RS, v. 1, n.53, p. 243, 2004.

criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas estas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), exprestando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais exprestam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção destes bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nesta espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nesta hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

3.

LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA.¹⁹²

3.6.1 O Estado Social de Direito e a Proibição da Proteção Deficiente

Guaragni e Santana apontam que a transição do Estado Liberal ao Estado Social de Direito, coincide com o surgimento do estado promocional, e, neste contexto, da proibição da proteção deficiente.

O Estado Liberal, havido como uma reação à prepotência estatal materializada no absolutismo, fez surgir com os ideários iluministas, uma reação aos mandos e desmandos do poder (absoluto) do rei, que coincidia, muitas das vezes, com o poder divino. O Estado era inimigo das liberdades, e como reação a esta estrutura, concebeu-se um modelo capaz de frear a atividade estatal, resguardando-se as liberdades individuais, mediante a imposição de abstenções ao Estado.

Sarlet sublinha que

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, caracterizados por um cunho fortemente individualista, concebidos como direitos do indivíduo frente ao estado [...]¹⁹³

Esta categoria de direitos é composta dos direitos civis e políticos, tidos como individuais, e impõe ao Estado tanto um papel passivo, no sentido de se abster de violar direitos, quanto ativo, exigindo com que ele garanta minimamente o exercício

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 104410/RS**. *Habeas corpus*. Porte ilegal de arma de fogo desmuniada. (A)tipicidade da conduta. Controle de constitucionalidade das leis penais [...]. Paciente: Aldori Lima. Relator: Min. Gilmar Mendes, em 6 de março de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur206595/false>. Acesso em: 6 fev. 2021.

¹⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang (et. al.). **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book* (não paginado).

destes. Guaragni e Santana asseveram que no campo do direito penal, “[...] os princípios jurídico-penais delineados pela Filosofia da Ilustração dão conta de formar um cinturão de garantias em torno do indivíduo réu contra o poder punitivo estatal”.¹⁹⁴

A ambiência gerada pelos direitos (cunhados como) de primeira geração no Estado Liberal conduziu a inúmeras desigualdades, forjando, assim, o surgimento do Estado Social. Grupos passaram a reivindicar direitos, exigindo a atuação do Estado, com a finalidade de promover a justiça social.¹⁹⁵

Surgem neste contexto os direitos de segunda dimensão, que impõem ao estado uma obrigação de fazer, incorporando novos direitos aos figurinos tradicionais. O marco institucional destes direitos foi a Constituição de Weimar, inspirada na Constituição mexicana de 1917.

O Estado passa a ser um estado prestacional, que no escólio de Haberle:

[...] é aquele Estado constituído pela Lei Fundamental, o qual, por meio de organização e procedimento, direta ou indiretamente, oferece prestações a cidadãos e grupos e as quais, no sentido mais amplo, têm uma relação primariamente positiva com os direitos fundamentais.¹⁹⁶

Prossegue o autor, afirmando que este Estado “dirige, planeja, conduz, (re) distribui, subvenciona e programa.”¹⁹⁷ Por fim, sublinha que ele “atua ofensivamente em favor dos direitos fundamentais enquanto o Estado de direito burguês permaneceu defensivo.”¹⁹⁸ Os direitos sociais (de segunda dimensão) não excluem os direitos

¹⁹⁴ GUARAGNI, Fábio André; SANTANA, Vanesta Milene de. Princípio da vedação deficiente de vítimas em matéria penal: dois casos emblemáticos da corte interamericana de direitos humanos. *In*: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (coord). **Ministério Público e princípio da proteção eficiente**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 173.

¹⁹⁵ Tácito nos ensina que “A dinâmica da evolução social começa, porém, a opor ao princípio tradicional de que todos são iguais perante a lei a compreensão de uma crescente desigualdade perante os fatos sociais. Uma nova ordem jurídica começa, lentamente, a evoluir sobre a pressão de causas e concausas econômicas e sociais. O Estado é chamado a dirimir conflitos entre as forças do capital e do trabalho, bem como a conter os excessos do liberalismo e da propriedade privada, submetendo-os aos princípios do bem comum e da justiça social. As constituições se enriquecem com novos capítulos pertinentes a direitos econômicos e sociais, tão relevantes para o homem comum como os direitos civis e políticos. O centro de gravidade da ordem jurídica caminha do individual para o social”. TACITO, Caio. Os direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, FGV, Rio de Janeiro, v. 178. p. 2, out./dez. 1989. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46132>. Acesso em: 3 fev. 2021.

¹⁹⁶ HABERLE, Peter. op. cit. p. 25.

¹⁹⁷ Id. *Ibidem*. p. 28.

¹⁹⁸ Id. *Ibidem*. p. 96.

individuais, ao revés, complementam-no em busca da justiça comutativa e da redução das desigualdades.

Nesta ordem de ideais, Guaragni e Santana asseveram que a atividade do legislador passou a se balizar pelos mandamentos constitucionais, consagrando-se os princípios mais eficientes à proteção dos direitos fundamentais. Os cuidados com os direitos fundamentais, segundo eles, operam-se sobremodo com o princípio da proporcionalidade, que constitui “limitador máximo e mínimo de intervenção estatal,” inclusive no direito penal, garantidor de bens jurídicos.¹⁹⁹

O princípio ou postulado da proporcionalidade, outrora utilizado apenas para coibir excessos praticados pelo Estado (proibição de excesso), passa a ser aplicado noutra perspectiva, à luz dos mandamentos constitucionais de Estado Democrático, abrangendo o dever de proteção eficiente (vedação da proteção deficiente). Os direitos humanos se concretizam *em oposição* ao estado, mas também *por meio do* Estado.

Neste sentido está a lição de Guaragni e Santana:

É da composição destes dois princípios que resulta uma política criminal equilibrada, nem omissa em face das vítimas, a quem o Estado promete – e tem que cumprir ! – proteção como direito individual e social, nem arbitrária a ponto de sacrificar direitos e garantias individuais de arguidos sem critérios de proporcionalidade e por puras razões de Estado.²⁰⁰

A não atuação (omissão) ou a atuação (Estatal) deficiente vulneram de igual modo o dever de proteção.

Baratta sublinha a necessidade de se ampliar a mirada do direito penal para concebê-lo sob a perspectiva de uma política integral de proteção dos direitos, lembrando que o garantismo não pode ser visto apenas em seu sentido negativo, ou seja, como um conjunto de limitações ao sistema punitivo, mas também e sobretudo na acepção positiva:

¹⁹⁹ GUARAGNI, Fábio André; SANTANA, Vanesta Milene de. Modelos de Estado e emergência do princípio constitucional da vedação de proteção deficiente em matéria penal e extra penal. *In*: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (coord). **Ministério Público e princípio da proteção eficiente**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 165.

²⁰⁰ GUARAGNI, Fábio André; SANTANA, Vanesta Milene de. Princípio da vedação deficiente de vítimas em matéria penal: dois casos emblemáticos da corte interamericana de direitos humanos. *In*: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (coord). **Ministério Público e princípio da proteção eficiente**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 185.

No se puede ignorar aquella parte de la inseguridad urbana debida efectivamente a comportamientos delictuosos, pero entendiendo que la necesidad de seguridad de los ciudadanos no es solamente una necesidad de protección de la criminalidad y de los procesos de criminalización. La seguridad de los ciudadanos corresponde a la necesidad de estar y de sentirse garantizados en el ejercicio de todos los derechos propios: derecho a la vida, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y de las propias capacidades; derecho a expresarse y a comunicarse, derecho a la calidad de la vida, así como el derecho a controlar y a influir sobre las condiciones de las cuales depende, en concreto, la existencia de cada uno.²⁰¹

Em seu voto no Habeas Corpus 104410/RS (supra), o Min. Gilmar Mendes identifica, com base na lição da doutrina e da jurisprudência da Corte Constitucional alemã, a classificação do dever de proteção (conforme item 3.5.1 supra):

- a) dever de proibição, impondo-se a proibição de uma conduta;
- b) dever de segurança, que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros, por meio da adoção de medidas diversas;
- c) dever de evitar riscos, por meio da adoção de medidas de proteção ou de prevenção.

Prosseguindo, o Ministro trata também dos mandatos de criminalização implícitos, que levam em conta o já mencionado dever de proteção, analisado sob o viés da proibição da proteção deficiente ou insuficiente, que impõe ao legislador a manutenção de um “sistema de proteção constitucional-penal adequado”.

Mais uma vez reportando-se à dogmática alemã, ele lembra que o princípio da proporcionalidade pode ser compreendido sob a ótica da proibição de excesso, quanto sob a ótica da proibição da proteção deficiente. A primeira limitaria a intervenção do Estado, ao passo que a segunda imporia a atuação do Estado, a fim de garantir a “ótima” proteção do direito.

Ao discorrer sobre o tema, Pulido sublinha que

Nesta variável, o princípio da proporcionalidade supõe também interpretar os direitos fundamentais de proteção como princípios e aceitar que deles se deriva a pretensão *prima facie* de que o legislador os garanta na maior medida possível, tendo em vista as possibilidades jurídicas e fácticas. Isso quer dizer que estes direitos impõem *prima facie* ao legislador o desenvolvimento de todas as ações (não redundantes) que favoreçam a proteção do seu objeto normativo, e

²⁰¹ BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: IBdef, 2004. p. 192.

que não impliquem a vulneração de outros direitos e princípios que atuem em sentido contrário.²⁰²

Simplificadamente, “a proibição de excesso funciona como limite máximo, e a proibição de proteção insuficiente, como limite máximo da intervenção legislativa penal”.²⁰³

Assim, os Tratados Internacionais, ao enumerar direitos, criam para o Estado uma obrigação de protegê-los, proteção esta que muitas das vezes demanda a atuação do direito penal, mediante tipificação de condutas.

A este propósito Feldens sinala que “a teoria dos deveres de proteção (de direitos fundamentais), quando reconduzida ao plano dos direitos humanos, encontra sua formulação congênere na doutrina das obrigações positivas (*positive obligations*)”. Ele recorda que as obrigações positivas se desdobram nos planos substantivo e procedimental, impondo que o Estado elabore uma legislação adequada, capaz de desencorajar a prática de atos que vulnerem os direitos fundamentais, e, não obstante, por meio de uma atuação efetiva (positiva), investigue fatos e imponha sanção aos responsáveis. E adverte o autor que, neste mister, não pode o Estado intervir ou se abster de intervir desmesuradamente, orientando-se pelo critério da proporcionalidade.²⁰⁴

²⁰² PULIDO, Carlos Bernal, op. cit. p. 92.

²⁰³ Id. *Ibidem*. p. 92.

²⁰⁴ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. A constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. *E-book* (não paginado).

4 A CASUÍSTICA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ENVOLVENDO O BRASIL EM RELAÇÃO À PROTEÇÃO DA VÍTIMA: EM BUSCA DE DIRETRIZES PARA A CONCEPÇÃO DE UM PROCESSO EFICIENTE

4.1 A Casuística

Para fins de delimitação do âmbito da pesquisa, no presente tópico apresentaremos a casuística da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo o Estado Brasileiro, mais precisamente as situações em que ele foi condenado por descumprir o dever de investigar, processar e punir os responsáveis por violações de direitos humanos, e exclusivamente sob este enfoque, para dali se extrair um denominador comum. Naturalmente estes arestos fazem referência a outros julgados, que consolidaram a jurisprudência da Corte IDH. Após apresentar a casuística, abordaremos o Caso Marcia Barbosa e familiares, ainda em trâmite na Corte, pela relevância dos apontamentos apresentados pela CIDH e a sua relação com o presente trabalho.

A análise dos julgados, demonstra que nalgumas situações, obstáculos de ordem interna impedem uma adequada resposta estatal, a exemplo de causas extintivas da punibilidade como a anistia, a prescrição e a imunidade parlamentar. Todas incompatíveis com a magnitude da lesão proporcionada pelas condutas, consideradas como delitos de Direito Internacional, como quando há grave violação dos direitos humanos, a exemplo do crime de tortura e das mortes praticas no contexto da ditadura.

A casuística revela, entretanto, que apesar da reconhecida autoridade das decisões proferidas pela Corte Internacional, incluindo a necessidade de adequação da normativa interna aos estândares dos direitos humanos, o Brasil insiste em desrespeitá-las, o que se nota no caso Ximenes Lopes, em que o Estado reconheceu a prescrição da pretensão punitiva e deixou de aplicar a sanção aos responsáveis; no caso Garibaldi, em que o Estado obstaculizou o prosseguimento das investigações, com fundamento em disposições de direito doméstico; e nos casos Gomes Lund e

Herzog, em que o próprio STF reconheceu a validade da anistia outrora concedida (a despeito de decisão em sentido contrário da Corte).

À análise dos arestos, dispostos em ordem cronológica de julgamento pela Corte IDH:

4.1.1 Caso Ximenes Lopes (Fato 4 de outubro de 1999, sentença em 4 de julho de 2006)²⁰⁵

Trata-se do primeiro caso de condenação do Estado Brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Damião Ximenes Lopes, portador de deficiência mental, foi encaminhado a uma Casa de Repouso, em Sobral, no estado do Ceará, em 1º de outubro de 1999, local em que foi hospitalizado, e, após ser submetido a condições desumanas e degradantes, além de sofrer golpes e ataques contra sua integridade, foi morto, em 4 de outubro do mesmo ano.

Em 2000, o Ministério Público deflagrou a persecução penal em juízo, oferecendo denúncia, porém até a data da prolação de sentença pela Corte, em julho de 2006, esta (a persecução) ainda não havia sido concluída (§112).

No julgamento, a Corte lembrou das obrigações positivas, no sentido de que o Estado deve a um só tempo suprimir normas e condutas que vulnerem direitos humanos, como também expedir normas e desenvolver condutas que conduzam à efetiva observância destes direitos (§83). Consignou-se a possibilidade de responsabilização do Estado por atos de terceiros, quando ele se omite em evitar violações a bens jurídicos, que protegem direitos humanos. No parágrafo 177, a Corte IDH asseverou que o dever de investigar as afetações ao direito à vida e à integridade é condição para garantia destes direitos, e que eventual falha o torna responsável pela violação. Demais disso, o Tribunal estabeleceu a necessidade de “investigar exaustivamente a cena do crime” (§ 179), estabelecendo também um padrão mínimo em relação à investigação.

Ao fazer uma leitura do direito à vida, o Tribunal salientou a necessidade de que o Estado crie um marco normativo que dissuada qualquer ameaça ao direito à

²⁰⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Presidente: Sergio Garcia Ramírez Presidente. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

vida e estabeleça um sistema de justiça efetivo, bem assim a adoção de medidas positivas para prevenir a violação deste direito (§125). Neste mesmo parágrafo, no parágrafo 147, e no Capítulo 10, da decisão, a Corte sublinhou a necessidade de que se promovam investigações sérias e de que se busque a responsabilização de agentes que incorrem em violações ao direito à vida.

A Corte admitiu o reconhecimento, por parte do Estado, da violação ao direito à vida, à integridade pessoal, *ex vi* dos artigos 4^a e 5^o, da CADH, e o condenou pela violação dos artigos 1^o (dever de respeitar direitos), 8^o (garantias judiciais), e 25 (proteção judicial), da CADH.²⁰⁶

No âmbito do direito interno, o Poder Judiciário condenou os responsáveis pela morte da vítima, sob a tipificação do artigo 136, §2^o, do Código Penal, porém, em recurso da defesa, o Tribunal de Justiça reformou a decisão, desclassificando a conduta para a figura simples, do *caput*, do artigo 136, reconhecendo, contudo, a prescrição da pretensão punitiva estatal, conforme se vê abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE MAUS TRATOS QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DOS ACUSADOS E O ÓBITO DA VÍTIMA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE MAUS TRATOS SIMPLES. PRESCRIÇÃO EM ABSTRATO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1. Inexistindo provas suficientes, imperiosa se torna a desclassificação do crime de maus-tratos qualificado pelo resultado morte (art. 136, § 2^o, do CPB) para sua forma simples (art. 136, *caput*, do CPB), em virtude da ausência de alicerce probatório capaz de evidenciar o nexo de causalidade entre as condutas dolosas (expor a perigo a vida ou a saúde) e o resultado culposo (óbito). 2. As duas necropsias realizadas no ofendido (uma delas pós-exumática) não foram capazes de atestar a causa mortis, constando das conclusões dos laudos '[...] tratar-se de morte real de causa indeterminada [...]'. O auto de exame cadavérico pós-exumático chega mesmo a descrever que '[...] o crânio apresentava integridade de todos os seus ossos. Os demais ossos deste corpo também não apresentam fraturas [...]'. 3. Outrossim, tendo em vista o frágil estado de saúde do ofendido, que, antes da entrada na casa de repouso, já não vinha se alimentando direito e nem dormindo ou tomando sua medicação, existe a possibilidade considerável da vítima ter falecido por enfermidade pré-existente ao internamento, o que representaria concausa absoluta ou relativamente independente (art. 13, *caput* e § 1^o, do CPB), excluindo o nexo de causalidade da conduta dos acusados em relação ao óbito. 4. A indeterminação pericial da causa da morte e a possibilidade concreta da existência de concausa independente, envolvendo circunstâncias que não estavam na linha de desdobramento físico das ações e omissões imputadas aos

²⁰⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos na jurisprudência internacional**: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 653.

acusados, por força do princípio do 'in dubio pro reo', excluem a responsabilidade pelo resultado, restando somente a responsabilização pelos atos praticados. 5. Operada a desclassificação, há que se reconhecer restar configurada, nos termos do art. 109, inciso V, da Lei Penal Codificada, a prescrição em abstrato da pretensão punitiva, uma vez que a pena máxima prevista para o delito do art. 136, caput, do CPB, é de 01 (um) ano de detenção. É que, da data do recebimento da denúncia (7/4/2000) até a data da publicação da sentença (29/6/2009), transcorreram mais de 4 (quatro) anos. 6. Apelo parcialmente provido, todavia, reconhecendo-se de ofício a extinção da punibilidade. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação-crime, acorda a Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem divergência de votos, em conhecer do recurso, por ser próprio e tempestivo, para dar-lhe parcial provimento, reconhecendo-se de ofício a extinção da punibilidade, tudo nos termos do voto do relator.²⁰⁷

4.1.2 Caso Escher e Outros (Fato abril de 2009, sentença em 6 de julho de 2009)²⁰⁸

Em 5 de maio de 1999, um oficial da Polícia Militar obteve junto à Vara Única da Comarca de Loanda uma interceptação e monitoramento de linha telefônica instalada na sede do COANA (Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda), sob o argumento de que ela estaria sendo utilizada pela liderança do Movimento Sem Terra (MST) para práticas criminosas.

O pedido foi deferido pela magistrada mediante simples anotação na margem da petição, sem comunicação ao Ministério Público.

O aludido oficial, pouco depois, em 12 de maio de 1999, pediu a inclusão de novo terminal na interceptação, o que foi deferido pelo Juízo, nos mesmos moldes da primeira decisão, e, em 25 de maio de 1999, pediu a exclusão de um dos terminais da escuta.

Em junho do mesmo ano, fragmentos dos diálogos gravados foram reproduzidos em jornais de grande audiência no país, sem autorização judicial. No dia seguinte, o então Secretário de Segurança Pública do Estado realizou coletiva de

²⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. **Apelação Criminal 0012736-95.20000.8.06.0167**. Apelação criminal. Delito de maus tratos qualificado pelo resultado morte. Ausência de comprovação do nexos de causalidade entre [...]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/43774418/djce-judiciario-30-11-2012-pg-64>. Acesso em: 18 fev. 2021.

²⁰⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Escher e outros vs. Brasil**. Presidenta Cecilia Medina Quiroga. Sentença de 6 de julho de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

imprensa, ocasião em que apresentou detalhes sobre o apurado e entregou à imprensa trechos transcritos dos diálogos.

Em 1º de julho, o oficial enviou ao Juízo 123 fitas contendo conversas telefônicas gravadas durante a interceptação e comunicou que outro Policial Militar teria divulgado criminosamente os diálogos e que estaria sendo investigado.

O Ministério Público somente foi comunicado acerca da medida deferida em 8 de setembro de 2000 e requereu a declaração de nulidade das interceptações e inutilização das fitas gravadas, o que foi indeferido pelo Juízo, mas que determinou a incineração do material (já em 23 de abril de 2002).

O MST e a CPT (Comissão Pastoral da Terra) reportaram o fato ao Ministério Público, que por sua vez enviou *notitia criminis* ao Tribunal de Justiça, que deflagrou uma investigação. O próprio Tribunal, posteriormente, arquivou a investigação no tocante à interceptação telefônica e determinou que os autos fossem encaminhados à primeira instância para análise da conduta do ex-secretário de segurança. O Ministério Público o denunciou e ele foi condenado em primeira instância, porém a decisão foi revertida no tribunal.

No tocante à “jurisdição penal”, a Corte observou que o Estado brasileiro deixou de proceder às investigações necessárias para apurar o vazamento dos trechos das conversas interceptadas, e que a falta de resposta estatal tem relação direta com o princípio da efetividade e deve caracterizar o desenvolvimento de tais investigações. Reconheceu, outrossim, que as autoridades estatais não atuaram com a devida diligência (§206).

O Estado brasileiro foi condenado pela violação dos artigos 1º (dever de respeitar direitos), 8º (garantias judiciais), 11 (direito à honra e à dignidade), artigo 16 (direito à liberdade de associação) e 25 (proteção judicial), da CADH.²⁰⁹

4.1.3 Caso Garibaldi (Fato 27 de novembro de 1998, sentença em 23 de setembro de 2009)²¹⁰

²⁰⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos na jurisprudência internacional**: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 353.

²¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Garibaldi vs. Brasil**. Presidenta Cecilia Medina Quiroga. Sentença de 23 de setembro de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

O caso ocorreu no interior do Estado do Paraná, no município Querência do Norte, quando um grupo aproximado de 20 pistoleiros invadiu uma gleba de terras ocupada por trabalhadores do Movimento Sem Terra para promover uma operação extrajudicial de despejo, ocasião em que efetuaram disparo de arma de fogo, que atingiu Sétimo Garibaldi na coxa esquerda, o qual foi morto por conta de uma hemorragia, em 27 de novembro de 1998.

Na mesma data a Polícia deflagrou inquérito policial, objetivando apurar as circunstâncias, autoria e materialidade da morte de Garibaldi.

Em 12 de maio de 2004, o Ministério Público solicitou o arquivamento do expediente investigatório, o qual foi homologado poucos dias depois, em 18 de maio.

Em setembro de 2004, Iracema Garibaldi impetrou mandado de segurança pleiteando o desarquivamento do inquérito, ao argumento de que a decisão judicial teria violado o dever de fundamentação das decisões judiciais, porém o Tribunal de Justiça araucariano não reconheceu direito líquido e certo a favor da impetrante.

Em 2009, o Ministério Público solicitou o desarquivamento do inquérito, sob a alegação de que dispunha de novas provas, o que foi autorizado pelo Poder Judiciário, com fundamento no verbete sumular 524, do Supremo Tribunal Federal.

Em sede de *habeas corpus*, o Tribunal de Justiça do Paraná trancou a investigação, deliberação esta que desafiou a interposição de recurso ao Superior Tribunal de Justiça (no ano de 2016), o qual, por sua vez, manteve a decisão do Tribunal, nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 68, 1, C/C O ART. 28, 2, DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. ARTS. 647 E 678 DO CPP. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 356/STF. INQUÉRITO ARQUIVADO. REABERTURA. NOVAS PROVAS. SURGIMENTO. VERIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Feita a comparação do conteúdo dos artigos apontados como violados com o teor do acórdão recorrido, constata-se que, por um lado, apenas a matéria do art. 18 do Código de Processo Penal foi objeto de debate. E, por outro, nos embargos declaratórios opostos pelo Parquet, não se postulou o pronunciamento da Corte estadual acerca dos arts. 647 e 648 do Código de Processo Penal e do art. 68, 1, c/c o art. 28, 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Sendo assim, em relação aos aludidos temas, tem incidência a Súmula 356/STF.

2. Não se trata de exigir o prequestionamento explícito, ou seja, a necessidade de que o julgado combatido tenha mencionado

expressamente o artigo apontado como ofendido no recurso especial. O que se constata é não ter havido sequer o prequestionamento implícito, pela ausência do debate das matérias que encontram amparo no conteúdo normativo dos dispositivos apontados como ofendidos no recurso especial, à exceção do art. 18 do Código de Processo Penal.

3. Em nenhum momento se discutiu a existência ou não de justa causa para a propositura da ação penal, mas, sim, se haveria novas provas que autorizariam a reabertura do inquérito anteriormente arquivado, matérias, portanto, distintas. Neste ponto, a pretensa violação dos aludidos artigos teria surgido quando o Tribunal de origem supostamente efetuou uma cognição aprofundada nas provas, fora dos limites da via do habeas corpus, e concedeu a ordem. Em outras palavras, neste caso, a ofensa teria ocorrido quando da prolação do acórdão recorrido.

4. Segundo a jurisprudência desta Corte, mesmo quando a questão federal surge na prolação do acórdão recorrido, é indispensável que haja a oposição de embargos de declaração para que o Tribunal de origem se manifeste acerca da matéria.

5. Se as instâncias ordinárias, soberanas na análise da matéria de cunho fático-probatória, a partir da verificação do conteúdo das provas que deram ensejo à reabertura do inquérito, concluíram que não trouxeram elas elemento novo às investigações, é inviável concluir de modo diverso sem que se proceda à revisão deste mesmo conteúdo. Aplicação da Súmula 7/STJ.

6. Qualificar juridicamente um fato é atribuir-lhe definição jurídica diversa da que deu o acórdão recorrido, sem, contudo, alterar a narrativa que dele fez o Tribunal de origem. Não é o caso dos autos, em que não se busca atribuir definição jurídica aos fatos incontroversos delineados no julgado combatido, mas, sim, verificar se o conteúdo das provas que deram ensejo à reabertura do inquérito seria novo em relação àquele que anteriormente levava ao pedido de arquivamento.

7. Valorar juridicamente a prova é aferir se, diante da legislação pertinente, um determinado meio probatório é apto para provar algum fato, ato, negócio ou relação jurídica.

8. No caso concreto, não se debate se determinado tipo de prova pode ser juridicamente utilizado como meio probatório para dar reabrir a persecução penal. O que se pretende é que esta Corte verifique se o conteúdo do conjunto probatório traria elementos inéditos que se caracterizassem como prova nova, nos termos do art. 18 do Código de Processo Penal. Isso não é valoração jurídica da prova, mas reexame do acervo probante, vedado pela Súmula 7/STJ.

9. Recurso especial não conhecido.²¹¹

²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1351177/PR**. Recurso especial. Processual penal. Art. 68, 1, C/C O Art. 28, 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Arts. 647 e 678 do CPP [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Morival Favoreto. Relator: Min.

Paralelamente, em 2007, a Comissão submeteu o caso à avaliação da Corte, argumentando, dentre outros, que representaria oportunidade para que se desenvolvesse a jurisprudência interamericana sobre os

[...] deveres de investigação penal do Estado diante das execuções extrajudiciais, para a aplicação de normas e princípios de direito internacional e os efeitos do seu descumprimento a respeito da regularidade do processo penal, assim como a necessidade de combate à impunidade. §2º

Já nos primeiros parágrafos do relatório (da sentença), é possível perceber a preocupação da Comissão (que demandou à Corte) em fixar as balizas referentes à atuação estatal na persecução penal – como direito humano –, estabelecendo marcos para fins de responsabilização do Estado em caso de omissão.

Como se nota, a atuação da Comissão repousa sobre dois grandes problemas vivenciados no direito brasileiro: a regularidade do processo penal e uma consequência que dela advém, consistente na impunidade.

Trata-se de uma constante no sistema pátrio, que registra baixos índices de solução de homicídios (uma pequena fatia da criminalidade no Brasil),²¹² bem assim do relatório do CNJ,²¹³ que estima o prazo médio de duração do processo crime no Brasil.

Nas considerações de direito, a Corte fixou importantes premissas a respeito das obrigações processuais positivas, dentre elas:

a) a de que a obrigação de garantia não se resume a prevenir, senão também investigar violações de direitos humanos, buscando, se possível, reestabelecer o direito infringido e, se for o caso, a reparação dos danos decorrentes de violações aos direitos humanos (§112);

Sebastião Reis Júnior. Data da publicação 18 de abril de 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201202255153>. Acesso em: 15 fev. 2021.

²¹² INSTITUTO SOU DA PAZ. **Onde mora a impunidade**. 3. ed. 2020. Disponível em: <http://soudapaz.org/o-que-fazemos/conhecer/pesquisas/politicas-de-seguranca-publica/controle-de-homicidios/?show=documentos#3969>. Acesso em: 7 fev. 2021.

²¹³ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Justiça em números 2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2021.

b) que o dever de investigar é uma obrigação de meios e não de resultado – e que por investigar não há “uma simples formalidade condenada de antemão a ser ineficaz” (§113);

c) que o Estado deve promover, de ofício e sem demora, uma investigação séria, imparcial e efetiva, e que “esta investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade” (§114)²¹⁴.

Ao lembrar as vítimas (no caso familiares), reconheceu que elas têm direito de saber o que e como ocorreram os fatos, bem assim, de saber quem são os responsáveis pela prática censurada, devendo, com base no artigo 8, da Convenção, “contar com amplas possibilidades de ser ouvidos e atuar nos respectivos processos, em busca tanto do esclarecimento dos fatos e da sanção dos responsáveis, com uma devida reparação”. (§116)

Reconhecendo a obrigação internacional de proteção, a Corte afirmou que o Estado descumpriu a sua obrigação, esclarecendo que questões de ordem interna não podem fundamentar atrasos ou dilações indevidas, constituindo a morosidade “denegação da justiça em prejuízo dos familiares de Sétimo Garibaldi.” (§139)

No tocante à impunidade, ficou registrado que ela “(a impunidade) propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos,” conforme §141.

Na sentença (de 23 de setembro de 2009), a Corte reconheceu a importância de desarquivamento do inquérito, sublinhando porém a necessidade de realização efetiva de diligência tendentes ao esclarecimento dos fatos, na forma do §166, reiterando que o Estado deve combater a impunidade por todos os meios disponíveis, a fim de evitar a repetição crônica das violações de direitos, reconhecendo que há um direito de conhecer a verdade, como medida de reparação.

Além destas providências, o Tribunal também condenou o Estado ao pagamento de danos materiais e imateriais aos familiares das vítimas.

²¹⁴ Uma investigação que deve no mínimo: “a) identificar a vítima; b) recuperar e preservar o material probatório relacionado com a morte, com o fim de ajudar em qualquer potencial investigação penal dos responsáveis; c) identificar possíveis testemunhas e obter suas declarações com relação à morte que se investiga; d) determinar a causa, forma, lugar e momento da morte, assim como qualquer padrão ou prática que possa ter causado a morte; e e) distinguir entre morte natural, morte acidental, suicídio e homicídio. Ademais, é necessário investigar exaustivamente a cena do crime e realizar autopsias e análises dos restos humanos de forma rigorosa, por profissionais competentes e empregando os procedimentos mais apropriados”. (§115).

O Estado brasileiro foi condenado pela violação dos artigos 1º (dever de respeitar direitos), 2º (dever de adotar disposições de direito interno), 7º (direito à liberdade pessoal), e 8º (garantias judiciais), da CADH.²¹⁵

Como se nota, apesar das disposições constantes da sentença (de 2009), o Brasil descumpriu a obrigação de investigar adequadamente os fatos, apresentando como objeção normas de direito interno (artigo 18, do Código de Processo Penal e súmula 524, do STF), que impediriam o prosseguimento da persecução (conforme deliberação do STJ, de 2016).

Digno de registro, diante de todo este contexto, está o voto dissidente do Min. Cruz, proferido nos autos do REsp 1351177/PR,²¹⁶ o qual sublinhou a necessidade de interpretação do artigo 18, do CPP, à luz de:

[...] um processo penal tanto preocupado com a preservação da liberdade jurídica do indivíduo quanto com a realização dos interesses sociais e estatais de ver condutas criminosas investigadas e, se for o caso, punidas, mediante o devido processo legal.

O Ministro salientou a necessidade de não se desconsiderar o julgado da Corte, a cuja jurisdição, o Brasil se submeteu voluntariamente, apontando que

Creio desnecessário dizer o quão **constrangedor é para o sistema judiciário brasileiro ver apontada, em âmbito internacional, a incúria com que, conforme afirmado, se houveram as autoridades responsáveis pela investigação de um crime de homicídio, classificado por nossa Constituição da República como hediondo.** Mas o fato não é de todo surpreendente, ante a constatação, estampada no Mapa da Violência de 2013 (produzido sob a coordenação do sociólogo Julio Jacobo Waiselfiz), de que os casos de investigação e de elucidação de assassinatos no Brasil variam entre 5% e 8% dos inquéritos, número que alcança 65% nos Estados Unidos, 80% na França e 90% no Reino Unido.

Acredito, entretanto, ser ainda mais constrangedor perceber que, **mesmo após o reconhecimento formal destas inúmeras falhas e omissões estatais** na condução das investigações relativas ao caso de homicídio de um nacional, **não houve qualquer esforço do Judiciário brasileiro em dar efetivo cumprimento à sentença**

²¹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional**: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 362.

²¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1351177/PR**. Recurso especial. Processual penal. Art. 68, 1, C/C o Art. 28, 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Arts. 647 e 678 do CPP [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Morival Favoreto. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Data da publicação 18 de abril de 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201202255153>. Acesso em: 15 fev. 2021.

proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. (grifo nosso)

4.1.4 Caso Gomes Lund (Fatos ocorridos entre 1972 e 1975, sentença em 24 de novembro de 2010)²¹⁷

Como reação à ditadura instalada no Brasil, um grupo composto por aproximadamente 70 pessoas, em sua maioria jovens, e integrantes do Partido Comunista Brasileiro, se propôs a lutar contra o regime, e formou uma Guerrilha.

Entre abril de 1972 e janeiro de 1975, um contingente de integrantes das forças armadas brasileira realizou campanhas de informação e repressão contra membros da Guerrilha do Araguaia, recebendo ordens para deter os prisioneiros e sepultar os mortos na selva após a sua identificação.

A Corte reconheceu que o desaparecimento forçado, praticado no contexto de períodos ditatoriais, constitui prática vedada pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que alcançou o caráter de norma de *jus cogens*.

Sublinhou que o Estado, sempre que se deparar com situação desta natureza, deve promover uma investigação de ofício, sem dilação, séria, imparcial e efetiva. Acresceu que para que uma investigação seja efetiva os Estados devem: a) estabelecer um marco normativo adequado, como instrumento para prevenir futuras violações, e b) garantir que obstáculos normativos internos impeçam a investigação e responsabilização dos culpados.

Asseverou que a atuação do sistema legal de justiça brasileiro esbarrou na Lei da Anistia (Lei 6.683/79), que foi reconhecida válida pelo Supremo Tribunal Federal, conforme ADPF 153.²¹⁸²¹⁹

²¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil**. Presidente Diego Garcia-Sayan. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 153/DF**. Lei N. 6.683/79, a chamada "Lei de Anistia". Art. 5º, Caput, III e XXXIII da Constituição do Brasil; Princípio democrático e princípio republicano [...]. Requerente: Conselho Federal da OAB. Relator Min. Eros Grau. Julgamento em 29 de abril de 2010, publicação em 6 de agosto de 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180280/false>. Acesso em: 17 fev. 2021.

²¹⁹ Trecho da ementa da ADPF 153: [...] No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do

Em importante passagem, o Tribunal registrou que “a obrigação de investigar violações de direitos humanos encontra-se dentro das medidas positivas que os Estados devem adotar para garantir os direitos reconhecidos na Convenção.” (§138)

Asseverou, demais disso, que a anistia em relação a crimes que representam graves violações de direitos humanos é incompatível com o Direito Internacional.

Apesar da decisão proferida pela Corte, no sentido admitir a objeção imposta pela anistia como óbice às investigações, a decisão do STF na ADPF 153 permanece produzindo seus efeitos.

Heemann e Paiva noticiam que o Partido Socialismo e Liberdade ingressou com nova ADPF, 320, objetivando fazer prevalecer a orientação firmada pela Corte a respeito da anistia.²²⁰ Os pedidos formulados pelo arguentes são no sentido de que se declare que a lei 6.683, de 1979, de modo geral, não se aplique aos crimes de graves violações de direitos humanos, cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas envolvidas, em tese, com a prática de crimes políticos.

Pedi, ainda, fossem os órgãos do Estado Brasileiro compelidos ao cumprimento integral dos pontos decisórios constantes da conclusão da sentença prolatada pela Corte no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil.²²¹

Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 -- - e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.

(ADPF 153, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/4/2010, DJe-145 DIVULG 5-8-2010 PUBLIC 6-8-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216-01 PP-00011).

²²⁰ HEEMANN, Thimotie Aragon; PAIVA, Caio. op. cit. p. 390.

²²¹ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4574695>. Acesso em 15 de abril 2021.

4.1.5 Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil (Fatos ocorridos a partir de 1989, sentença de 20 de outubro de 2016)²²²

Trata-se de situação de trabalho escravo largamente explorado em uma fazenda no interior do estado do Pará, no município de Sapucaia.

Segundo narra o relatório da sentença proferida pela Corte, os trabalhadores que conseguiam fugir, alegavam ameaças de morte, impedimento de que saíssem livremente, falta de salário ou pagamento de salários ínfimos, endividamento com fazendeiro, falta de moradia, alimentação e condições dignas de saúde.

O Brasil, apesar de ciente de toda a situação não teria adotado providências tendentes a sanar as (graves) irregularidades,²²³ vislumbrando-se demais disso, insensibilidade por parte das instâncias de controle, como notabilizado em passagem narrada, em que dois trabalhadores conseguiram fugir e se deslocar até a Delegacia de Polícia, onde foram orientados a retornar dias depois por conta de não haver Delegado, em razão de se tratar de feriado (§175).

A Corte teceu importantes considerações reconhecendo que, por força do artigo 6º, da CADH, o Estado tem o dever de prevenir e investigar possíveis situações de escravidão, servidão, tráfico de pessoas e de trabalho forçado.

Reconheceu que, dentre outras medidas, o estamento tem o dever de deflagrar espontaneamente a persecução penal, objetivando identificar, julgar e punir os responsáveis, quando exista denúncia ou razão fundadas para crer que pessoas sujeitas à sua jurisdição se encontrem submetidas a uma das situações previstas no artigo 6.1 e 6.2 da Convenção, além de estabelecer um marco jurídico de proteção adequado.

Sublinhou que esta proteção deve ser integral, no sentido de, de um lado prevenir fatores de risco e, de outro, fortalecer as instituições que possam proporcionar uma resposta efetiva.

²²² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Presidente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

²²³ Veja-se o que ficou consignado no §325: A este respeito, no caso concreto, a Corte constatou uma série de falhas e negligência por parte do Estado no sentido de prevenir a ocorrência de servidão, tráfico de pessoas e escravidão em seu território antes do ano 2000, mas também a partir da denúncia concreta realizada pelos adolescentes Antônio Francisco da Silva e José Francisco Furtado de Sousa.

Como se nota, a Corte reconheceu ao Estado um dever de agir, não apenas no sentido de elaborar normas e políticas públicas adequadas ao enfrentamento de situações deste jaez, mas também mediante aparelhamento adequado das instâncias de controle, reforçando, outrossim, tanto as obrigações positivas, quanto as obrigações processuais penais decorrentes dos direitos humanos.

O marco normativo “adequado” a que se refere a Corte, naturalmente reclama uma proteção eficiente, demandando (se for o caso) a atuação drástica do Direito penal, que seja eficaz à proteção contra a escravidão e a servidão.

Com efeito, anela o §322:

A Corte estabeleceu que o dever de prevenção inclui **todas** as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a salvaguarda dos direitos humanos e que assegurem que eventuais violações a estes direitos sejam efetivamente consideradas e tratadas como um fato ilícito o qual, como tal, é suscetível de gerar punições para quem os cometa, bem como a obrigação de indenizar às vítimas por suas consequências prejudiciais. (grifo nosso).²²⁴

Nesta ordem de ideias, a Corte sublinhou que o Brasil, por ser signatário de documentos internacionais que protegem contra a escravidão e suas formas análogas, que constituem inclusive obrigação *erga omnes*, teria o dever de iniciar *ex officio* investigação destinada a apurar eventual irregularidade e que, não obstante, deveria agir com a devida diligência para prevenir que os fatos permanecessem em situação de impunidade (§ 362).

Afirmou que a demora prolongada na conclusão das investigações poderia resultar “violação das garantias judiciais” (§ 369), e que o artigo 25.1 da Convenção estabelece que os Estados devem oferecer a todas as pessoas sob sua jurisdição um recurso judicial efetivo contra atos violadores de direitos fundamentais (§ 391).

O Tribunal asseverou que o instituto da prescrição é incompatível com os crimes ligados à escravidão, que se trata de um delito de Direito Internacional, cuja proibição tem status de *jus cogens*, esclarecendo que

[...] para que o Estado satisfaça o **dever** de garantir adequadamente diversos direitos protegidos na Convenção [...] é necessário que

²²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Presidente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

cumpra seu **dever** de investigar, julgar e, se for o caso punir estes fatos e reparar os danos causados. (grifo nosso).²²⁵

A expressão “dever” foi reiteradamente utilizada no contexto vertente, reforçando o papel do Direito penal (e do Processo Penal) e das obrigações processuais penais, como elementos destinados à tutela dos direitos humanos.

O Estado brasileiro foi condenado a uma série de obrigações, dentre as quais: a) a de assegurar às vítimas e seus familiares o direito de atuar nas etapas investigatórias; b) evitar de recorrer a figuras como anistia ou outro obstáculo processual para escusar-se desta obrigação; e c) reconhecimento da competência da Justiça Federal para processo e julgamento de infrações deste jaez.²²⁶

4.1.6 Caso Favela Nova Brasília (Fatos 18 de outubro de 1994 e 8 de maio de 1995, sentença em 17 fev. 2017)²²⁷

O caso trata de falhas e demoras na investigação e punição de responsáveis por execuções extrajudiciais de vinte e seis pessoas na Favela Nova Brasília, no estado do Rio de Janeiro, pela Polícia Civil carioca.

Na data de 18 de outubro de 1994, Policiais adentraram a Favela e invadiram casas, dispararam contra ocupantes, além de cometer atos de violência sexual contra três jovens. Do ato resultaram treze mortos, dos quais quatro eram crianças.

Em 8 de maio de 1995 um grupo de quatorze Policiais Cíveis realizou nova incursão na Favela, com apoio de helicópteros, com o objetivo de deter um carregamento de armas. Houve troca de tiros e como resultado três policiais foram feridos e treze homens da comunidade foram mortos.

²²⁵ *Id. Ibidem.*

²²⁶ O Estado brasileiro foi condenado pela violação dos artigos 1º (dever de respeitar direitos), 2º (dever de adotar disposições de direito interno), 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (direito à vida), 5º (integridade pessoal), 6º (proibição da escravidão e da servidão), 7º (liberdade pessoal), 8º (garantias judiciais), 19 (direitos das crianças), 22 (direito de circulação e residência), e 25 (proteção judicial), da CADH, consoante anota Mazzuolli, em *Direitos Humanos e sua [...]*, p. 427.

²²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso favela Nova Brasília vs. Brasil**. Presidente Eduardo Mac-Gregor Poisot. Sentença de 16 fev. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 23 fev. 2021.

O expediente destinado a investigar a primeira incursão não avançou entre os anos de 1995 e 2002 (§129), ao passo que o expediente relativo à segunda incursão não foi movimentado com diligência relevante até o ano de 2000 (§173).

No julgamento em questão, a Corte reiterou que os Estados são obrigados a proporcionar às vítimas de violações de direitos humanos, recursos efetivos, e que este dever de “garantir” pressupõe “obrigação positiva de adoção, por parte do Estado, de uma série de condutas, dependendo do direito substantivo específico de que se trate.” (§175).

Reforçou que a obrigação de investigar é uma obrigação de meios e não pode resultar em mera formalidade, sendo necessário que os atores nela envolvidos lancem mão de “meios legais disponíveis” e que ela seja feita em prazo razoável.

Sublinhou a necessidade de que os órgãos encarregados da investigação sejam independentes dos servidores envolvidos no incidente (§187). Asseverou, outrossim, que a falta de independência concreta dos investigadores (a entidade encarregada de conduzir as investigações era a mesma instituição que realizou a incursão do ano de 1994), comprometeu a seriedade da investigação (§206).

A Corte constatou que as investigações foram arquivadas em 2009, em razão do reconhecimento de causa extintiva da punibilidade (prescrição), porém desarquivado em 2013, por força do Relatório de Mérito 141/11, da Comissão Interamericana. O Ministério Público ofereceu denúncia contra os supostos envolvidos, porém em 2016 ainda não havia sido apurada a responsabilidade penal dos envolvidos. Registrou, nesta senda, que

[...] ao analisar o processo como um todo, que se inicia com a investigação dos fatos por parte da polícia do Rio de Janeiro e continua pendente de solução judicial 22 anos depois de ocorridos os fatos, a Corte **conclui que o Estado violou o direito à proteção judicial**, disposto no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos [...] (§239) (grifo nosso).²²⁸

Novamente, no §244, a Corte se refere à punição como ferramenta de salvaguarda dos direitos humanos, ao enfrentar a violência contra a mulher, asseverando que a Convenção obriga os Estados a “utilizar a devida diligência para

²²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso favela Nova Brasília vs. Brasil**. Presidente Eduardo Mac-Gregor Poisot. Sentença de 16 fev. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 23 fev. 2021.

prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher,” no tocante às mulheres que foram vítima de violência sexual pelos policiais.

Assim, o Tribunal concluiu que o Estado deve conduzir eficazmente a investigação “com a devida diligência e em prazo razoável, para identificar, processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis” (§ 292).

O Estado brasileiro foi condenado pela violação dos artigos 1º (dever de respeitar direitos), 8º (garantias judiciais), 11 (direito à honra e à dignidade), artigo 16 (direito à liberdade de associação) e 25 (proteção judicial), da CADH.²²⁹

4.1.7 Caso Herzog (Fato 25 de outubro de 1975, sentença em 15 de março de 2018)²³⁰

Durante a ditadura brasileira, em 25 de outubro de 1975, o jornalista Vladimir Herzog foi detido arbitrariamente, torturado e morto.

Foi um período em que o Governo (do Presidente Geisel) vislumbrava ofensivas do Partido Comunista Brasileiro, pelo que as forças de segurança resolveram neutralizá-lo.

Na data em questão, 25 de outubro, no período da manhã Herzog se apresentou na sede do DOI/CODI (DOI – Departamento de Operações Internas e CODI – Centro de Operações de Defesa Interna) do II Exército de São Paulo, ocasião em que foi privado de liberdade, interrogado e torturado. No período vespertino Herzog foi morto.

Os responsáveis pela prática criminosa foram anistiados pela lei 6.683/79, promulgada ainda no curso da ditadura, pelo General João Baptista Figueiredo.

A Corte concluiu que a morte de Herzog aconteceu como parte de um plano e ataque contra os opositores da ditadura (§241) e portanto deve ser considerado crime contra a humanidade, com *status* de norma imperativa de direito internacional – o que traz como consequência a imposição de que o Estado investigue, julgue e puna os responsáveis.

Relembrando o caso Gomes Lund e outros, reafirmou a incompatibilidade da anistia com crimes contra a humanidade, por constituir obstáculo a que se identifique

²²⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos na jurisprudência internacional**: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 353.

²³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herzog e Outros vs. Brasil**. Presidente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

e puna responsáveis por sua prática (§251). Esta premissa foi lembrada a partir do § 277, com especial destaque para a seguinte passagem:

§279. No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual o Brasil faz parte por decisão soberana, são reiterados os pronunciamentos sobre a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações convencionais dos Estados, quanto se trata de graves violações de direitos humanos. Estes pronunciamentos adquirem ainda mais força em relação aos delitos de direito internacional, pois sua gravidade e dimensão são evidentes.²³¹

Sublinhou que no caso vertente (caso de tortura e assassinato cometido num contexto de violações massivas e sistemáticas de direitos humanos e desaparecidos forçados), a prescrição seria contrária ao Direito Internacional e à CADH (§269).

O Tribunal concluiu, outrossim, que a falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis pelos atos contra Herzog violou direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos os artigos 8.1 e 25.1, da CADH e os artigos 1^a, 6^o e 8^o, da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, por não ter prevenido e punido a Tortura, e artigo 7^o, da Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (§312).

Impende registrar grande avanço da jurisprudência do STJ, no sentido de reconhecer a imprescritibilidade da ação indenizatória por danos morais e materiais decorrentes de atos de perseguição política com violação de direitos fundamentais ocorridos durante o regime militar, conforme verbete sumular 646. O entendimento já vinha sendo adotado desde o julgamento do Resp 816209/RJ, de 2007,²³² e foi reafirmado em texto de súmula no ano 2021.

A despeito da postura refratária do Estado brasileiro, no sentido de acatar os comandos da corte para rever a legislação que concedeu a anistia aos detratores dos direitos humanos no período da ditadura brasileira, há que se reconhecer que, pelo menos no âmbito cível, houve grande avanço, no sentido de se reconhecer a

²³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso favela Nova Brasília vs. Brasil**. Presidente Eduardo Mac-Gregor Poisot. Sentença de 16 fev. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 23 fev. 2021.

²³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 816209/RJ**. Processual civil. Administrativo. Indenização. Reparação de danos materiais e morais. Regime militar. Relator: Min. Luiz Fux, publicado em 3 de setembro de 2007. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=200600229321>. Acesso em: 12 mar. 2021.

imprescritibilidade da tutela indenizatória, resguardando-se a menos a reparação por danos materiais e morais às vítimas.

4.1.8 Caso do Povo Indígena Xucuru e seus Membros vs. Brasil (Fato 1998, sentença de 5 fev. 2018)²³³

O Povo Indígena Xucuru tem referências históricas no século XVI, no estado do Pernambuco, e constitui-se, atualmente, por 2354 famílias. Na terra indígena Xucuru vivem 7726 indígenas, distribuídos em 24 comunidades, numa área de aproximados 27.555 hectares. Além disso, 4000 indígenas vivem fora da terra.

Estas terras são pertencentes à União, que concede posse permanente aos indígenas, e usufruto exclusivo dos recursos nela existentes. O processo de demarcação compreende cinco etapas: identificação e delimitação, declaração, demarcação física, e registro.

Narra a sentença que o processo de demarcação, iniciado em 10 dezembro de 1998²³⁴ contou com várias objeções e questionamento judiciais, tendo sido concluído em 22 de junho de 2005, com a posterior execução da titulação do território, junto ao 1º Registro de Imóveis, em 18 de novembro de 2005. O então chefe do povo Xucuru, Cacique Xicão, foi assassinado em maio de 1998. As investigações identificaram suspeitos. Um deles foi preso e condenado, e morto enquanto cumpria pena, em 2006. Ainda consta que o processo foi marcado por um contexto de insegurança e ameaças, que resultou na morte de vários líderes indígenas da comunidade (§87), incluindo o Cacique Marquinhos, filho do Cacique Xicão, em fevereiro de 2003, além de dois membros do povo Xucuru, que o acompanhavam.

A Corte reputou que houve violação ao prazo razoável do processo administrativo de demarcação, além do que parcialmente ineficaz, o que afetou a segurança jurídica do direito de propriedade do Povo Indígena, vulnerando-se os artigos 1.1 e 8.1, 21 e 25, da CADH.

²³³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do povo indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**. Presidente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 27 abril 2021.

²³⁴ A Corte narra que não dispõe de informações sobre os trâmites do processo administrativo no período compreendido entre 1998 e abril de 2001, mas que em 30 de abril de 2001, o Presidente da República expediu decreto, homologando a demarcação.

4.1.9 Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil (Fato ocorrido em 11 de dezembro de 1988 e sentença de 15 de julho de 2020)²³⁵

O município de Santo Antônio de Jesus/BA situa-se no Recôncavo Baiano, interior da Bahia, cerca de 187 km de Salvador, região marcada, noutros tempos, pela escravidão, mas que, a despeito da abolição da escravatura, vários habitantes ainda se encontram em situação de servidão e em relações trabalhistas informais. O local é conhecido por ser a segunda cidade com maior produção de fogos de artifício do Brasil, muitas das vezes ocorrida em situações clandestinas, precárias, insalubres, e ainda com a utilização de mão de obra infantil.

Pois bem. Os fatos tratam de explosão ocorrida em uma fábrica de fogos de artifício, a “Vardo dos Fogos,” em Santo Antônio de Jesus/BA, da qual resultaram 64 mortes e 6 sobreviventes, entre elas 22 crianças. A fábrica consistia em um conjunto de tendas montadas em área de pasto, não havendo espaço separado para descanso, alimentação e higiene. Grande parte das trabalhadoras eram mulheres, afrodescendentes, vivendo em condição de pobreza, e contratadas informalmente. Labutavam sem equipamentos de proteção individual, treinamento ou capacitação. Não obstante, trabalhavam na fábrica também crianças.

Apurou-se que a fábrica, embora contasse com autorização para funcionar por parte do Ministério do Exército, não tinha sido ainda objeto de fiscalização. Após a explosão, integrante do Exército compareceu ao local e constatou o manejo e armazenamento de explosivos de modo inadequado. A Polícia Civil constatou que a causa determinante da explosão foi a falta de segurança.

Em 12 de abril de 1999, o Ministério Público ofereceu denúncia contra os envolvidos, acusando-os da prática do crime de homicídio. Em outubro de 2010, os réus foram julgados, sendo cinco deles condenados e outros três absolvidos. Em 2018, os condenados impetraram *habeas corpus*, e, em 2019, o Tribunal de Justiça da Bahia declarou extinta a punibilidade de um dos envolvidos, pela prescrição. O Superior

²³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil**. Presidenta Elizabeth Odio Benito. Sentença de 15 de julho de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf. Acesso em: 27 abril 2021.

Tribunal de Justiça, em julgamento dos recursos aviados pelas partes anulou a decisão proferida em sede de apelação, ante a ausência de intimação dos advogados.

No âmbito cível, o Ministério Público moveu ação civil *ex delicto* e celebrado um acordo, homologado pelo Juízo local, em que foi estabelecida uma indenização de aproximadamente R\$ 1.280.000,00 aos prejudicados, o qual, segundo consta foi parcialmente cumprido, resultando novo acordo.

A Corte IDH, ao apreciar a demanda, reafirmou que o direito à vida exerce um papel fundamental na CADH, dela advindo obrigações negativas e positivas, nestas compreendidas as medidas a serem adotadas para proteger e preservar este direito, inclusive “[...] adotar as medidas necessárias para criar uma estrutura normativa adequada que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida.” (§116)

Sublinhou que a Estado tem o dever de regulamentar, supervisionar e fiscalizar a prática de atividades perigosas (§118), e que “as garantias judiciais compreendidas no artigo 8.1 da Convenção estão intimamente vinculadas ao devido processo legal, o qual ‘abrange as condições que se devem cumprir para assegurar a adequada defesa daqueles cujos direitos ou obrigações estão sob consideração judicial’” (§216).

Citando precedente do Tribunal Europeu de Direito Humanos, a Corte IDH sublinhou que “para que a efetividade da sentença seja plena, a execução deve ser completa, perfeita, integral e sem delonga” (§243)

A Corte IDH reconheceu que houve violação aos artigos 1.1, 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 8 (garantias judiciais) 19 (direitos das crianças), 24 (igualdade perante a lei), e 25 (recurso efetivo).

4.1.10 Caso Marcia Barbosa de Souza e familiares²³⁶

Urge sejam apresentadas ainda as conclusões lançadas pela CIDH, no caso Marcia Barbosa de Souza e familiares. Embora ainda esteja em tramitação junto à Corte IDH, trata-se de nova situação em que o Estado brasileiro foi acionado perante o SIDH, em decorrência da morosidade na investigação, processamento e punição de

²³⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Marcia Barbosa de Souza e familiares**. Relatório de mérito 10/19. Disponível em: <https://oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/2019/3.%20BR%2012.263%20Barbosa.docx>. Acesso em 10 de junho de 2021.

responsáveis pela violação de direitos humanos. Aqui, porém, com um dado agregado: a violência de gênero.

Além desta particularidade, a alcunhada imunidade parlamentar – já que o investigado era parlamentar à época dos fatos e o seu processamento dependia, por isso, de autorização da Casa Legislativa –, norma de direito interno, contribuiu ao retardo no andamento do processo.

A vítima Marcia Barbosa de Souza foi encontrada morta nas mediações de João Pessoa, capital da Paraíba, em 18 de julho de 1998. Ao cabo das investigações concluiu-se que o autor do crime teria sido o então deputado estadual, Sr. Aécio Pereira de Lima.

O Relatório da CIDH aponta que o investigado gozava de imunidade parlamentar, conforme anela o artigo 53, da Constituição, que àquela época exigia autorização da Casa Parlamentar respectiva, a Assembleia Legislativa, para a deflagração da persecução penal. O pedido de licença foi encaminhado pelo Ministério Público à Assembleia em outubro de 1998, porém denegado em dezembro do mesmo ano, em decisão não motivada. O pedido foi reiterado no ano seguinte, porém o Poder Legislativo local novamente negou a autorização.

Após alteração legislativa – que passou a dispensar a autorização da Casa Legislativa para o processamento de infrações cometidas por parlamentares, conforme Emenda Constitucional 35/2001 –, já em abril de 2002, os autos do processo foram encaminhados ao Poder Judiciário.

O acusado não foi reeleito ao cargo, perdendo, pois, o foro por prerrogativa. Assim, por deliberação do Tribunal de Justiça, os autos foram remetidos à primeira instância e o réu foi pronunciado, em 25 de julho de 2005. Em setembro de 2007, o Tribunal do Júri condenou o réu a uma pena de 16 anos de reclusão pelos crimes de homicídio e ocultação de cadáver. O acusado obteve o direito de recorrer em liberdade, tendo falecido em fevereiro de 2008, de causas naturais.

A resposta ao crime, no caso vertente, foi dada pelo Estado brasileiro 9 anos, 3 meses e 9 dias após o crime, sem notícias de que o acusado tenha cumprido a pena que lhe foi aplicada.

Na situação, há ainda a agravante de que o crime foi praticado em contexto de violência de gênero. A CIDH reconheceu os avanços normativos ocorridos no Brasil desde então, concluiu não ser possível atribuir responsabilidade ao Estado pela morte,

em decorrência do descumprimento do dever de proteção, à mingua de qualquer indicativo de falha neste sentido, mas asseverou que

§54 A impunidade dos crimes cometidos envia a mensagem de que a violência contra a mulher é tolerada, o que favorece sua perpetuação e a aceitação social do fenômeno, o sentimento e a sensação de insegurança nas mulheres, assim como uma persistente desconfiança destas no sistema de justiça.

A Comissão reconheceu a importância de que as autoridades ajam com determinação e eficácia, com o propósito de repudiar a violência contra a mulher, tendo em vista o dever estatal de erradicar este tipo de violência.

Em diversas passagens, §§57, 59, 61 e 65, a CIDH apontou que uma das causas da morosidade na solução da contenda foi a alcunhada imunidade parlamentar, que, impediu, em ato não fundamentado, o regular processamento do investigado. Em importante trecho do relatório (§57), a Comissão lembrou a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que considerou a imunidade compatível com as normas de direitos humanos, desde que, a) com uma finalidade legítima, e b) que ela seja proporcional.

Como conclusão, a CIDH sinalou que:

§75. Com base nas determinações de fato e de direito, a Comissão Interamericana concluiu que o Estado brasileiro é responsável pela violação dos artigos 5.1 (direito à integridade pessoal), 8.1 (garantias judiciais), 24 (princípio de igualdade e não discriminação) e 25.1 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com relação ao artigo 4 (direito à vida) e com as obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. A Comissão Interamericana concluiu que o Estado é responsável pela violação do artigo 7 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

Ainda, determinou que fossem reabertas a investigação, de maneira diligente, efetiva e dentro de um prazo razoável, objetivando esclarecer os atos de forma completa, e identificar as responsabilidades a respeito do assassinato e atrasos que culminaram na impunidade. Nada obstante, como mecanismo de não repetição, sinalou a necessidade de “assegurar que as decisões dos órgãos respectivos relacionadas com a aplicabilidade de imunidade de altos funcionários em casos concretos sejam devidamente fundamentadas e cumpram com os padrões estabelecidos no presente relatório de mérito.” (§4º, da conclusão)

4.2 Estabelecendo um Denominador Comum: A Jurisprudência da Corte IDH, os Aportes do DIDH, e a Proteção da Vítima por Meio de um Processo Penal Eficiente

Para além de toda a preocupação externada pelo DIDH, com a pessoa humana, a CADH, assevera em seu artigo 1.1, que Os Estados-Partes comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição. Nada obstante, o artigo 25 apregoa que toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais.²³⁷

Fica evidente, outrossim, o dever imposto ao Estado, de não apenas se abster de condutas, mas também de promover meios ao exercício dos direitos e liberdades previstos na CADH, assegurando um recurso adequado às instâncias de controle, objetivando a sua proteção contra atos que violem direitos.

Assim, afora os direitos substanciais, a exemplo do direito à vida, à liberdade, à integridade etc (protegidos tanto *contra*, quanto *pelo* Estado), consagrou-se também o direito ao recurso efetivo, havendo uma “interação entre o âmbito do direito substancial e o domínio do direito processual na proteção devida pelos sistemas [...]”.²³⁸ O recurso efetivo a que se refere a CADH compreende o direito de ser ouvido, o direito a um recurso simples e rápido, o direito a um remédio efetivo e o direito a uma tutela judicial efetiva, objetivando a proteção contra violação a direitos humanos previstos tanto na CADH, quanto no direito interno.

O dever de respeito e proteção é dirigido indistintamente ao Estado, pouco importando a existência de uma divisão interna de competência/atribuição ou Poderes, orientando Executivo, Legislativo, Judiciário, e Ministério Público a atuarem coordenadamente na consecução destes objetivos.

Estas obrigações negativas, positivas e processuais são resguardadas independentemente da fonte das agressões, quer seja o próprio Estado, quer sejam particulares, emergindo, neste último caso, o dever de proteção.

²³⁷ No mesmo sentido está o artigo 8º, da DUDH.

²³⁸ FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. op. cit., p. 100.

E o que há de comum em relação aos julgados analisados no capítulo precedente e que pode contribuir à formatação de um processo penal eficiente, capaz proteger adequadamente a vítima?

O que se nota em todas as demandas apresentadas à Corte IDH– e constatável pelos relatórios anuais da justiça em números, do CNJ – é que o processo penal brasileiro é deveras moroso, incapaz de apresentar uma solução tempestiva, seja ao acusado, seja à vítima e seus familiares. Isto certamente compromete os fins a que se prestam a pena (retributiva, preventiva, de neutralização), de um lado, e a satisfação àqueles que foram atingidos pela prática criminosa, de outro.

Fischer e Pereira asseveram que à conformação de um processo penal justo

[...] afinado e orientado pelos princípios e valores incidentes na equação da dinâmica processual, é necessário que as lentes estejam focadas não apenas nas pautas normativas domésticas, restritas a um dado ordenamento jurídico. O foco deve se ampliar de modo a contemplar as convenções e demais fontes supranacionais que tratam sobre direitos humanos e jurisdição penal.²³⁹

Amado, Gonzáles, Lopes e Rébora lembram que “mudanças estruturais se revelam fundamentais para garantir as vítimas o acesso à Justiça e à participação em todas as etapas do processo, permitindo-lhes a busca de justa reparação”, asseverando que o DIDH é “manancial seguro para este desenvolvimento qualitativo e emancipatório.”²⁴⁰

A leitura sistemática dos julgados referidos, emanados da Corte IDH, que, sublinhe-se, constituem fonte do DIDH, revela uma diretriz bastante elucidativa em torno dos predicados que devem revestir o processo penal, que se espera seja minimamente preocupado com a vítima. Eis as principais conclusões lançadas pela Corte IDH:

a) a obrigação de investigar violações de direitos humanos constitui medida positiva, que deve necessariamente ser adotada pelos Estados, incumbindo-lhe

²³⁹ FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. op. cit., p. 47.

²⁴⁰ AMADO, Fabio; GONZÁLES, Pedro; LOPES, Daniel Lozoya Constant; RÉBORA, Fabián. Os direitos das vítimas ao acesso à justiça, às garantias processuais e à reparação integral à luz do direito internacional dos direitos humanos e da jurisprudência interamericana. *In*: BRASIL. Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro. **Cadernos estratégicos**: análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2018. 330 p. p. 19.

prevenir e igualmente processar e punir violações a direitos humanos (§112, do Caso Garibaldi);

b) o Estado deve iniciar, de ofício e imediatamente, uma investigação séria, capaz de identificar, julgar e punir os responsáveis por violações de direitos humanos (§319, do Caso Fazenda Brasil Verde, §108, do Caso Gomes Lund). No Caso, §220, do Caso Empregados da Fábrica de Fogos, a Corte IDH acrescentou que a investigação deve buscar a determinação da “verdade, a persecução, captura, julgamento e eventual punição dos responsáveis.”

c) a obrigação de investigar é uma obrigação de meios e não de resultado, não se esgotando numa singela formalidade, devendo, ao contrário, revestir-se de seriedade, imparcialidade e eficácia (§148, do Caso Ximenes Lopes, §113, do Caso Garibaldi, §178, do Caso Favela Nova Brasília, §108, do Caso Gomes Lund);

Como se nota, a persecução penal há que ser efetiva, a fim de garantir uma proteção adequada, não se contentando a Corte IDH com investigações meramente formais ou simbólicas.

d) as vítimas e seus familiares têm direito de acesso à Justiça, como instrumento de proteção judicial contra violação de direitos, com o fim não só de buscar uma reparação adequada, mas também conhecer a verdade e ver sancionados os responsáveis (§133, do Caso Garibaldi);

e) aos familiares da vítima falecida devem ser garantidos os direitos de serem ouvidas e de participarem durante o processo de investigação (§179, do Caso Favela Nova Brasília; §332, do Caso Herzog);

f) que obstáculos internos, como o direito doméstico e precárias condições de infraestrutura, não eximem o Estado de responsabilização (§137, do Caso Garibaldi, §292, do Caso Favela Nova Brasília, §109, do Caso Gomes Lund, §220, do Caso Caso Empregados da Fábrica de Fogos).

g) que, além da resolutividade da fase de conhecimento, a efetividade da sentença deve ser plena, e a execução completa, perfeita, integral e sem delongas (§243, do Caso Empregados da Fábrica de Fogos)

De modo sintético, e comentando a jurisprudência das Cortes supranacionais, Fischer e Pereira identificam como características dos procedimentos penais, que devem ser:

a) iniciados de ofício, salvo pelo Poder Judiciário (respeitando-se o princípio máximo do sistema acusatório);

- b) tempestivos e concluídos antes da maturação dos prazos prescricionais;
- c) aprofundados e efetivos;
- d) atuados com diligência;
- e) apropriados e adequados a identificar e penalizar de forma eficiente e eficaz os responsáveis;
- f) como regra geral, transparentes e submetidos a controle público;
- g) orientados a permitir participação da vítima do delito ou de seus familiares;
- h) dispostos de modo a estarem concluídos em tempo razoável;
- i) conduzidos por autoridades independentes e imparciais.²⁴¹

Eis o referencial de eficiência que será adotado para fins do presente trabalho, segundo parâmetros estipulados pela CIDH.

Vale consignar, na esteira do que afirma Ramos, que o Estado incorre em inadimplemento de obrigações convencionais, quando deixa de prevenir e quando deixa de punir violações de direitos humanos,²⁴² sublinhando que no Caso Ximenes vs. Brasil

A corte considerou que houve violação dos direitos da família de Damião, uma vez que, na leitura da corte, os artigos 8º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos concedem o direito de acesso à Justiça por meio do devido processo legal. **Logo, as vítimas de violações de direitos humanos e seus familiares têm sim o direito à verdade e à justiça na esfera penal por meio da investigação e castigo penal dos violadores de direitos humanos.**²⁴³

Digno de registro são as observações feitas pela Corte IDH, nos casos Ximenes Lopes e Gomes Lund, no sentido de que o Estado deve estabelecer um marco normativo adequado para proporcionar a consecução dos objetivos de investigar, processar e punir os responsáveis por violações de direitos humanos.

Não menos importante é a preocupação por ela externada em relação à vítima e seus familiares, reconhecendo que elas passam de sujeitos passivos a titulares de direitos, assegurando-lhes com que as violações sejam perscrutadas independentemente de provocação, e que elas têm direito ao esclarecimento dos fatos, a ver sancionados os responsáveis e igualmente à reparação.

²⁴¹ FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. op. cit., p. 147.

²⁴² RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun., 2005. p. 56.

²⁴³ RAMOS, André de Carvalho. **Reflexões sobre as vitórias do caso Damião Ximenes**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-set-08/reflexoes_vitorias_damiao_ximenes?pagina=3. Acesso em: 28 fev. 2021.

Importa acrescentar que em seu voto em separado, no Caso Ximenes Lopes, o magistrado Cançado Trindade defendeu que os artigos 8 e 25, da CADH estão sob o domínio do *jus cogens*, lamentando que o Tribunal não tenha avançado no sentido de reconhecê-los como tal, conforme se extrai do § 47.

No Caso Gelman vs. Uruguai, entretanto, a Corte IDH reafirmou a característica de norma de *jus cogens*, conforme se vê abaixo:

183 Esta Corte tem destacado que a obrigação estatal de investigar e sancionar as violações de direitos humanos e, se for o caso, julgar e punir os responsáveis adquire particular importância diante da gravidade dos delitos cometidos e da natureza dos direitos violados, especialmente tendo em vista que a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e seu correlativo dever de investigar e punir seus responsáveis há muito alcançaram o caráter de *jus cogens*.²⁴⁴

Estas são as premissas básicas colhidas da Corte IDH em relação às obrigações processuais penais, e que dão um contorno diferente ao processo penal, não apenas como instrumento de defesa do acusado – protegendo-o de eventuais abusos estatais –, mas também como ferramenta de salvaguarda dos direitos da vítima e da sociedade.

Amado, Gonzáles, Lopes e Rébora esclarecem que a Corte IDH sedimentou o entendimento de que a vítima tem direito a medidas de reparação integral, que são assim classificadas: restituição; reabilitação; satisfação; garantias de não repetição; obrigação de investigar os fatos, determinar os perpetradores e, se for o caso, punir; e indenização.²⁴⁵

Aliás, estas medidas estão previstas na Resolução 60/147, que trata sobre os Princípios e Diretrizes Básicos sobre o Direito das Vítimas de Violações Manifestas das Normas Internacionais de Direitos humanos e de Violações Graves do Direito Internacional Humanitário,²⁴⁶ que em seu item IX trata da reparação dos danos

²⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Presidente Diego García-Sayan. Sentença de 24 fev. 2011. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em: 1º de abril de 2021.

²⁴⁵ AMADO, Fabio; GONZÁLES, Pedro; LOPES, Daniel Lozoya Constant; RÉBORA, Fabián. Os direitos das vítimas ao acesso à justiça, às garantias processuais e à reparação integral à luz do direito internacional dos direitos humanos e da jurisprudência interamericana. In: BRASIL. Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro. **Cadernos estratégicos: análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2018. 330 p. 22.

²⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Princípios e diretrizes básicos sobre o direito das vítimas de violações manifestas das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direito internacional humanitário**. Resolução 60/147, da Assembleia Geral, aprovada em

sofridos (artigo 15), da restituição (artigo 19), da indenização (artigo 20), da reabilitação (artigo 21), de satisfação (artigo 22), e das garantias de não repetição (artigo 23).

O documento em questão assevera que “Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia [...],” preocupando-se, para além da tempestividade, que a reparação seja ainda proporcional à gravidade das violações e ao dano sofrido. Há que se garantir à vítima, demais disso, o reestabelecimento da liberdade e o desfrute dos direitos humanos, a identidade, a vida familiar e a cidadania, o regresso ao seu lugar de residência, a reintegração em seu emprego e a devolução de seus bens. A indenização também há de ser proporcional, devendo abranger danos físicos e mentais, a perda de oportunidades, os danos materiais, os prejuízos morais, além dos gastos com assistência jurídica e com peritos, medicamentos, serviços médicos, psicológicos e sociais. A reabilitação deve incluir a atenção médica, psicológica, assim como serviços jurídicos e sociais.

Como medidas de satisfação estão, dentre outras, a necessidade de que cessem as violações, uma declaração oficial ou decisão judicial que restabeleça a dignidade, a reputação e os direitos da vítima e de pessoas a ela vinculadas, uma desculpa pública que inclua o reconhecimento dos feitos e a assunção da responsabilidade, e a aplicação de sanções judiciais ou administrativas aos responsáveis pelas violações.

Por fim, as garantias de não repetição, consistem em providências destinadas a evitar com que as violações se repitam, compreendendo o controle efetivo pelas autoridades, fortalecimento e independência do Poder Judiciário, a proteção dos profissionais do direito, da saúde e da saúde, medidas educativas etc.

Percebe-se que as medidas de reparação não se limitam à esfera patrimonial, até para evitar o paradigma do “dinheiro como remédio universal”, ou a interpretação no sentido de que “a causação de lesões a direitos fundamentais é permitida a todos aqueles que estejam dispostos a pagar o preço correspondente.”²⁴⁷

16 de dezembro de 2005. Disponível em:

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>. Acesso em: 7 fev. 2021.

²⁴⁷ AMADO, Fabio; GONZÁLES, Pedro; LOPES, Daniel Lozoya Constant; RÉBORA, Fabián. Os direitos das vítimas ao acesso à justiça, às garantias processuais e à reparação integral à luz do direito internacional dos direitos humanos e da jurisprudência interamericana. *In*: BRASIL. Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro. **Cadernos estratégicos**: análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2018. 330 p. p. 26.

A propósito

[...] é preciso ter a clareza de que a reparação integral não admite o empobrecimento de qualquer aspecto da vida da vítima e não se perfaz com mera compensação parcial e exclusivamente pecuniária dos danos provocados. Neste sentido, o direito internacional dos direitos humanos e a jurisprudência interamericana nos permitem destacar meios de tutela específica de violações de direitos que assumem os contornos mais distintos a fim de promover o acesso à Justiça, a proteção judicial e a efetiva reparação.²⁴⁸

O que se nota, outrossim, é que a vítima, até então afastada do conflito e desguarnecida (ou quiçá, com um progressivo reconhecimento, por meio de reformas pontuais ao CPP) de proteção no âmbito do direito interno, é reencontrada no DIDH, pela jurisprudência da Corte IDH, e as consequências advindas desta (já não tão) nova interpretação dos direitos humanos, produz sérios impactos no processo penal doméstico.

O Estado passa a se ver contingenciado, em razão da eficácia *erga omnes* das decisões da Corte IDH, a acatar as premissas de um processo eficiente e direcionado à satisfação (também) dos direitos da vítima, envidando esforços no sentido não apenas de aprimorar a legislação interna, mas também de aparelhar as instituições, em busca da adequada satisfação do direito material (penal).

Aliás, veja-se o que ficou consignado pela Corte IDH no julgamento do Caso *Gelman vs. Uruguai*:

§189 A referida obrigação internacional de processar e, em caso de que se determine sua responsabilidade penal, punir os autores de violações de direitos humanos, decorre da obrigação de garantia consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. Esta obrigação implica o dever dos Estados Parte de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos.²⁴⁹

Trata-se de imperativo decorrente da obrigação imposta ao Estado, por todos os seus Poderes, e aqui sobretudo pelos atores da persecução penal, de realizar o controle de convencionalidade, curvando-se à agenda proposta pela CADH, e

²⁴⁸ Id. *Ibidem*. p. 30.

²⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Presidente Diego Garcia-Sayan. Sentença de 24 fev. 2011. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em: 1º de abril de 2021.

implementada pela jurisprudência da Corte IDH. A obrigação de examinar a compatibilidade das normas e procedimentos internos às fontes de direito internacional incumbe às autoridades públicas e não apenas ao Poder Judiciário, conforme assentado no julgamento do Caso Gelman vs. Uruguai (§ 239). A este propósito, sinalam Farias, Mazuolli e Oliveira:

[...] todos os membros do Ministério Público, para que realizem com eficiência o exercício do controle de convencionalidade, devem compreender que a integralidade dos tratados internacionais de que o Brasil é parte, assim como todo o acervo jurisprudencial da Corte IDH, integram a ordem jurídica brasileira e possuem força normativa superior à legislação interna sobre a matéria de persecução penal.²⁵⁰

O controle, como se nota, incumbe a todos os órgãos da persecução penal, devendo os atores zelarem para que o processo penal, lido sob a luz do DIDH, proporcione o exercício de direitos e garantia pelo acusado, e, nada obstante, seja eficaz na concretização de direitos das vítimas de violações.

A omissão estatal de investigar, processar e punir violações a direitos humanos ou a prestação extemporânea da jurisdição penal colocam o Estado em situação de vulneração de direitos humanos, ensejando invariavelmente a sua responsabilização perante a Corte IDH.

Quiroga aponta que a Corte IDH também condena a impunidade, asseverando que todas as formas e situações que a ela conduzem são incompatíveis com a CADH:

Hay diversas formas en que se puede llegar a la impunidad y la Corte las ha condenado todas, declarándolas incompatibles con la Convención Americana. Una es la pasividad del tribunal al que corresponde conocer de un caso de presunta violación al derecho a la vida. Otra es la dictación de leyes de amnistía, declaradas ya por la Comisión Interamericana como violatorias del artículo 1 –que consagra las obligaciones de respetar y garantizar los derechos de la Convención⁶⁶. Una tercera es la aplicación a estos casos de 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 [...] las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir

²⁵⁰ FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; MAZZUOLLI, Valerio de Oliveira; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 109.

derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁵¹

Espera-se, outrossim, que os atores da persecução penal invistam no compromisso de ver aplicadas as disposições do DIDH, realizando o controle de convencionalidade, não apenas sobre as normas domésticas, como também, e sobretudo, sobre as práticas de investigar, processar e punir. Importante rememorar que este controle (de convencionalidade) deve ser feito igualmente à luz da leitura feita pela Corte IDH e da CIDH acerca das obrigações processuais positivas, afinal esta jurisprudência constitui fonte do DIDH.

Necessário, outrossim, a adequação da normativa interna aos estândares de direitos humanos, que implica a adoção de dois tipos de medidas: a) de um lado a supressão de normas e práticas que contrariem as garantias reconhecidas ou obstaculizem o seu exercício, e, de outro, a edição de normas e o desenvolvimento de práticas que possibilitem o pleno exercício destas garantias; e b) prevenindo a recorrência de violações a direitos humanos, por meio de medidas legais, administrativas ou de outra índole.²⁵²

As obrigações decorrentes dos direitos humanos não podem ser concebidas exclusivamente do ponto de vista negativo, como ferramenta destinada a frear a atuação do Estado, resguardando-se as garantias do acusado no processo. É preciso fazer uma leitura mais ampla destas garantias, a fim de delas extrair também a obrigação de uma proteção eficiente, seja por meio da edição de normas, seja pela atuação dos organismos estatais.

A palavra de ordem, neste contexto, talvez seja equilíbrio. Um processo capaz de, num mesmo ambiente, garantir a adequada proteção do acusado, da vítima, e, de igual modo, da sociedade, até porque

[...] o Estado, agindo para cumprir o dever de proteção, não pode tomar medidas que, por seu turno, não estão em conformidade com

²⁵¹ QUIROGA, Cecilia Medina. **Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana**. Disponível em: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/126735>. Acesso em: 28 fev. 2021. p. 26.

²⁵² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. **Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 11 25 enero 2021. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiNyui4p7wAhV1HLkGHXuXDhgQFjAAegQIBBAD&url=http%3A%2F%2Fwww.oas.org%2Fes%2Fcidh%2Finformes%2Fpdfs%2FCompedioobligacionesEstados-es.pdf&usg=AOvVaw2_r_2UotUwchH5o7GFgqJGy. Acesso em: 15 de abril 2021. p. 19.

outras obrigações estipuladas pelo DIDH101. O fato de ele ser obrigado a agir não o libera do dever de respeitar os direitos dos réus, das vítimas ou de qualquer outra pessoa.²⁵³

Como bem observa Wedy,²⁵⁴ a métrica da eficiência não pode se sustentar sob o pilar da maximização da riqueza, que naturalmente “não pode responder adequadamente questões essenciais do Direito Penal (e naturalmente do processo penal) que dizem respeito ao tema da dignidade da pessoa humana.”²⁵⁵ A pessoa humana não pode ser instrumentalizada, em nome de um processo que seja eficiente, desrespeitando-se, por outro lado, garantias, ou, em seus dizeres, deve haver

Uma estrutura que permita a existência de uma função, a proteção subsidiária dos bens jurídicos em casos de extrema necessidade, sempre com respeito à Constituição, mas também de uma finalidade, a justiça que leva até a paz jurídica. Uma estrutura, por fim, que permita alcançar tudo isso, preservando garantias de forma eficiente²⁵⁶.

A CIDH alertou em seu relatório de 2021 sobre a Situação dos direitos humanos no Brasil, que, de acordo com informações recebidas, o principal obstáculo para a superação da impunidade ligada à violência de estado está, dentre outros, na fase investigativa, “devido a um processo penal ineficiente e anacrônico.”²⁵⁷

A este propósito, vale citar o escólio de Scarance Fernandes:

Disso tudo extrai-se que o processo penal não é apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos e ideológicos de uma nação. Espelha, em determinado momento histórico, as diretrizes básicas do sistema político, do país, na eterna busca de equilíbrio na concretização de dois interesses fundamentais: o de assegurar ao Estado mecanismos para atuar o seu poder punitivo e o de garantir ao indivíduo instrumentos para defender os seus direitos e garantias fundamentais e para preservar a sua liberdade.²⁵⁸

²⁵³ PETERKE, Steven (coord.). op. cit., p. 159.

²⁵⁴ WEDY, Miguel Tedesco. eficiência e direito penal. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, n. 24. n. p. abr. 2014, www.eumed.net/rev/cccss/28/dereito-penal.html. Acesso em: 16 abr. 2021.

²⁵⁵ WEDY, Miguel Tedesco. eficiência e direito penal. op. cit. p. 2.

²⁵⁶ Id. *Ibidem*. p. 2.

²⁵⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil**. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 fev. 2021. p. 136 e 137.

²⁵⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 22.

Fischer e Pereira, ao tratar da integralidade da tutela, tanto dos direitos do acusado, quando dos direitos da vítima, sustentam que

[...] o garantismo deva[e] ser compreendido de forma integral, não apenas pelo prisma originário de defesa exclusiva de direitos fundamentais de primeira geração, de imposição de limites de atuação do Estado. A linha defendida nesta obra é traslada de forma mais resumida, para a concatenação a seguir destes postulados com as obrigações penas positivas [...] ²⁵⁹ ²⁶⁰

Não há que se confundir eficiência com celeridade, afinal, “o processo não tem que ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional”. Aliás, como bem lembra Diddier: “É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam celeridade como valor. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém que se sinta saudade deles.”²⁶¹

Esta compreensão mais abrangente do processo, retira a vítima de uma posição de neutralidade, na qual ela se manteve desde a Idade Média até os primeiros anos do pós-2ª Guerra, rememorando-a como titular do direito a uma prestação jurisdicional, que lhe dê uma resposta adequada, quanto à violação sofrida. Trata-se de providência que, ademais, evita a indesejada vitimização secundária, decorrente dos perniciosos efeitos do contato da vítima com as instâncias formais de controle, contribuindo para que recupere algo que perdeu, ao sofrer as agruras de uma infração penal.

E qual o fundamento de se alçar a vítima ao protagonismo? A esta pergunta, responde Ramos:

Não é vingança ou retribuição, mas sim o desejo de implementação dos direitos humanos como vetor de tolerância e respeito, uma vez

²⁵⁹ FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. op. cit., p. 25.

²⁶⁰ Em resumida síntese, o garantismo a que se referem os autores, advém da doutrina de Ferrajoli, que apregoa um modelo-limite, orientado pelos seguintes axiomas ou princípios axiomáticos: a) princípio da retributividade ou consequencialidade da pena em relação ao delito; b) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; c) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; d) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento, e) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; f) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; g) princípio da jurisdicioriedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; h) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; i) princípio do ônus da prova ou da verificação; j) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade, conforme **Direito e Razão**, p. 91.

²⁶¹ DIDDIER JUNIOR. Fredie. **Curso de direito processual civil**. 15. ed. Salvador: Juspodvm, 2013. p. 69.

que a tutela penal dos direitos humanos aplica-se diretamente no cotidiano de pessoas vulneráveis a inúmeros abusos e violações.²⁶²

E prossegue o autor, noutra passagem, ao comentar a jurisprudência da Corte IDH:

A corte não considera tal direito um retorno a teses antigas de ‘vendeta’ ou vingança pessoal, inadmissíveis no processo penal contemporâneo, mas tão-somente um direito estencial à dignidade dos vivos e dos mortos (Caso Bámaca Velásquez) e que impede a repetição de tais condutas odiosas (garantia de não-repetição).²⁶³

Importa consignar, a propósito, que a adequação da normativa interna aos estândares de direitos humanos, reclama a adoção de providências internas “legales, administrativas o de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro”²⁶⁴, como garantia de não-repetição.

Sobre o aparelhamento das instituições, há uma necessidade premente de que o Estado invista não apenas no aspecto quantitativo, municiando-as de pessoal e ferramentas adequadas para promover as investigações, por meio de recursos tecnológicos, mas sobretudo no aspecto qualitativo, por meio de capacitação de seus agentes, além de proporcionar-lhes adequadas condições de trabalho, afinal isto impacta na melhoria da segurança dos cidadãos e cidadãs, conforme asseverou a CIDH:

[...] as políticas públicas devem prever condições de trabalho dos funcionários públicos, como policiais e outros agentes encarregados da segurança cidadã, de forma a evitar que estes trabalhem sob condições de estresse e de risco, de maneira que se destaca o vínculo estrito entre a melhoria em suas condições de trabalho e a melhoria na segurança das cidadãs e cidadãos.²⁶⁵

²⁶² RAMOS, Andre de Carvalho. 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**. v. 62. p. 9, set. 2006.

²⁶³ RAMOS, André de Carvalho. Reflexões sobre as vitórias do caso Damião Ximenes. **Revista Consultor Jurídico**, n. p. 8 set. 2006. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-set-08/reflexoes_vitorias_damiao_ximenes?pagina=3. Acesso em: 28 fev. 2021.

²⁶⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. **Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos**. OEA/Ser.LV/II. Doc. 11 25 enero 2021. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiNyuif4p7wAhV1HLkGHXuXDhgQFjAAegQIBBAD&url=http%3A%2F%2Fwww.oas.org%2Fes%2Fcidh%2Finformes%2Fpdfs%2FCompedioobligacionesEstados-es.pdf&usg=AOvVaw2_r_2UotUwcH5o7GFgqJGy. Acesso em: 15 de abril 2021. p. 19.

²⁶⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil**. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 fev. 2021. p. 114-115.

Aliás,

[...] la obligación de garantía queda traducida en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato del poder público para garantizar el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos reconocidos en los instrumentos interamericanos una vez que entran en vigor para el Estado parte.²⁶⁶

Portanto, o que se propõe é que as instâncias de controle voltem as suas preocupações à vítima de violação de direitos humanos, garantindo-lhe um processo eficiente, que atenda a todas as diretrizes propostas pela CIDH. Com isso, não se está a afirmar, que isto fique bem registrado, a necessidade de ampliação dos mecanismos de participação da vítima no processo, mas garantir a funcionalidade das ferramentas já existentes, assegurando-lhes direitos humanos elementares.

4.2.1 Os Problemas Causados pela Impunidade

Em seu relatório de 2021 sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, a Corte IDH dedicou um tópico inteiro a tratar da impunidade, relacionando-a à denegação da justiça. É a dura realidade do Brasil, conforme se constata pelos números apresentados no capítulo terceiro supra, e que traz graves consequências, que vão desde o descrédito das instituições, ao temor generalizado que se vivencia nos grandes centros urbanos, em decorrência da atuação nefasta da criminalidade. Apenas para que se tenha uma noção, o Atlas da Violência aponta que no ano de 2018 o Brasil registrou cerca de 57.956 homicídios.²⁶⁷

A CIDH sublinhou que a impunidade em relação às violações de direitos humanos impacta na avaliação da qualidade da democracia, do estado de direito e no crescimento de um sentimento de descrença nas instituições de segurança e justiça, afirmando “[...] ser necessário que os Estados tenham o enfrentamento à impunidade

²⁶⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. **Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 11 25 enero 2021. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiNyuif4p7wAhV1HLkGHXuXDhgQFjAAegQIBBAD&url=http%3A%2F%2Fwww.oas.org%2Fes%2Fcidh%2Finformes%2Fpdfs%2FCompedioobligacionesEstados-es.pdf&usg=AOvVaw2_r_2UotUwcH5o7GFgqJGy. Acesso em: 15 de abril 2021. p. 19.

²⁶⁷ Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>. Acesso em: 11 abr. 2021.

em relação a violações de direitos humanos como um eixo central de sua agenda política.”²⁶⁸

Estudo realizado em penitenciárias paranaenses revelou que presos envolvidos com crimes econômicos, assim classificados como capazes de oferecer um retorno financeiro ao criminoso, “[...] não consideram eficientes as atividades policiais, a legislação vigente e o sistema de justiça,”²⁶⁹ e que “nutrem um descrédito no funcionamento da justiça, seja pela “lentidão, falta de informações sobre os processos, a demora na revisão dos processos, a falta de assistência social e jurídica e a inadequação das instalações (sistema prisional) [...]”²⁷⁰

Sem pretender um exame mais amíúde acerca das finalidades da pena, mas a pesquisa confirmou

[...] a teoria da escolha racional do agente criminoso, que avalia os custos e benefícios decorrentes de suas atividades ilícitas. Portanto, o ato de delinquir trata-se de uma decisão individual tomada racionalmente (com ou sem influências de terceiros), em face da percepção de custos e benefícios, assim como os indivíduos fazem em relação a outras decisões de natureza econômica.²⁷¹

Assim, parece evidente que a garantia de não-repetição, medida esta de reparação à vítima, certamente é alcançada com base na eficiência do sistema de justiça como um todo, e sobretudo do processo penal. A CIDH chega a afirmar que investigar e responsabilizar os causadores de violações a direitos humanos transcende o direito individual das vítimas e de seus familiares à justiça e à verdade, transformando-se em fator responsável por inibir repetições indesejadas.²⁷²

Aliás, Fischer e Valdez asseveram que compreensão principal que impulsiona o reconhecimento pelo direito internacional da necessidade de investigar, processar e

²⁶⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 fev. 2021. p. 132.

²⁶⁹ BORILLI, Salete; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. **Economia do Crime**: estudo de casos nas penitenciárias paranaenses. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/ppge/giacomo/wp-content/uploads/2019/03/Economia-do-Crime-Estudo-de-Casos-nas-Penitenci%C3%A1rias-Paranaenses.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2021. p. 27.

²⁷⁰ Id. *ibidem*. p. 25.

²⁷¹ BORILLI, Salete; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. **Economia do Crime**: estudo de casos nas penitenciárias paranaenses. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/ppge/giacomo/wp-content/uploads/2019/03/Economia-do-Crime-Estudo-de-Casos-nas-Penitenci%C3%A1rias-Paranaenses.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2021. p. 1.

²⁷² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil**. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 fev. 2021. p. 132.

punir repousa na “consciência da eficácia preventiva ínsita ao acerto dos fatos e punição dos autores, que se constitui em importante medida dissuasória.”²⁷³

Cabe trazer à colação a ilustrada ponderação de Barroso:

Nenhum ramo do Direito mexe com as paixões humanas como o direito penal. É inevitável que seja assim. A liberdade é um dos valores e bens jurídicos mais valiosos na existência de qualquer pessoa. O poder de restringi-la, por isso mesmo, deve ser cercado de todas as cautelas. Poucas áreas da atuação estatal são mais passíveis de abuso do que o poder de punir. Aliás, em grande medida, a história da humanidade tem sido a imposição de limites ao poder punitivo do Estado. Por outro lado, **a proteção deficiente de valores e bens jurídicos relevantes, bem como a impunidade, atrasam o poder civilizatório dos povos.** O equilíbrio entre os direitos fundamentais dos acusados e os interesses legítimos da sociedade é delicado e complexo, sobretudo nos países em desenvolvimento.²⁷⁴ (grifo nosso).

Importa consignar, mais uma vez, observação feita pela CIDH acerca da impunidade, que “[...] produz uma ação amedrontadora nas pessoas, que passam a não denunciar os crimes sofridos e a continuar experimentando ciclos de violência e manutenção de organizações criminosas.”²⁷⁵

Não se está a pretender, repita-se, uma utilização indiscriminada do Direito penal, tampouco o aniquilamento das garantias processuais fundamentais, em nome de uma resposta à criminalidade abstratamente considerada, mas compreender a seriedade com que se deve enfrentá-la, em busca da concretização dos direitos humanos.

4.3 A Crítica Formulada à Doutrina do “Neopunitivismo”

Importante sublinhar que as ideias aqui defendidas, refletem uma construção da Corte IDH, e de sorte da CIDH, a partir da interpretação da DUDH, PIDCP e da CADH. A jurisprudência que se consolidou no âmbito da Corte IDH, acerca das

²⁷³ FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 23.

²⁷⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Sem data venia**: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 185.

²⁷⁵ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Situação dos direitos humanos no Brasil**. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 fev. 2021. p. 131.

obrigações processuais positivas, é alvo de críticas doutrinárias, que anunciaremos brevemente, buscando contrapor os principais argumentos.

Em estudo publicado pela Universidad de Barcelona,²⁷⁶ Daniel R. Pastor tece críticas ao que ele chama de “neopunitivismo,” associando-o ao desprestígio dos direitos humanos. Sustenta o autor que o direito penal liberal, guiado por uma política criminal de asseguramento dos direitos individuais do acusado, passou a um direito penal desprovido de limites e controles, orientado exclusivamente ao combate à criminalidade, como uma cruzada contra o mal, marcado pela desumanização e pelo crescente recrudescimento sancionador.

Acrescenta o autor que este neopunitivismo trabalha com a expansão do direito penal, com a criação de tipos penais, gerando o que se denomina de inflação legislativa ou hipertrofia do direito penal, que se funda “en la consideración simbólica del derecho penal como remedio exclusivo para todos los males sociales,”²⁷⁷ sublinhando que uma política criminal que se orienta com base nestes critérios acaba se valendo de instrumentos inconstitucionais para a realização do direito material.

Assim, prossegue afirmando que esta visão do poder punitivo inspira o chamado “derecho penal de los derechos Humanos,” que acredita que a reparação à violação dos direitos humanos se obtém primordialmente por meio do castigo penal, que deve ser alcançado sem controles e ilimitadamente, especialmente “con desprecio por los derechos fundamentales.”²⁷⁸

Retomando à origem histórica dos direitos humanos, Pastor revisita ideário Iluminista que inspirou o Estado de Direito, como decorrente de um poder limitado, não mais absoluto como no *Ancien Régime*, concluindo que “los derechos humanos estaban concebidos exclusivamente para evitar la aplicación (abusiva) del derecho penal, nunca para reclamar su aplicación (legítima o ilegítima)”.²⁷⁹

Acrescenta que a visão neopunitivista se decompõe em três sequências analíticas: a desatualizada ideia de um direito constitucional ao castigo penal, um

²⁷⁶ PASTOR, Daniel R. **La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos**. Disponível em: http://www.ub.edu/ospdh/sites/default/files/documents/actes/texto_2005d_pastor.pdf. Acesso em: 2 mar. 2021.

²⁷⁷ Id. *Ibidem*. p. 75.

²⁷⁸ PASTOR, Daniel R. op. cit. p. 79.

²⁷⁹ Id. *Ibidem*. p. 83.

estado de ânimo irracionalmente propenso a outorgar satisfação punitiva à vítima e o insensato repúdio absoluto a toda solução que não seja penalmente condenatória.

Ao fundamentar o seu posicionamento, o autor afirma que o garantismo se perdeu diante da perspectiva de que o direito penal seria (ou poderia ser) a Magna Carta da Vítima, afinal a lógica é concebê-lo como a Magna Carta do Delinquente. Assevera que não é apenas com a incriminação e o castigo que se exerce o poder penal, e, ademais, que

En efecto, decir que la Constitución o los grandes pactos de derechos humanos establecen una obligación de punir las lesiones de los bienes e intereses por ellos tutelados es lo mismo que no decir nada, pues las constituciones actuales y especialmente los tratados internacionales de derechos humanos contienen una regulación tan detallada de derechos que procesar penalmente sus violaciones haría nacer una sociedad punitiva total en la cual la mayoría de la población estaría envuelta en el desarrollo de las tareas penales.²⁸⁰

Pois bem. A afirmação de que os direitos humanos também se ocupam (e se preocupa) da vítima constitui premissa absolutamente verdadeira, capaz de ser extraída da própria historicidade destes direitos. Aliás, ao compulsar o contexto de edição dos documentos internacionais e as razões invocadas nos preâmbulos respectivos, vemos que a pessoa humana é o seu objeto de proteção, notadamente enquanto vítima de violações de direitos humanos.

Com isto, não se está a afirmar que a única ferramenta à disposição do Estado capaz de implementar a sua proteção seja o Direito penal. Reconhece-se que a intervenção do Direito penal é fragmentária, devendo constituir a *ultima ratio*, dadas as nefastas consequências que traz às liberdades individuais. No entanto, não se pode negar que a sua utilização é, nalgumas situações, indispensável.

A este propósito, a CIDH registra inclusive que o Estado tem “El deber de adoptar disposiciones de derecho interno ha implicado, en ciertas ocasiones, la obligación por parte de los Estados de tipificar penalmente determinadas conductas.” (p. 19) A atuação do direito penal (internacional) é reafirmada no Estatuto de Roma, promulgado pelo Decreto 4.388, de 2002, que, reconhecendo a gravidade de determinadas condutas, que constituem ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade, destaca “dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal

²⁸⁰ Id. *Ibidem*. p. 93.

sobre os responsáveis por crimes internacionais,” estabelecendo ainda situação de imprescritibilidade (conforme artigo 29).

O critério que se utiliza para a adoção do Direito penal é justamente a proporcionalidade. Se o DIDH e/ou a Constituição miram no sentido de reconhecer (democraticamente) a magnitude de um direito, alçando-o a um direito humano ou fundamental, o legislador ordinário deve guiar-se por esta diretriz, não podendo utilizar uma ferramenta débil.

A singela positivação destes direitos em documentos internacionais e na Constituição reveste-se de um importante significado. Trata-se de uma política com importantes consequências, até em decorrência da reconhecida força normativa destas.²⁸¹ Rocha adverte, inclusive, que “[...] a Constituição é lei. Ela não é aviso, não é cartilha, não é proposta. A Constituição é uma lei com qualificação especial, da qual decorrem todas as outras”.²⁸² O mesmo se diz em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, com muito mais razão.²⁸³

Importante acrescentar um dado de somenos importância, colhido a partir do perfil das vítimas de violações de direitos humanos que acorrerem ao Sistema Regional Americano (acionado apenas a partir do esgotamento das vias internas), e dos agressores, assim apontados: as primeiras, geralmente integrantes de grupos não-dominantes e em situação de vulnerabilidade e os segundos, em sua grande maioria, com alto poderio político, social e/ou econômico, demonstrando o quanto é falho e seletivo o sistema de justiça brasileiro.

O Direito penal certamente não é o único recurso à disposição do legislador na salvaguarda dos direitos humanos. Mas diante de uma grave lesão a um bem jurídico de destacada importância, não se pode esperar que o Direito Administrativo, com as

²⁸¹ À Constituição emprestou-se força normativa. Ocupa ela o epicentro da ordem jurídica, à qual todas as demais regras devem obediência e conformação. A centralidade da Constituição reafirma a sua supremacia em relação às demais normas. Hesse verbera que: “Conteúdos que são realizados em contradição com elas [normas constitucionais] também não podem, por isso ser ‘realidade constitucional’, isto é, Constituição realizada, em todo o caso, então não, se o conceito deve conter mais que uma irreflexão”. (HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Alemã. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998. p. 51).

²⁸² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 252, p. 15-24, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7953/6819>>. Acesso em: 28 de dez. de 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v252.2009.7953>. p. 16.

²⁸³ A propósito, vide item 2.2 supra.

suas restrições e o exercício do poder de polícia, ou o Direito Civil, com a tutela inibitória ou ressarcitória, possam servir a cessar ou evitar agressão.

A utilização do direito penal, como bem observa Wedy, deve atender ao critério da eficiência, sob “o fundamento da relação onto-antropológica de cuidado de perigo, a função de proteção subsidiária e fragmentária dos bens jurídicos mais relevantes e a finalidade de realização da justiça e da paz jurídica”²⁸⁴.

Pastor remonta à ideia dos direitos humanos, enquanto direitos de proteção contra a prepotência estatal, como limitador à intervenção nas liberdades individuais. Não se pode olvidar, entretanto, o percurso histórico dos direitos humanos. A primeira dimensão de direitos humanos foi complementada pela segunda (dimensão dos direitos humanos), e o papel do Estado na tutela destes é absolutamente diversa.

Não se pode cometer o equívoco de conceber o direito humanos com uma visão reducionista, compreendendo-os apenas como as obrigações negativas, visão fragmentária. Um Estado que só se abstém também incorre em flagrantes violações de direitos humanos. Espera-se mais dele do que a lógica do liberalismo.

Assim, a proibição de excesso, quiçá representada por um Direito penal máximo, é tão indesejada quanto a proibição da proteção deficiente. A visão unidirecional dos direitos humanos, enquanto uma carapaça protetora contra a indevida intervenção do Estado, implicaria ignorar a dimensão subsequente (do ponto de vista cronológico) dos direitos humanos.

Não se pretende por óbvio, expandir o Direito penal, conduzindo-o a um Direito penal máximo. Reconhecemos que o Poder Legislativo por vezes ignora os comandos advindos da proporcionalidade, e, impulsionado por acontecimentos sociais ou mesmo pela opinião pública, edita normas que vulneram a proibição do excesso.

É o conhecido caso do artigo 273, do CP, com a redação dada pela lei 9.677, de 1998, que estabeleceu uma pena de reclusão de 10 a 15 anos, e multa para os crimes ali previstos. A pena anterior do crime era de 1 a 3 anos. A norma em questão foi editada após a empresa Schering do Brasil produzir um lote do fármaco *Micrvlar*, um anticoncepcional, de conteúdo totalmente ineficaz. Após o consumo do medicamento adulterado, várias mulheres engravidaram o que resultou em diversas ações propostas contra a empresa Schering.

²⁸⁴ WEDY, Miguel Tedesco. eficiencia e direito penal. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, n. 24. n. p. abr. 2014, www.eumed.net/rev/cccss/28/dereito-penal.html. Acesso em: 16 abr. 2021. p. 3.

Guimarães lembra que

O *casuísmo*, concebido aqui como o envolvimento *emocional* da população acerca de fatos ocorridos e divulgados, num determinado momento histórico, foi um fator determinante para a edição de muitas normas, inclusive penais.²⁸⁵

O mesmo se diz em relação a outras normas penais, como por exemplo a Lei dos Crimes Hediondos, a lei 8.072, de 1990.

O que se nota é que, para além da inflação legislativa, há flagrante desproporcionalidade da pena cominada à infração (chamada por Guimarães de descalibragem), o que se infere, por exemplo, de sua comparação com o preceito secundário vazado no artigo 33, da Lei de Drogas, a lei 11.343, de 2006, que comina uma pena de 5 a 15 anos, e multa, ao crime de tráfico.

Valendo-se do argumento da proporcionalidade, o STJ assim se pronunciou a respeito do dispositivo:

HABEAS CORPUS. CRIME DE FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS (ART. 273, § 1º-B, V, DO CP). MITIGAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. OBSERVÂNCIA. ARGUIÇÃO DE INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACOLHIMENTO. SUBMISSÃO À APRECIÇÃO DA CORTE ESPECIAL. SÚMULA VINCULANTE 10/STF.

1. A aplicação da pena prevista para o delito inscrito no art. 273, § 1º-B, do Código Penal mostra-se excessivamente desproporcional, contudo, para que a Sexta Turma afaste a incidência do preceito secundário da norma, cumpre antes, em respeito à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF) e tendo em consideração o disposto na Súmula Vinculante 10/STF, a declaração exposta da Corte Especial acerca da sua eventual inconstitucionalidade.

2. Acolhimento da arguição de inconstitucionalidade, com a devida remessa dos autos à Corte Especial, conforme a previsão dos arts. 97 da Constituição Federal, 480 e 481 do Código de Processo Civil e 200 do RISTJ, para que julgue o incidente.²⁸⁶

²⁸⁵ GUIMARÃES, Luiz Paulo Cotrim. **Penas descalibradas e leis nascidas do casuísmo exigem malabarismo dos juizes**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-17/cotrim-guimaraes-penas-descalibradas-exigem-malabarismo-juizes>. Acesso em: 2 mar. 2021.

²⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 239.363-PR**. *Habeas corpus*. Crime de falsificação, corrupção, adulteração [...]. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 18 de outubro de 2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=11880>

Cumprе salientar, demais disso, que, em 24 de março de 2021, o STF, ao enfrentar a questão, no RE 979962, ao julgar mérito de tema com repercussão geral, fixou a seguinte tese:

É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 9.677/98 (reclusão, de 10 a 15 anos, e multa), à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica reprimado o preceito secundário do art. 273, na redação originária (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa).²⁸⁷

O sítio do STF noticia que “a maioria do Plenário concordou com a **desproporcionalidade** da pena para a conduta tipificada no dispositivo, equiparável à punição de crimes como estupro de vulnerável, extorsão mediante sequestro e tortura seguida de morte”.²⁸⁸ (grifo nosso)

Esta indevida expansão do direito penal é criticada também por Oliveira:

No âmbito do direito penal e processual penal, por exemplo, fala-se em expansão das leis penais e no surgimento de um direito penal simbólico correlato. Isso porque, a insuficiência dos meios estatais para conter os problemas advindos da violência e da criminalidade são argumentos pressupostos para uma intensa atividade legislativa no sentido da construção de tipos penais voltados para proteção de bens jurídicos que escapam ao núcleo daqueles bens classicamente aparados pela tutela penal. Assim se segue um avanço de um processo criminalizador em relação a um grande número de condutas para cumprir apenas um efeito meramente ‘simbólico’.²⁸⁹

A crítica é comungada também por Greco, que assevera que o Direito penal brasileiro é bastante seletivo, escolhendo os comportamentos que deverão ser proibidos ou impostos e ainda quem deverá cumprir a pena aplicada, “razão pela qual

[70&num_registro=201200764901&data=20121218&peticao_numero=-1&formato=PDF](http://portal.stf.jus.br/registros/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462939&ori=1). Acesso em: 2 mar. 2021.

²⁸⁷ STF declara inconstitucional pena de 10 a 15 anos para importação de medicamento sem registro sanitário. <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462939&ori=1>. Acesso em: 25 mar. 2021.

²⁸⁸ STF declara inconstitucional pena de 10 a 15 anos para importação de medicamento sem registro sanitário. <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462939&ori=1>. Acesso em: 25 mar. 2021.

²⁸⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 75.

devemos reduzir ao máximo o número de infrações penais, a fim de torna-lo o mais justo possível.”²⁹⁰

Vale gizar que, independentemente de eventual expansão do Direito penal, e aqui não se está a propor com que se criem tipos penais, talvez seja mesmo o caso de reduzi-los, o que se pretende é fazer o que os mecanismos que se tem à disposição do Estado funcionem. Nada de criar delitos, mas garantir a otimização dos direitos humanos, com os instrumentos que já existem, proporcionando, ao revés, que o Direito e o processo penal efetivamente possam agir.

Esta providência revela-se indispensável como forma de garantia de não-repetição, eis que a obrigação de adequar a normativa interna aos estândares de direitos humanos encerra também a obrigação de adoção de medidas “[...] para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro,”²⁹¹ rompendo o ciclo da impunidade, que traduz efetiva proteção, sobretudo aos grupos vulneráveis, vítimas de grande parte das violações de direitos humanos.

E mais: que funcionem, sem que haja cerceamento de (sagrados) direitos e garantias processuais. Não se está a sugerir o abreviamento de ritos ou mesmo de formalidades processuais, que sejam realmente importantes ao exercício do direito de defesa.

Aliás, sobre eventual “desprecio por los derechos fundamentales” a que se refere Pastor, cumpre argumentar que “não se pretende exclusão ou minimização dos direitos fundamentais de primeira geração, mas que eles são apenas uma engrenagem num sistema que contempla inúmeros outros valores, princípios e obrigações”.²⁹²

Acerca das sequências analíticas propostas por Pastor, necessário esclarecer que não há, de fato, um “direito constitucional ao castigo penal,” tampouco um “ânimo irracionalmente propenso a outorgar satisfação punitiva à vítima,” Há, ao contrário, um dever de punir do Estado. O Estado centrou em si a realização da justiça, vedando o

²⁹⁰ GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito penal. 6 ed. Niteroi/RJ: Impetus, 2011. P. 159.

²⁹¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. **Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 11 25 enero 2021. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiNyuif4p7wAhV1HLkGHXuXDhgQFjAAegQIBBAD&url=http%3A%2F%2Fwww.oas.org%2Fes%2Fcidh%2Finformes%2Fpdfs%2FCompedioobligacionesEstados-es.pdf&usg=AOvVaw2_r_2UotUwch5o7GFgqJGy. Acesso em: 15 de abril 2021. p. 19.

²⁹² FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez., op. cit., p. 30.

exercício arbitrário das próprias razões e justamente por este motivo deve dar uma resposta adequada a uma violação de direitos. Se a Constituição limitou a pretensão punitiva e estabeleceu mandatos de criminalização, determinando a intervenção do Direito penal, é porque reconheceu a existência deste poder-dever de punir (não se limita o que não existe!).

Não se está, demais disso, entregando uma “satisfação” punitiva à vítima. O dever é do Estado, revelando, por outra via, a existência de um direito à vítima de ver realizado o direito material. Esta realização, entretanto, não se confunde com a vingança privada, senão a plena realização dos direitos humanos, buscando-se a reparação integral do ofendido, que pressupõe a reparação dos danos sofridos, a restituição, a indenização, a reabilitação, a satisfação, e a garantia de não repetição.

Também não se está a repudiar soluções que não sejam penalmente condenatórias. A pena privativa de liberdade há muito deixou de ser a medida de excelência do Direito penal. O Código tem admitido a substituição desta pena pela restritiva de direitos nas hipóteses do artigo 44, que contempla uma enorme gama de infrações penais, às quais, por questões de política criminal, talvez não se revele necessário o encarceramento. De toda forma, a resposta Estatal, tempestiva e adequada, ainda que por via diversa da prisão, é absolutamente necessária.

Reconhecemos a crise do sistema carcerário nacional, o que, entretanto, não pode constituir óbices à plena efetivação do Direito penal. É importante, na linha do que já reconhecido pelo STF, que o Estado invista no aparelhamento da execução penal, melhorando a qualidade de vida dos custodiados. E esta ideia, em nada contrasta com a satisfação dos interesses da vítima no processo penal e do que representa o fim da impunidade para uma cultura de direitos humanos. É perfeitamente possível com que convivam num mesmo ambiente, e com a mesma dignidade, réu (e eventualmente reeducando) e vítima.

A propósito, no julgamento da medida cautelar da ADPF 347, o Min. Marco Aurélio, após tecer duras críticas ao sistema prisional pátrio, sublinhou que a impopularidade dos presos faz com que a classe política simplesmente se desinteresse pela causa, sublinhando que

É difícil imaginar candidatos que tenham como bandeira de campanha a defesa da dignidade dos presos. A rejeição popular faz com que a matéria relativa à melhoria do sistema prisional enfrente o que os cientistas políticos chamam de ‘ponto cego legislativo’ (*legislative blindspot*): o debate parlamentar não a alcança. Legisladores e

e na prisão começam a cursar a escola do crime, unindo-se a quadrilhas e facções. Há um genocídio brasileiro de jovens pobres e negros, imersos na violência desse sistema.²⁹⁷

A realidade, nos dizeres do Ministro, revela o fracasso da política atual, que gera um ciclo de violência que se retroalimenta: o mercado ilícito, a violência gerada por disputas territoriais e econômicas ligadas ao tráfico, a prisão, o retorno ao convívio social, o regresso à criminalidade etc.

Os dados demonstram, ainda, o alto custo da utilização do Estado Penal com a repressão do tráfico, conjugado com a informação levantada pelo Ministro, de que houve vertiginoso aumento das taxas de encarceramento desde a edição da Lei, em 2006, passando de 9% a 27%.

Não se está aqui, obviamente, a propor a revogação da Lei de Drogas. Reconhecemos, inclusive, a existência de um mandato de criminalização em relação ao tráfico (e não à posse para consumo pessoal), consoante anela o artigo 5º, XLIII, da CF, e a necessidade de uma repressão adequada deste tipo de criminalidade, porém há que se repensar a política de enfrentamento do tema, orientada pela própria eficiência do Direito Penal, sob o enfoque da relação onto-antropológica.

As informações coletadas revelam, porém, o quanto se dispense de energia e recursos na punição destas e de outras infrações, deixando-se de lado violações nefastas aos direitos humanos.

²⁹⁷ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em: 15 abril 021

5 CONCLUSÃO

O Direito penal (incluindo o processo penal) e a criminologia deixaram a vítima ao largo de seu âmbito de proteção e preocupação por um espaço de tempo compreendido entre a Idade Média e a 2ª Grande Guerra Mundial.

Com a publicização do processo, ocasião em que se entregou ao Estado o monopólio da jurisdição e a institucionalização da vingança (pública), que posteriormente sofreu o influxo dos ideários Iluministas, do século XVIII, a pena foi humanizada, e sentiu-se a necessidade de afastamento da vítima do conflito, a fim de garantir a serena aplicação do direito material. Com isso, a vítima foi relegada à condição de mera testemunha no campo do processo penal. O conflito advindo da violação de um bem jurídico foi despersonalizado, estabelecendo-se exclusivamente entre Estado e acusado.

A 2ª Guerra Mundial foi ambiente em que se praticaram barbáries contra a pessoa humana. A DUDH, de 10 de dezembro de 1948, marca o seu preâmbulo com a afirmação de que os atos “revoltaram a consciência da humanidade,” preocupando-se com a libertação do homem “do terror e da miséria.” Em idêntico sentido está o preâmbulo do Estatuto de Roma, datado de 17 de julho de 1998, que consigna que no decurso do século (passado) “milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis.”

Assim, o pós 2ª Guerra tornou-se ambiente fecundo a que se voltassem as atenções à vítima. O DIDH nela centrou as suas atenções, com a edição de documentos que lhe davam proteção. No mesmo sentido a jurisprudência dos Tribunais Internacionais e sobretudo da Corte IDH se consolidou no sentido de lhe emprestar uma tutela digna.

A leitura dos direitos humanos não pode ser reducionista, a ponto de que se compreendam as obrigações dele decorrentes apenas sob o enfoque negativo, obrigando o Estado de se abster de intervir na esfera das liberdades individuais. Trata-se de uma visão parcial, que coincide com o primeiro momento histórico destes direitos, frutos do iluminismo. O Estado prepotente, de um lado, e o indivíduo indefeso, de outro. Uma reação ao absolutismo monárquico, que impingia constrangimentos desmedidos aos seus súditos. Buscava-se com estes direitos ditos de primeira

geração ou dimensão proibir excessos por parte do Estado, baseado no postulado da proporcionalidade.

Percebeu-se que o Estado Liberal não seria suficiente a garantir a adequada consecução de seus fins. A própria ambiência gerada pelo liberalismo, conduziu a inúmeras desigualdades. Percebeu-se, outrossim, a necessidade de intervenção do Estado para promover a justiça distributiva. O abstencionismo cedeu lugar a um Estado promocional, comprometido com os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A abstenção, a singela proibição de excesso, e a concepção decorrente desta perspectiva dos direitos humanos passou a ser insuficiente. O Estado deveria promover e proteger, dando espaço aos direitos de segunda dimensão ou geração, concebendo-se uma nova face do princípio da proporcionalidade: o da proibição da proteção deficiente.

Enquanto isto, a Corte IDH reconheceu uma outra obrigação decorrente dos direitos humanos, ao lado das obrigações negativas (de abstenção) e positivas (de prestação): as obrigações processuais, consistentes na imposição de que os Estados investiguem, processem e punam as violações de direitos humanos, resgatando a (até então esquecida) vítima.

Assim, para garantir a adequada proteção dos direitos humanos, o Estado precisa estabelecer um marco normativo adequado à sua tutela, obedecendo ao critério da proibição da proteção deficiente, e, não obstante, desenvolver uma persecução penal séria e eficaz.

Não se pode olvidar ainda, a primazia dos direitos humanos e a força normativa das fontes do DIDH no direito doméstico, que impõe ao Estado brasileiro a observância destes paradigmas impostos pela Corte IDH, estabelecendo um padrão de funcionamento da persecução penal, agora voltado também à proteção da vítima e da sociedade, mediante realização adequada do direito penal.

Esta primazia impõe com que os atores da persecução realizem o controle de convencionalidade das normas e procedimentos internos, vinculando-os aos parâmetros fixados pela jurisprudência a Corte IDH e diretrizes da CIDH.

Há que se encontrar, neste contexto, um equilíbrio entre a tutela do acusado, por meio da proibição de excessos do Estado, sem descuidar, por óbvio, de que se entregue uma tutela adequada à vítima e à sociedade, por meio de investigação séria, capaz de identificar, julgar e punir os responsáveis por violações de direitos humanos,

evitando-se a proibição da proteção deficiente, que conduz à vulneração dos direitos humanos e à indesejada revitimização.

Não se ignora a posição de debilidade ocupada pelo acusado no processo, sujeito à potencial intervenção de todas as medidas restritivas de direito impostas pela legislação de regência (busca domiciliar, prisão, interceptação telefônica etc), em relação às quais o direito deve exercer rigoroso controle, assegurando com que as intervenções sejam, além de mínimas, alinhadas às prescrições do DIDH. Por outro lado, o equilíbrio é encontrado na medida em que, respeitando-se todas estas garantias, o Estado consegue proporcionar um julgamento eficiente e justo.

Não se trata de retornar à vingança privada, mas um desejo de realização dos direitos humanos, buscando-se a reparação integral da vítima – em seu amplo espectro, abrangendo não apenas aquele que sofreu diretamente as consequências do fato delituoso, mas também os que foram reflexamente atingidos -, providência que pressupõe a reparação dos danos sofridos, a restituição, a indenização, a reabilitação, a satisfação, e a garantia de não repetição.

Isto promove o reencontro da vítima, já observado no âmbito do DIDH, mas que ainda carece de melhores aportes no âmbito do direito brasileiro, e, não obstante, evita com que o Estado seja novamente responsabilizado no âmbito do Direito Internacional, por vulnerar os direitos humanos.

É possível que se compreenda o processo capaz de proteger acusado, vítima e sociedade, sem que se penda a balança em favor de qualquer um deles, ou mesmo que se desconsiderem direitos e garantias humanos fundamentais, numa postura indevidamente rotulada de antigarantista, até porque o sistema processual tem mecanismos próprios para proteger a vítima e a tutelar de seus interesses, sem que isso implique se deixar influenciar por paixões.

Importante sublinhar, demais disso, que a proposta que se defende é o reconhecimento do direito da vítima de violações de direitos humanos a um processo adequado, respeitando-se a sua dignidade e integridade, não com o aumento de mecanismos de intervenção no processo, senão buscando dar funcionalidade às ferramentas já existentes.

REFERÊNCIAS

- AMADO, Fabio; GONZÁLES, Pedro; LOPES, Daniel Lozoya Constant; RÉBORA, Fabián. Os direitos das vítimas ao acesso à Justiça, às garantias processuais e à reparação integral à luz do direito internacional dos direitos humanos e da jurisprudência interamericana. *In*: BRASIL. Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro. **Cadernos estratégicos: análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2018. 330 p.
- ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TAVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- ALVES, Schirlei. **Julgamento de influencer Mariana Ferrer termina com tese inédita de ‘estupro culposo’ e advogado humilhando jovem**. The Intercept Brasil, 3 de novembro de 2020. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/>. Acesso em: 6 fev. 2021.
- ARÁN, Mercedes Garcia; CONDE, Francisco Munoz. **Derecho penal**. Parte general. 8. ed. Valência: Tirant lo Blach, 2010.
- ARTZ, Gunter; TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires: IBdef, 2004.
- BARROS, F de M. A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 13, p. 309-334, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/407/171>>. Acesso em: 2 fev. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Nº 5096, de 5 de novembro de 2020**. Altera o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Pe-nal), para dispor sobre a audiência de instrução e julgamento nos casos de crimes contra a dignidade sexual. Aprovado em 18/03/2021. Autoria: Deputado Lídice da Mata (PSB/BA). Brasília – DF: Câmara dos Deputados, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2265028>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP**. Cadastro Nacional de Presos. Brasília-DF, CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **Justiça em números 2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Presos em unidades prisionais no Brasil**. Julho - dezembro de 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWl2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmlyZjZGQ0liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei Nº 65, de 2016**. Cria o Ato Nacional dos Direitos das Vítimas de Crimes e altera o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Autoria: Senador Ricardo Ferraço (PSDB/ES). Brasília – DF: Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/senadores/senador/-/perfil/635>. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no ARESP 1733280/PR**. Processo penal. Artigos 214 C/C Artigo 224, Alínea "A", e Artigo 226, Inciso II, na forma do Artigo 71, todos do CP. Condenação. Prova suficiente. Verificação. Súmula 7/STJ. Pena-base [...] Agravante: MV. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, em 17 de novembro de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica®istro=202001844916>. Acesso em: 6 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgR RE 581352**. Ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais – Dever estatal de assistência materno-infantil Resultante de norma constitucional – Obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao poder público, inclusive aos estados-membros [...]. Agravante: Estado do Amazonas. Agravado: Ministério Público do Estado do Amazonas. Relator: Min. Celso de Melo, 29 de outubro de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur249260/false>. Acesso em: 6 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 135.549/RJ**. RESP - Recurso - Assistente de acusação - o processo penal, complexo de relações jurídicas que têm por objetivo a aplicação da lei penal. [...]. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em 02 de abril de 1998, publicado em 26 de outubro de 1998. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=199700400212>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1351177/PR**. Recurso Especial. Processual penal. Art. 68, 1, C/C O Art. 28, 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Arts. 647 e 678 do CPP [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Morival Favoreto. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Data da publicação 18 de abril de 2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201202255153>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Secretaria de documentação. Convenção Americana sobre Direitos Humanos interpretada pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos humanos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/ConvenoAmericanasobreDireitosHumanos10.9.2018.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 153/DF**. Lei N. 6.683/79, a chamada "Lei de Anistia". Art. 5º, Caput, III e XXXIII da Constituição do Brasil; Princípio democrático e princípio republicano [...]. Requerente: Conselho Federal da OAB. Relator Min. Eros Grau. Julgamento em 29 de abril de 2010, publicação em 6 de agosto de 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180280/false>. Acesso em: 17 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Custodiado – Integridade física e moral – Sistema penitenciário – Arguição de descumprimento de preceito fundamental – Adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema Penitenciário Nacional [...]. Requerente: Partido Socialismo

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 239.363-PR**. *Habeas corpus*. Crime de falsificação, corrupção, adulteração [...]. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 18 de outubro de 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1188070&num_registro=201200764901&data=20121218&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. **Apelação Criminal 0012736-95.20000.8.06.0167**. Apelação criminal. Delito de maus tratos qualificado pelo resultado morte. Ausência de comprovação do nexos de causalidade entre [...]. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/43774418/djce-judiciario-30-11-2012-pg-64>. Acesso em: 18 fev. 2021.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. 194 p.

BORILLI, Salete; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. **Economia do Crime**: Estudo de casos nas penitenciárias paranaenses. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/ppge/giacomo/wp-content/uploads/2019/03/Economia-do-Crime-Estudo-de-Casos-nas-Penitenci%C3%A1rias-Paranaenses.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2021.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Contribuições teóricas latino-americanas para a universalização dos direitos humanos. **Revista Jurídica**, Brasília - DF, v. 13, p. 11-31, 2011. p. 13.

CABRAL, R. L. F.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; BUSATO, P. C. **Compêndio de direito penal brasileiro**: Parte geral. 1. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2017. v. 1. 478 p.

CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (coord). **Ministério Público e princípio da proteção eficiente**. São Paulo: Almedina, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COÊLHO, Marcial Duarte. Direito fundamental à segurança e o princípio da proibição da proteção deficiente: a necessária releitura do art. 152, CPP. **Revista de Direito penal, Processo Penal e Constituição**. V. 2, n. 2. 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/1426>. Acesso em: 6 fev. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Marcia Barbosa de Souza e familiares**. Relatório de mérito 10/19. Disponível em: <https://oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/2019/3.%20BR%2012.263%20Barbosa.docx>. Acesso em 10 de junho de 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CIDH. **Caso Maria da Penha Maia Fernandes**. Recomendação de 4 de abril de 2001. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 7 fev. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Simone André Diniz**. Recomendação de 21 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2006port/brasil.12001port.htm>. Acesso em: 23 fev. 2021.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH. **Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 11 25 enero 2021.

Disponível em:

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiNyuf4p7wAhV1HLkGHXuXDhgQFjAAegQIBBAD&url=http%3A%2F%2Fwww.oas.org%2Fes%2Fci%2Fdh%2Finformes%2Fpdfs%2FCompedioobligacionesEstados-es.pdf&usq=AOvVaw2_r_2UotUwch5o7GFgqJGy. Acesso em: 15 de abr. 2021

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala**. Presidente Antônio A. Cançado Trindade. Sentença de 25 de novembro de 2000. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do povo indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil**. Presidente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil**. Presidenta Elizabeth Odio Benito. Sentença de 15 de julho de 2018. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Escher e outros vs. Brasil**. Presidenta Cecilia Medina Quiroga. Sentença de 6 de julho de 2009. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Garibaldi vs. Brasil**.

Presidenta Cecilia Medina Quiroga. Sentença de 23 de setembro de 2009. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman vs. Uruguay**.

Presidente Diego Garcia-Sayan. Sentença de 24 fev. 2011. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em: 1º de abr. de 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso favela Nova Brasília vs.**

Brasil. Presidente Eduardo Mac-Gregor Poisot. Sentença de 16 fev. 2017. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acesso em: 23 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Garibaldi vs. Brasil**.

Presidenta Cecilia Medina Quiroga. Sentença de 23 de setembro de 2009. Disponível em:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil**. Presidente Diego Garcia-Sayan. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herzog e Outros vs. Brasil**. Presidente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Presidente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Presidente: Sergio Garcia Ramírez Presidente. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 7 fev. 2021.

CUARESMA, Sergio. La victmologia. In: Caçado Trindade (*et al*) **Estudios básicos de derechos humanos V**. São José da Costa Rica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 304.

DIDDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 15. ed. Salvador: Juspodvm, 2013.

FACHIN, Melina Girardi; MAZUOLLI, Valério de Oliveira; PIOVESAN, Flavia. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book* (não paginado).

FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; MAZZUOLLI, Valerio de Oliveira; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. A constituição penal. 2. ed. Porto Alegre, 2012. *E-book* (não paginado).

FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações processuais penais positivas segundo as cortes europeia e interamericana de direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de; ORDEIRO, Euller Xavier (Org.); FALEIROS JÚNIOR, Roberto Galvão (Org.); BORGES, Paulo César Corrêa (Org.); VIEIRA, A. L. V. (Org.); SOUZA, Marcos Rogério de (Org.). **Estudos Contemporâneos de Vitimologia**. 1. ed. São Paulo/SP: Cultura Acadêmica, 2011. 127 p.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. Direito SP. **Relatório ICJ Brasil**. 1º semestre/2017. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 7 fev. 2021.

GOMES, Luiz Flavio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito penal. 6. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011.

_____. **Sistema prisional**: colapso atual e soluções alternativas. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GUIMARÃES, Luiz Paulo Cotrim. **Penas descalibradas e leis nascidas do casuísmo exigem malabarismo dos juízes**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-17/cotrim-quimaraes-penas-descalibradas-exigem-malabarismo-juizes>. Acesso em: 2 mar. 2021.

HABERLE, Peter. **Direitos fundamentais no estado prestacional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

HEEMANN, Thimotie Aragon; PAIVA, Caio. **Jurisprudência Internacional de direitos humanos**. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. **Revista IIDH**. v. 39, p. 71-99, 2004. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

HESTE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Alemã. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998. p. 51.

INSTITUTO SOU DA PAZ. **Onde mora a impunidade**. 3. ed. São Paulo, 2020. Disponível em: <http://soudapaz.org/o-que-fazemos/conhecer/pesquisas/politicas-de-seguranca-publica/controle-de-homicidios/?show=documentos#3969>. Acesso em: 7 fev. 2021.

JAKOBS, Gunter e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do Inimigo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JORGE, Aline Pedra. **Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal**. Uma tentativa de demonstrar os reais interesses das vítimas de crimes, desde a participação na persecução criminal à reparação do dano, e de se propor alternativas para a melhor satisfação destas. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Direito processual penal e sua conformação constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAGALHÃES, Breno Baía; MAUÉS, Antonio Moreira (orgs). **O controle de convencionalidade na América Latina: experiências comparadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 10, p. 215-235, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book* (não paginado)

_____. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book* (não paginado).

_____. **Direitos humanos na jurisprudência internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 46, n. 181, p. 113-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194897>. Acesso em: 1 fev. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas: análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, v. 7, n. 27, p. 33-44, abr./jun. 1999.

_____. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 2, n. 14, 2000. Não paginado.

MOLINA, Antonio Garcia- Pablos de. **Tratado de Criminologia**. 3 ed. Valência: Tirant lo Blanch, 2003.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal, RN, EDUFRN, 2015.

NACIONES UNIDAS. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado. **Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones**. Resolução 60/147, da Assembleia Geral, aprovada em 16 de dezembro de 2005. Disponível em: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/RemedyAndReparation.aspx>. Acesso em: 7 fev. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão judicial e o conceito de princípio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para Vítimas de Delitos e Abuso de Poder**, adaptada conforme Resolução 40/34, da Assembleia Geral, de 29 de novembro de 1985. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/victimsofcrimeandabuseofpower.aspx#:~:text=Se%20entender%C3%A1%20por%20%22v%C3%ADctimas%22%20las,legislaci%C3%B3n%20penal%20vigente%20en%20los>. Acesso em: 7 fev. de 2021.

OSMO, Carla; MARTIN-CHENUT, Kathia. A participação das vítimas no sistema interamericano: fundamento e significado do direito de participar. **Revista Direito e Práxis**,

Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1455-1506, jun. 2017. Doi: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.28031>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000201455&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 2 fev. 2021.

PALACIOS, David Lovatón. Atención integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Algunos apuntes desde la victimología. **Revista IIDH**, São José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n. 1, n. p. jan./jun. 1985.

PASTOR, Daniel R. **La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos**. Disponível em: http://www.ub.edu/ospdh/sites/default/files/documents/actes/texto_2005d_pastor.pdf. Acesso em: 2 mar. 2021.

PEREIRA, Frederico Vadez. **Fundamentos do justo processo penal convencional**: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo. São Paulo: D'Plácido, 2020.

PETERKE, Sven (coord.). **Manual prático de direitos humanos internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. 374 p.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book* (não paginado).

_____. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeus, interamericano e africano. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book* (não paginado).

PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

QUIROGA, Cecília Medina. **Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana**. Disponível em: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/126735>. Acesso em: 28 fev. 2021.

RAMOS, Andre de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book* (não paginado).

_____. 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**. v. 62. n. p. set. 2006.

_____. Responsabilidade Internacional do Estado por violação de Direitos Humanos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun., 2005.

_____. **Reflexões sobre as vitórias do caso Damião Ximenes**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-set-08/reflexoes_vitorias_damiao_ximenes?pagina=3. Acesso em: 28 fev. 2021.

RESEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book* (não paginado).

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 252, p. 15-24, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7953/6819>>. Acesso em: 28 de dez. de 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v252.2009.7953>.

_____. **Direito de para todos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

RODRIGUES, Roger de Melo. **A vítima e o processo penal brasileiro**: novas perspectivas. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

_____. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, IBCCRIM, p. 32-40. 112, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang (et. al.). **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book* (não paginado).

_____. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 4, n. 7, p. 160-209, jun. 2006. ISSN 2447-6641. Doi: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v4i7>. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655>>. Acesso em: 29 jan. 2021.

SERRA, Paolla. **Medida protetiva após ameaça de morte proíbe que juíza e ex-marido tivessem qualquer tipo de contato**. Veja denúncias. Yahoo notícias, Rio de Janeiro, 27 de dezembro de 2020. Disponível em: https://br.noticias.yahoo.com/medida-protetiva-ap%C3%B3s-amea%C3%A7a-morte-073001610.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAINo_8UpXywXX-l6mTgHVL9ugs6re9NizuAnERjWwehM5FCWny5i8SQ1KJ-wJnmg8k6UWF_rZKoYRSIlg5H2f_Tj_wA8elfKEFvNfhCB7v6yo-Txy6WAFVC7Z-O_oA36ip5lbhaiTviA0hla2HC-6Vk-1_hZrPPu2AonISYRssWFC. Acesso em: 6 fev. 2021.

STRECK, L. L. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre/RS, v. 1, n.53, p. 223-251, 2004.

TACITO, Caio. Os direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, FGV, Rio de Janeiro, v. 178. p. 1-5. out./dez. 1989. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46132>. Acesso em: 3 fev. 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 2. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 23, n. 90, p. 233-288, abr. /jun. 1986. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181722>. Acesso em: 27 fev. 2021.

VAZ, Denise Provasi et al (org.). **Eficiência e garantismo no processo penal**: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017.

VÍTIMA. *In*: **Michaelis**. Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/v%C3%ADtima/>. Acesso em: 6 fev. 2021.

WEDY, Miguel Tedesco. Eficiencia e direito penal. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, n. 24. n. p. abr. 2014, www.eumed.net/rev/cccss/28/dereito-penal.html. Acesso em: 16 abr. 2021.