A ARBITRARIEDADE NO PUNIR E NO NÃO PUNIR

MOISÉS GUARNIERI DOS SANTOS

Promotor de Justiça do Estado da Bahia. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Sevilha. Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

Sumário: 1 Introdução. 2 Obrigações de punir. 3 Na Europa. 4 Na América. 5 A internalização da obrigação internacional de tutela penal no Brasil. 6 Obrigação de tutela penal reconhecida. 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

É elementar no Direito Penal o princípio da reserva legal, pelo qual compete ao legislador a decisão de criminalizar ou não uma determinada conduta. Tal princípio é tradicionalmente visto como direito fundamental de proteção do cidadão contra eventuais abusos estatais. O *nullum crimen sine lege* é o segundo dos dez axiomas do garantismo penal de Luigi Ferrajoli.

Fruto da preocupação iluminista com o poder punitivo estatal, exposto na obra de Cesare Beccaria, foi formalizado nos artigos 7º, 8º e 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Na linha da concepção europeia de supremacia do Parlamento, o Poder Legislativo possuía a discricionariedade de criminalizar condutas.

Durante os anos 1930, na Itália e na Alemanha, foram propostas teorias que adotavam o *nullum crimen sine poena*[1] como oposição

1 Citados por Jesús-María Silva Sánchez como exemplo, "Nationalsozialismus und Rechtsstaat", de Carl Schmitt, e "Diritto penale totalitario nello Stato totalitario", de Giuseppe Maggiore.

ao *nullum crimen sine lege*. Por tal postulado, seria necessário dispensar as garantias do princípio da legalidade quando ela se opusesse à punição de uma conduta criminosa, pois nenhum crime poderia ficar impune.[2]

Seja pela criminalização de condutas por uma discricionariedade ilimitada ou até pela adoção da máxima do *nullum crimen sine poena*, foram praticados abusos pelos regimes autoritários destituídos após a Segunda Guerra Mundial. Com isso, buscou-se limitar a discricionariedade do Parlamento em eleger condutas a serem criminalizadas. Postulados de subsidiariedade, *ultima ratio* e ofensividade ganharam contornos constitucionais para balizar a atuação do legislador.

A esses postulados se adiciona um discurso político de excesso de criminalização, encarceramento em massa e necessidade de substituição do Direito Penal por outros ramos do Direito como forma de sancionar condutas desviadas.

Não se nega a importância de baliza contra excessos de criminalização pelo legislador; questiona-se se não existiria, também, um limite à discricionariedade do legislador em deixar de utilizar o Direito Penal para proteção de bens jurídicos constitucionalizados por sua relevância.

A inexistência de barreira mínima à discricionariedade do legislador leva ao déficit de proteção dos direitos fundamentais dos sujeitos passivos de crimes. A vítima[3] é esquecida pela grande maioria da doutrina e da jurisprudência, como se fosse necessário – o que não é – se converter em criminoso para ter assegurados os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

Esta perspectiva também levou países como a Alemanha e as Cortes Internacionais de proteção de Direitos Humanos a desenvolverem estudos sobre direitos humanos fundamentais, de forma a evitar o *nullum crimen sine poena* bem como uma discricionariedade absoluta do legislador do *nullum crimen sine lege* que deixasse desprotegido o cidadão.

---

2 *¿Nullum Crimen Sine Poena? Sobre las doctrinas pelas de "la lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor"* (SANCHEZ, 2008).

3 Vítimas ou seus familiares.

A relativização do princípio da reserva legal é tema discutido em território europeu e americano. A preocupação com déficits de proteção de bens e interesses fundamentais via tutela penal leva ao questionamento da existência de obrigação(ões) positiva(s) para o legislador e (ou) demais agentes estatais.

2 A OBRIGAÇÃO DE PUNIR

Os direitos fundamentais constituem o núcleo da dignidade da pessoa humana e são conceituados como direitos humanos positivados no ordenamento jurídico interno, no bojo da Constituição – ápice do ordenamento jurídico com capacidade de irradiar força para os demais segmentos normativos e com vinculação para todos os Poderes.

Os direitos fundamentais possuem uma dimensão subjetiva, gerando para o indivíduo uma pretensão de que tenha seus interesses respeitados pelos órgãos obrigados, com produção de efeitos nas relações jurídicas.

Lado outro, os direitos fundamentais também possuem uma dimensão objetiva, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão no Caso Lüth (ALEMANHA, 1958). Segundo esta dimensão, existe uma carga valorativa de natureza jurídico-objetiva com eficácia para todos os poderes estatais e, inclusive, para as relações privadas.

Tal dimensão objetiva fornece diretrizes para a interpretação das leis infraconstitucionais, com readequação dos institutos de direitos penal e processual penal aos preceitos constitucionais.

Se tradicionalmente no Estado liberal havia um dever de abstenção estatal, o Estado contemporâneo possui dever positivo de proteção, até mesmo preventiva, dos direitos fundamentais, seja em fase de atos de agentes estatais ou de pessoas privadas.

Tal perspectiva é fruto do pós-positivismo, do constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial, com a preocupação de evitar as atrocidades desse período e de estabelecer o ser humano como fim e não meio do ordenamento jurídico. Consequentemente, com a superioridade normativa da Constituição e eficácia normativa de seus princípios.

A Constituição Federal reconhece em alguns artigos deveres positivos de proteção de direitos fundamentais considerados de extrema relevância. Por estes, identifica o Direito Penal como mecanismo idôneo a ser utilizado na referida tarefa.

Através de mandados expressos de criminalização, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu nos incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5º; inciso X do art. 7º; § 3º do art. 225; e § 4º do art. 224, limites à discricionariedade do legislador em matéria penal.

No plano internacional, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante TEDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH) reconhecem em sua jurisprudência mandados implícitos de criminalização como forma de proteção dos direitos humanos descritos em seus convênios.

A jurisprudência das Cortes Internacionais ganha relevância pela interpretação dada a convênios incorporados no ordenamento interno, seja como norma constitucional ou infraconstitucional e por sua força de *jus cogens*.

De igual maneira, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de mandados implícitos de criminalização na Constituição Federal de 1988.

3 NA EUROPA

O TEDH sentenciou o Caso X e Y *vs.* Países Baixos (TEDH, 1985), no qual fez as primeiras referências a obrigações positivas.

O caso é de uma pessoa com deficiência intelectual, menor de idade, identificada como Y, que foi violentada sexualmente em dezembro de 1977 por uma pessoa identificada como B. Ela vivia em uma residência privada destinada a pessoas com deficiência intelectual, na Holanda. B, genro da diretora da instituição, obrigou Y a tirar a roupa e ter relações sexuais com ele.

Por uma omissão na legislação criminal da Holanda, o pai de Y, identificado como X, não poderia representar a filha para iniciar uma ação contra B por violação à sua dignidade sexual. Assim, mesmo após recurso interno na Holanda, o agressor, B, não teve ação ajuizada contra si, com a condição de não praticar crime semelhante no prazo de 2 anos.

Inconformado, X socorreu-se do TEDH alegando tratamento desumano, violação ao direito à vida privada de sua filha, negativa de recurso adequado e discriminação, tudo conforme os artigos 3º, 8º, 13º e 14º do Convênio Europeu de Direitos Humanos.

O TEDH identificou omissão por parte da Holanda e determinou o pagamento de indenização a Y, interpretando o artigo 8º do Convênio Europeu no sentido de que o respeito pela vida privada não é apenas um dever de abstenção, mas também uma obrigação positiva.

Situação semelhante levou o TEDH a condenar a Bulgária no Caso M. C. *vs.* Bulgária (TEDH, 2004).

M. C., de 14 anos, foi vítima de violação sexual. Contudo, a Suprema Corte da Bulgária absolveu os acusados alegando ausência de provas e que a vítima não teria mostrado resistência.

As autoridades locais desconsideraram um laudo pericial que identificou "congelamento traumático" da menor, o qual é conhecido cientificamente como *traumatic psychological infantilism syndrome*.

Para o TEDH, o Estado tem dever positivo de criminalizar a violação sexual e realizar uma investigação efetiva, mediante processo penal eficaz. Ainda, o Estado deve penalizar qualquer ato sexual não consentido, mesmo sem resistência da vítima. Para tanto, valeu-se de interpretações dos artigos 3º e 8º do Convênio Europeu.

O TEDH julgou situação de trabalho escravo, na qual identificou obrigações positivas de utilização do Direito Penal, no Caso Siliadin *vs.* França (TEDH, 2005c).

Siliadin é uma cidadã do Togo que, com 15 anos de idade, foi à França, tendo sido cooptada por uma senhora identificada como D. para trabalhar em sua casa.

Ocorre que Siliadin era obrigada a trabalhar todos os dias da semana na casa da Sra. D., das 7h30 às 22h30, sem descanso. A jovem dormia no quarto do filho da Sra. D. e era obrigada a atender seus pedidos a qualquer hora do dia ou da noite, além de realizar trabalhos não remunerados na casa de vizinhos.

A Sra. D. foi absolvida na França, tendo respondido apenas na seara trabalhista. Com isso, o TEDH entendeu que existe um dever de criminalizar o trabalho escravo, com repressão efetiva.

Não só a obrigação de proteger, via Direito Penal, direitos à integridade sexual e a não ser escravizado foram reconhecidos pelo TEDH. No Caso A. *vs.* Reino Unido (TEDH, 1998), o TEDH julgou a situação de um menino de 6 anos que era agredido pelo padrasto com mangueira do jardim.

A jurisdição interna do Reino Unido absolveu o agressor justificando que houve proporcionalidade nas agressões. Contudo, o TEDH entendeu que deve haver sanção penal para agressões desumanas contra crianças.

Também existe decisão no TEDH relativa à necessidade de utilizar o Direito Penal para proteger a vida. É o que consta no Caso Nachova e outros *vs.* Bulgária (TEDH, 2005b).

Os senhores Angelov e Petkov eram militares e cumpriam pena por ausência nos seus regimentos. Quando levados para trabalhar, eles fugiram, os policiais que os procuravam os encontraram, eles saíram correndo, os policiais deram advertência para que parassem e, não tendo sido obedecidos, um dos policiais desferiu tiros contra os dois, causando-lhes a morte.

Eles foram atingidos pelas costas, sem que estivessem armados e sem registro de atos pretéritos de violência.

O TEDH condenou a Bulgária por entender que seu ordenamento jurídico é falho ao prever causas de justificação do uso legítimo de armas demasiadamente genéricas, o que permite a impunidade para casos de homicídios, contrariando o artigo 2º do Convênio Europeu.

Situação semelhante ocorreu no Caso McCann e outros *vs.* Reino Unido (TEDH, 1995). Nesse caso, policiais dispararam e mataram supostos terroristas do grupo IRA na cidade de Gibraltar. A polícia tinha informações de que eles estariam preparando um atentado. Contudo, não foram encontrados apetrechos para o ato e nem sequer eles se encontravam armados. O TEDH condenou o Reino Unido, reconhecendo a obrigação de investigar a prática de tortura e maus-tratos.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos estabelece em sua jurisprudência a obrigação de que a pena imposta seja proporcional à gravidade do crime como forma de dissuadir sua prática.

Nesse sentido foi a decisão do Caso Okkali *vs.* Turquia (TEDH, 2007). Nesse caso, a pessoa de Halil havia sido torturada durante interrogatório no qual era acusada de furto de U$ 275 (duzentos e setenta e cinco dólares) de seu patrão. A Turquia condenou os agressores a dois meses e uma semana de prisão, convertida em multa equivalente a U$ 8 (oito dólares).

No mesmo sentido, houve responsabilização da Alemanha por aplicação de pena desproporcional no Caso Gäfgen *vs.* Alemanha (TEDH, 2010). No caso, o TEDH reconheceu a violação de direitos humanos na aplicação de pena pecuniária, suspensa, a qual foi imposta a um policial que ameaçou com tortura um preso.

Nota-se nos casos indicados que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos fixou sua jurisprudência no sentido de que a proteção dos direitos humanos exige mais que a simples abstenção dos Estados signatários de praticar atos de tortura contra a integridade física e a vida ou contra a liberdade sexual. A proteção efetiva exige que os Estados se valham do Direito Penal como mecanismo de proteção de bens jurídicos considerados essenciais, assim estabelecendo tipos penais incriminadores, que realizem investigação efetiva e em prazo razoável, capazes de identificar os agressores e individualizar suas condutas, bem como condenem os responsáveis com penas adequadas e proporcionais – sejam esses agressores agentes públicos ou privados.

4 NA AMÉRICA

O reconhecimento de obrigações positivas de criminalização por parte dos Estados não é exclusivo do sistema regional europeu de proteção de direitos humanos. Do lado de cá do Atlântico, a Corte Interamericana de Direitos Humanos firmou sua jurisprudência no sentido da necessidade de utilização do Direito Penal como forma de proteção dos direitos humanos. Sob o título de direito à verdade, aponta direito das vítimas e (ou) seus herdeiros de prestações positivas estatais para identificar agressores e responsabilizá-los criminalmente por condutas que ameaçam ou agridem direitos humanos inscritos no Pacto de São José da Costa Rica.

O Caso Velásquez Rodriguez *vs.* Honduras (CORTE IDH, 1988) inaugura a doutrina do direito à verdade, ao passo que a Corte

Interamericana reconhece o direito das vítimas e seus familiares de conhecer o destino dos agredidos ou o local onde se encontram seus restos mortais.

Na indigitada decisão, Honduras foi responsabilizada pela detenção e desaparecimento de Ángel Manfredo Velásquez Rodriguez por atos praticados nos anos 1981 e 1984. Neste período, entre 100 e 150 pessoas desapareceram em Honduras, sem que se tivesse notícias do destino delas.

As pessoas eram sequestradas à luz do dia, por homens vestidos de civis, em carros não identificados ou com identificação falsa. Entre as pessoas se encontrava o estudante Manfred Velásquez, desaparecido em 12 de setembro de 1981. Por sua vez, Honduras foi incapaz de impedir as práticas, de investigar os desaparecimentos de forma adequada, de responsabilizar os autores das condutas criminosas e de puni-los.

A Corte IDH condenou Honduras por violação dos direitos à liberdade (artigo 7º da Convenção), à integridade física (artigo 5º da Convenção) e do direito à vida (artigo 4º da Convenção) de Manfred Velásquez, em razão da ineficiência na persecução penal contra os responsáveis pelo seu desaparecimento.

No Caso Barrios Altos *vs.* Peru (CORTE IDH, 2001), a Corte IDH fez menção ao dever estatal de investigar e punir como obrigações estatais positivas e direitos das vítimas à verdade.

Trata-se de situação ocorrida no Barrios Altos, na cidade de Lima, Peru, no dia 3 de novembro de 1991, quando membros do exército, pertencentes a um grupo identificado como *Colina*, adentraram uma casa da referida localidade e surpreenderam pessoas durante uma festa. Após ameaçá-las e determinar que elas se ajoelhassem, os membros do grupo dispararam contra os participantes da festa, levando quinze pessoas a morrerem e outras quatro a ficarem gravemente feridas.

Peru aprovou as leis de anistia n. 26.479 e n. 26.492, as quais isentaram de responsabilidade os atos criminosos praticados entre 1980 e 1995. Com isso, a chacina de Barrios Altos não foi sequer investigada.

Assim, a Corte IDH condenou o Peru, pois entendeu que as leis de anistia violam os artigos 8º e 25º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Quanto à incompatibilidade de leis de autoanistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Brasil foi condenado no Caso Herzog e outros *vs.* Brasil (CORTE IDH, 2016). Neste, foi reconhecida a obrigação de investigar o crime de homicídio transvertido de suicídio do jornalista Vladimir Herzog, ocorrido em 1975.

Segundo a Corte IDH, os Estados sujeitos à sua jurisdição têm obrigação de combater a impunidade, pois se não o fazem, estarão colaborando para que novos atos atentatórios aos direitos humanos se repitam.

É o que se extrai do Caso Paniagua Morales e outros *vs.* Guatemala (CORTE IDH, 1998b). A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a inércia de Guatemala em investigar casos de sequestros, detenções arbitrárias, maus-tratos, torturas e assassinatos praticados entre 1987 e 1988 por membros da *Guardia de Hacienda* ou pessoas ligadas a ela. No curso do processo de investigação naquele país, o juiz foi sequestrado e após ser colocado em liberdade, revogou a prisão dos supostos responsáveis. Desde então o processo não foi solucionado, persistindo a situação de impunidade.

No mesmo sentido de reconhecer obrigação de investigar, de prevenir e sancionar crimes contra direitos humanos, a Corte IDH condenou o Peru pelo desaparecimento de Rafael Castillo Páez, por atos da Polícia Nacional do Peru, no Caso Castillo Paez *vs.* Peru (CORTE IDH, 1998).

A obrigação de investigar desaparecimentos forçados também levou à condenação do Brasil no Caso Gomes Lund e outros *vs.* Brasil (Guerrilha do Araguaia) (CORTE IDH, 2010b). O dever de investigar foi colocado como uma obrigação de meio que deve ser efetivo e não meramente formal.

É de rememorar, ainda, a imposição de obrigação de legislar no sentido de criminalizar práticas que violam direitos humanos, conforme foi estabelecido na sentença do Caso Ximenes

Lopes *vs.* Brasil (CORTE IDH, 2006c). Assim, o Estado deve criar um marco normativo capaz de dissuadir ameaças aos direitos humanos essenciais, com um sistema jurídico efetivo, apto a investigar, castigar e reparar a violação daqueles direitos.

Para tanto, a Corte IDH ainda determinou a obrigação dos magistrados de exercerem o controle de convencionalidade quando da aplicação de leis que violem a Convenção Americana de Direitos Humanos, deixando de aplicar, por exemplo, a lei de anistia. É o que se afere da sentença do Caso Almonacid Arellano *vs.* Chile (CORTE IDH, 2006a).

Por fim, não podemos esquecer, ainda que não tenha sido uma condenação da Corte Interamericana, mas uma recomendação da Comissão, o Caso Maria da Penha *vs.* Brasil (CIDH, 2001), pelo qual foram estabelecidas obrigações positivas de criminalização e responsabilização do agressor de Maria da Penha Fernandes. Esta situação levou à edição da Lei n. 11.340/2006, que busca proteger de forma eficiente as mulheres vítimas de violência doméstica.

5 A INTERNALIZAÇÃO DA OBRIGAÇÃO INTERNACIONAL DE TUTELA PENAL NO BRASIL

No âmbito interno de jurisdição brasileira, a Emenda Constitucional n. 45/2004 acresceu o § 3º ao art. 5º da Constituição, estabelecendo que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos que forem aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equiparados a emenda constitucional. Isto é, terão *status* de norma constitucional.

Os tratados de direitos humanos que não foram aprovados no referido rito – seja por serem precedentes à EC n. 45/2004 ou por não terem atendido ao quórum e número de votações – mas que tenham sido aprovados pelo Brasil, possuem *status* de supralegalidade, como decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE n. 466.343 (BRASIL, 2008).

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos expressou, no Caso Almonacid Arellano e outros *vs.* Chile (CORTE IDH,

2006a), que cabe ao Poder Judiciário o exercício primário do controle de convencionalidade, controle esse que é a aferição de compatibilidade das normas jurídicas internas com os tratados de direitos humanos em vigor, devendo levar em conta, ainda, a interpretação que a Corte tem dado aos referidos tratados.[4]

Outrossim, é de destacar que referida obrigação interna de controle difuso de convencionalidade deve ser exercida pelo Poder Judiciário *ex officio*, independentemente do pedido das partes, conforme assinalou a Corte IDH no Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso *vs*. Peru, sentença de 24 de novembro de 2006, § 128 (CORTE IDH, 2006b).

Referida jurisprudência se consolida no Caso Cabrera García e Montiel Flores *vs*. México (CORTE IDH, 2010), quando a Corte IDH determina que não só o Poder Judiciário deve realizar o controle de convencionalidade, mas também os órgãos vinculados à administração da Justiça.

6 OBRIGAÇÕES DE TUTELA PENAL RECONHECIDAS

O compulsar da Convenção Americana de Direitos Humanos demonstra que não existe no seu texto disposição expressa de criminalização. Contudo, vêm sendo reconhecidas pela Corte IDH ao interpretar os artigos 1.1, 8º e 25 do Pacto de São José da Costa Rica.

---

4 Caso Almonacid Arellano e outros *vs*. Chile, (CORTE IDH, 2006, § 124): "A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato Estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de 'controle de convencionalidade' entre normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana".

Semelhante situação se passa no âmbito regional Europeu, sendo as obrigações de criminalização fruto da interpretação do TEDH.

Podemos identificar, até mesmo pelo caráter histórico de proteção dos direitos do homem no âmbito interno e internacional, fruto do jusnaturalismo, que muitos direitos humanos são positivados nas constituições dos Estados-Membros como direitos fundamentais. É o que ocorre, inclusive, no Brasil.

Da Constituição Federal brasileira, podemos extrair, dos incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5º, mandados expressos de criminalização direcionados ao legislador, e ainda do inciso X do art. 7º; do § 3º do art. 225; e do § 4º do art. 227.

Assim, é possível identificar, de início, obrigações primárias de criminalização que estão expressas na Constituição Federal brasileira, destinadas ao Poder Legislativo, limitando sua discricionariedade para decidir se utiliza ou não o Direito Penal para proteger os bens jurídicos indicados nos artigos mencionados. Para eles, o princípio da reserva legal é reinterpretado à luz da Constituição e impõe a criminalização de determinadas condutas, conforme foi a opção do constituinte originário.

No entanto, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, à semelhança do que ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, impõe obrigações tácitas de criminalização primária para o legislador como única forma de proteger direitos fundamentais – também – humanos, de elevada envergadura constitucional, identificados pelo Juiz da Suprema Corte Italiana Francesco Viganò como *core rights* (2014).

Entre as obrigações de criminalização primárias – destinadas ao legislador –, vale recordar a decisão do STF na ADO n. 26 (BRASIL, 2020a) e no MI n. 4.733 (BRASIL, 2020b) de criminalizar a homofobia como crime de racismo, ante a omissão do legislador em fazê-lo. Tal interpretação adveio dos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF.

Outrossim, é de reconhecer obrigação implícita primária de criminalização destinada ao legislador no inciso X do art. 7º da CF. Isto é, o inciso fala da criminalização pela retenção dolosa de salário do trabalhador, mas nada diz sobre a proteção penal da vida do trabalhador (FELDENS, 2005).

As obrigações de criminalização primárias somente são atendidas quando o legislador fixa uma pena proporcional para o crime tipificado. Não sendo assim, há uma criminalização meramente formal e um engano ao cidadão. Tal raciocínio foi adotado pelo TEDH nos Casos Siliadin *vs.* França e Okkali *vs.* Turquia, bem como pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 3.096 (BRASIL, 2010) – se houver pagamento de transação penal e aplicação deste benefício instituído pela Lei n. 9.099/1995, nos crimes contra os idosos, viola-se o dever de proteção do Estado.

Limitando a discricionariedade do legislador em matéria penal, portanto em se tratando do princípio da reserva legal, há dispositivos constitucionais que fixam a proibição de prescrição para determinados crimes. É o caso dos incisos XLII e XLVI do art. 5º da Constituição Federal. No mesmo sentido, foi a decisão da Corte IDH no Caso Bulacio *vs.* Argentina (2003).

A Constituição Federal de 1988 previu, também, hipóteses em que é proibida a anistia – art. 5º, inciso XLIII, a qual constitui outra hipótese de limitação à discricionariedade do legislador em matéria penal. Portanto, obrigação primária de criminalização.

Quanto a esse tema, a Corte IDH vem se pronunciando nos Casos Gomes Lund *vs.* Brasil e Herzog *vs.* Brasil, como também no Caso Barrios Altos *vs.* Peru.

De igual maneira, quanto à proibição de prescrição e de anistia como forma de garantir alguns direitos humanos, o TEDH se pronunciou no Caso Abdülsamet Yaman *vs.* Turquia (2005a).

Ao lado das obrigações de criminalização primária – expressa ou tácita – destinada ao legislador, identificamos obrigações de criminalização secundária destinadas ao Poder Executivo – através da polícia judiciária –, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

Os casos da Corte IDH e do TEDH apontam obrigações de investigação efetiva, em prazo razoável e com participação da vítima, como forma de buscar a verdade.

Por sua vez, o Ministério Público como instituição legitimada para a persecução penal tem obrigação de atuar efetivamente no processo, empreendendo esforços na busca da verdade, defendendo os interesses da sociedade – dentro da qual se inclui a vítima.

O Poder Judiciário tem por obrigação zelar por um processo com duração razoável, ouvir a versão da vítima como forma de proporcionar o pluralismo e a busca da verdade. Outrossim, identificado e individualizado o autor do crime após a garantia de seus direitos constitucionais, o Poder Judiciário deve estabelecer uma pena proporcional capaz de reprovar e prevenir o crime.

A obrigação do Poder Judiciário se estende para o zelo pelo cumprimento efetivo da pena imposta.

Nas palavras do TEDH, no Caso Okkali *vs*. Turquia, de 27 de outubro de 2007, só assim o Estado mantém a "confiança do público no Estado de direito e o apoio ao Estado de direito e evita qualquer aparência de tolerância das autoridades com os atos ilícitos" (tradução livre).[5]

7 CONCLUSÃO

No presente artigo, tivemos oportunidade de reanalisar o princípio da reserva legal em razão do caráter objetivo dos direitos fundamentais, dotados de carga valorativa histórica e evolutiva.

Foi possível constatar, tanto pelo aspecto doutrinário quanto pela jurisprudência de Cortes Internacionais de Direitos Humanos, que a proteção do ser humano pelo Estado exige mais que a simples abstenção de não lesar o cidadão. É indispensável que o Estado adote condutas positivas para prevenir ou reparar lesões causadas a pessoas, seja por agentes públicos ou privados.

Notamos identidade de direitos humanos – categoria sujeita a proteção internacional com direitos fundamentais – positivados no ordenamento jurídico constitucional interno. E pudemos afirmar que o aspecto objetivo dos direitos fundamentais irradia seus valores para os demais ramos do Direito, de forma a extrair obrigações positivas de criminalização pelo Estado.

Constatamos que a discricionariedade do legislador pode ser abusiva tanto no punir quanto no deixar de punir – nas hipóteses em que é indispensável a utilização do Direito Penal.

5 Parágrafo 65: "*This is essential for maintaining the public's confidence in, and support for, the rule of law and for preventing any appearance of the authorities' tolerance of or collusion in unlawful acts* [...]"

Identificamos obrigações estatais de criminalização primária destinadas ao legislador para criar normas penais incriminadoras, com penas proporcionais, sem cláusulas de prescrição ou anistia.

Por outro lado, identificamos mandados de criminalização secundária para o Poder Executivo, o Ministério Público e o Poder Judiciário, sendo eles a obrigação de investigar, processar de forma eficiente e em prazo razoável, com participação da vítima, bem como a punição efetiva do criminoso identificado, após o devido processo legal.

Tudo a demonstrar que o Direito Penal deve ser visto como instrumento de proteção dos direitos fundamentais de todos os indivíduos, seja o sujeito ativo do crime ou o sujeito passivo-vítima.

REFERÊNCIAS

AGUADO CORREA, T. **El principio de proporcionalidad en el derecho penal**. Madrid: Edersa, 1999. 493 p.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. **BVerfGE 7, 198, de 15 de janeiro de 1958 (Caso Lüth)**. Disponível em: https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=51. Acesso em: 20 ago. 2022.

ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 607 p.

ANDRADE, C. G. C. **Mandados implícitos de criminalização**: a tutela penal dos direitos humanos na Constituição e na Convenção Americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 458 p.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BECERRA SATIZABAL, P. A.; PAVA MENDOZA, E. V. Protección del Derecho a la verdad. Fundamentos jurídicos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Ánfora**: **Revista Científica de la Universidad Autónoma de Manizales**, Manizales, v. 23, n. 40, p. 121-147, 2016.

BERNAL PULIDO, C. **El derecho de los derechos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. 419 p.

BERNAL PULIDO, C. O princípio da proporcionalidade da legislação penal. *In*: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.). **A constitucionalização**

do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 805-830.

BESTAGNO, F. **Diritti umani e impunità** – obblighi positivi degli Stati in matéria penale. Milano: Veta e Pensieri Università, 2003.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.096/DF. Aplicabilidade dos procedimentos previstos na Lei 9.099/1995 aos crimes cometidos contra idosos. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Julgado em 16 jun. 2010. Publ. **DJe-**164, 3 set. 2010. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur181455/false. Acesso em: 07 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 (ADO n. 26). Omissão na criminalização da homofobia. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 13 jun. 2019. Publ. **DJe**-243, 6 out. 2020a. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur433180/false. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Injunção n. 4.733. Dever estatal de criminalizar a homotransfobia. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em 13 jun. 2019. Publ. **DJe**-238, 29 set. 2020b. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432699/false. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP. Prisão Civil. Depositário infiel. Art. 5º, inciso LXVII, §§ 1º, 2º e 3º da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Relator: Min. Cezar Peluso, 3 de dezembro de 2008. **DJe**-104. Data de publicação: 5 jun. 2009. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur323/false. Acesso em: 20 ago. 2022.

BUSATO, P. C.; HUAPAYA, S. M. **Introdução ao direito penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CIDH – COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório Anual 2000, Relatório n. 54/2001. Caso n. 12.051. **Maria da Penha Maia Fernandes *vs.* Brasil**. 4 abr. 2001. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros *vs.* Chile**. Exceções preliminares, mérito,

reparações e custas. Sentença de 26 de setembro de 2006a. (Série C, n. 154). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barrios Altos *vs.* Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparação e custas. Sentença de 14 de março de 2001. (Série C, n. 075). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Bulacio *vs.* Argentina**. Sentença de 18 de setembro de 2003. (Série C, n. 100). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Cabrera García e Montiel Flores *vs.* México**. Sentença de 26 de novembro de 2010a. (§ 225). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Castillo Páez *vs.* Peru**. Mérito, reparação e custas. Sentença de 27 de novembro de 1998a. (Série C, n. 43). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_43_esp.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) *vs.* Guatemala**. Mérito. Sentença de 8 de março de 1998b. (Série C, n. 37). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_37_esp.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) *vs.* Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparação de custas. Sentença de 24 de novembro de 2010b. (Série C, n. 219). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herzog e outros *vs.* Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparação e custas. Sentença de 20 de outubro de 2016. (Série C, n. 318). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso *vs.* Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparação e custas. Sentença de 24 de novembro de 2006b. (Série C, n. 158). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 02 mar. 2023.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodriguez *vs.* Honduras**. Preliminares, mérito, reparação e custas. Sentença de 29 de julho de 1988. (Série C, n. 4). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022.

CORTE IDH – CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes *vs.* Brasil**. Mérito, reparação e custas. Sentença de 4 de julho de 2006c. (Série C, n. 149). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022.

DOMÉNECH PASCUAL, G. **Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos.** El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006a. 432 p.

DOMÉNECH PASCUAL, G. Los derechos fundamentales a la protección penal. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. 26, n. 78, p. 333-372, 2006b.

DOS SANTOS, C. M. P. G. O reconhecimento do direito à verdade e à memória como um direito fundamental implícito no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: **XXI Congresso Nacional do CONPEDI**, Recife, 2012. p. 68-93.

FELDENS, L. A conformação constitucional do direito penal. *In*: WUNDERLICH, A. (coord.). **Política criminal contemporânea**: criminologia, direito penal e direito processual penal. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008. p. 207-229.

FELDENS, L. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FELDENS, L. **Direitos fundamentais e direito penal** – a constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FISCHER, D.; PEREIRA, F. V. **As obrigações processuais penais positivas** – segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

FREITAS, A. G. T. **Tutela penal dos direitos humanos**: a proteção da vida e da integridade física. Curitiba: Juruá, 2015.

FURTADO MAIA NETO, C. **Direitos humanos das vítimas de crimes**: filosofia pena e teoria crítica à luz das reformas processuais penais. Curitiba: Juruá, 2014. 524 p.

GAVARA DE CARA, J. C. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo**: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994.

GONÇALVES, L. C. S. **Mandados expressos de criminalização e proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HOBBES, T. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. 736 p.

JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 36.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis-RJ: Lebooks, 2019. 229 p.

MAZZUOLI, V. O.; FARIA, M. R. C.; OLIVEIRA, K. D. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAZZUOLI, V. O.; FARIA, M. R. C.; OLIVEIRA, K. D. O Brasil é novamente condenado pela Corte Interamericana. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 1º nov. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-nov-01/opiniao-brasil-novamente-condenado-corte-interamericana. Acesso em: 2 mar. 2023.

MENDES, G. F. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva/Instituto Brasiliense de Direito Público, 2011.

MÉNDEZ, J. E. Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos. *In*: ABREGÚ, M.; COURTIS, C. **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

MIR PUIG, S. Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal. *In*: ECHANO BASALDÚA, J. I.; CORBI, J. M. L. **Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2002. p. 349-366.

MOUGENOT BONFIM, E. **El principio de proporcionalidad en el proceso penal**. 2005. Tese (Doutorado) – Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2005.

MAIA NETO, C. F. **Direitos humanos das vítimas de crimes**: filosofia penal e teoria crítica à luz das reformas processuais penais. Curitiba: Juruá, 2014.

OSMO, C. **Direito à verdade**: origens da conceituação e suas condições teóricas de possibilidade como base em reflexões de Hannah Arendt. 2014. Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral

do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

POLAINO-ORTS, M. *et al*. **Lecciones de derecho penal del enemigo**. 2. ed. Sevilla: Tecnos, 2019.

ROCHA, L. O. O. El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las normas penales: el amparo a la Mesa de Herri Batasuna. **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, n. 70, p. 219-244, 2000.

ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SÁNCHEZ, J. M. S. ¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor". **Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 29, n. 86-87, p. 149-172, 2008.

SANTANA VEGA, D. M. Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente. *In*: MORALES PRATS, F.; QUINTERO OLIVARES, G. **El nuevo derecho penal español**: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz. Pamplona: Aranzadi, 2001. p. 865-884.

SARLET, I. W. 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, 2006.

SILVA, J. A. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUTO, J. C. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.

STARCK, C. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da lei fundamental alemã. *In*: SARLET, I. W. (org. e coautor). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 199-224.

STRECK, M. L. S. **Direito penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. São Paulo: Livraria do Advogado, 2009.

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso A**. ***vs***. **Reino Unido**. Sentença de 23 de setembro de 1998. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58232. Acesso em: 20 ago. 2022.

TEDH. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso Abdülsamet Yaman *vs.* Turquia**. Sentença de 2 de fevereiro de 2005a. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22fulltext%22:[%22abdulsamet%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-67228%22]}. Acesso em: 20 ago. 2022.

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso Gäfgen *vs.* Alemanha**. Sentença de 1º de junho de 2010. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/Eng#{%22itemid%22:[%22001-99015%22]}. Acesso em: 20 ago. 2022.

TEDH. – Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso M**. **C**. ***vs.* Bulgária**. Sentença de 4 de março de 2004. Disponível em: https://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/M.C.v.BULGARIA_en.asp. Acesso em: 20 ago. 2022.

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso McCann e outros *vs.* Reino Unido**. Sentença de 27 de setembro de 1995. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57943%22]}. Acesso em: 20 ago. 2022.

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso Nachova e outros *vs.* Bulgária**. Sentença de 6 julho de 2005b. Disponível em: https://policehumanrightsresources.org/nachova-and-others-v-bulgaria-applications-nos-43577-98-and-43579-98. Acesso em: 20 ago. 2022.

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso Okkali *vs.* Turquia**. Sentença de 12 de fevereiro de 2007. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2252067/99%22],%22itemid%22:[%22001-77522%22]}. Acesso em: 20 ago. 2022.

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso Siliadin *vs.* França**. Sentença de 26 de julho de 2005c. Disponível em: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5212/16.pdf. Acesso em: 20 ago. 2022.

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos. **Caso X e Y *vs.* Países Baixos**. Sentença de 26 de março de 1985. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57603%22]}. Acesso em: 2 mar. 2023.

VIGANÒ, F. La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales. **Política Criminal**, Santiago (Chile), v. 9, n. 18, p. 428-476, 2014.

VIGANÒ, F. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 1, n. 42, 2016.

VILLALON, P. C. Formación y evolución de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid. v. 9, n. 25, jan./abr. 1989.